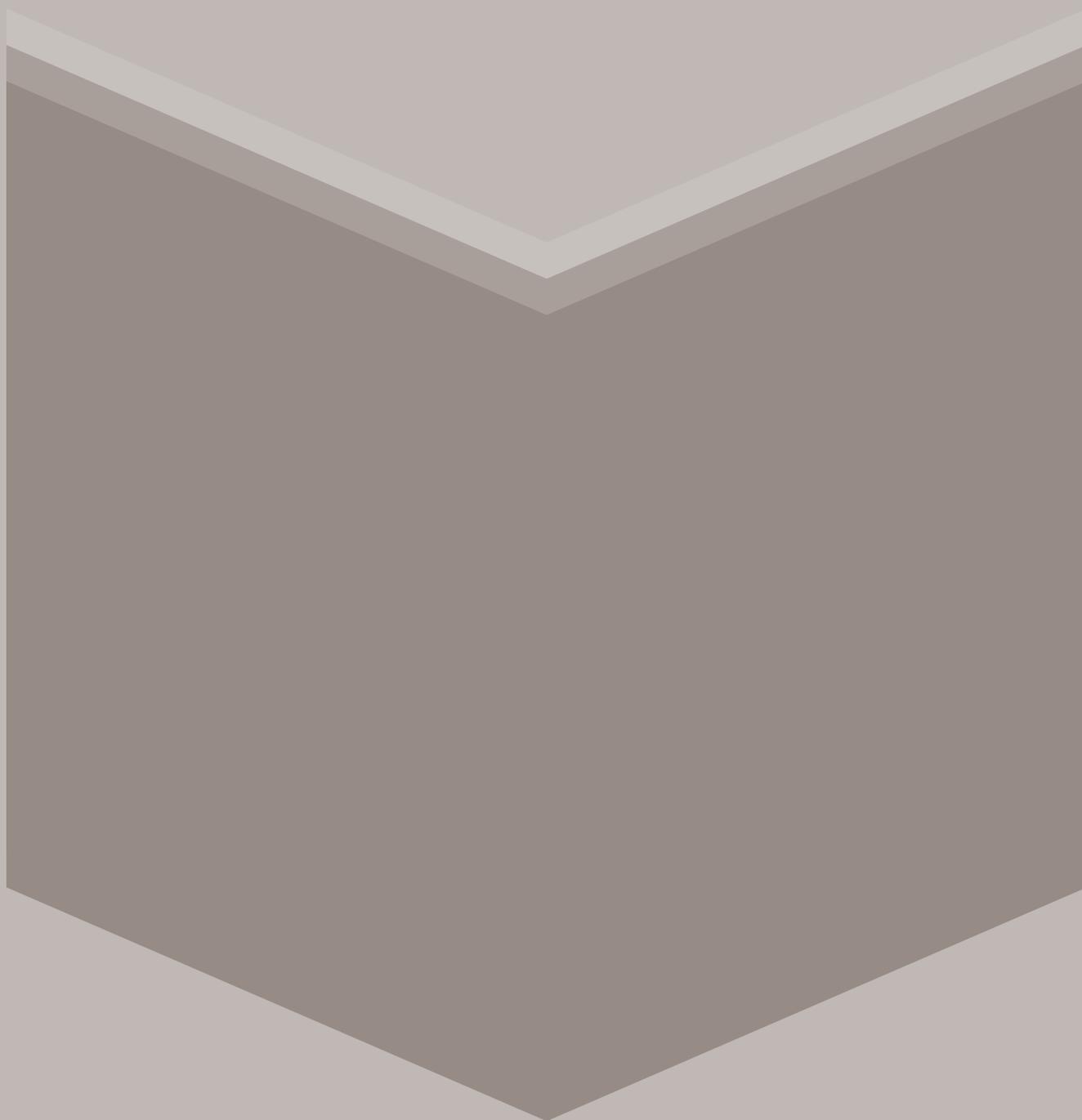


# CUADERNOS CONSTITUCIONALES



AÑO 2021 N° 2



UNIVERSITAT  
DE VALÈNCIA

Edición: Departamento de Derecho Constitucional,  
Ciencia Política y de la Administración. Universitat de València.  
Avda. de los Naranjos, s/n, 46022, València.  
Telf: (34) 96 3828120  
Web: <https://ojs.uv.es/index.php/cuadernosconstitucionales>  
Contacto: [cuadernosconstitucionales@uv.es](mailto:cuadernosconstitucionales@uv.es)  
Diseño y maquetación: Ibán Ramón design\_estudio  
ISSN: 2660-9231



Todos los trabajos que se publican en Cuadernos  
Constitucionales lo hacen sujetos a una licencia Creative  
Commons Reconocimiento-No Comercial 4.0 Internacional.  
Los términos de la licencia disponibles on-line en:  
<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>

## **CODIRECTORES**

Remedio Sánchez Ferriz,  
Universitat de València  
Roberto Viciano Pastor,  
Universitat de València

## **SECRETARIOS**

Ignacio Durbán Martín,  
Universitat de València  
Jorge Castellanos  
Claramunt, Universitat  
de València

## **CONSEJO DE REDACCIÓN**

Antonio Bar Cendón,  
Universitat de València  
Ana María Carmona  
Contreras, Universidad de  
Sevilla  
Lorenzo Cotino Hueso,  
Universitat de València  
Fco. Javier Díaz Revorio,  
Universidad de Castilla-  
La Mancha  
Vicente Garrido Mayol,  
Universitat de València  
Martin Ibler, Universitt  
Konstanz, Alemania  
Luis Jimena Quesada,  
Universitat de València  
M<sup>a</sup> Josefa Ridaura Martínez,  
Universitat de València  
Fiammetta Salmoni,  
Universit degli Studi  
Guglielmo Marconi, Italia  
Rosario Serra Cristóbal,  
Universitat de València

## **CONSEJO ASESOR**

Tatiana A. Alexeeva,  
Universidad Nacional de  
Investigaci3n "Escuela  
Superior de Economía",  
Rusia  
Jorge Asbn Rojas,  
Universidad Privada de Santa  
Cruz de la Sierra, Bolivia  
José Asensi Sabater,  
Universidad de Alicante  
Francisco Balaguer Callej3n,  
Universidad de Granada  
Luís Roberto Barroso,  
Universidade do Estado do  
Rio de Janeiro, Brasil  
Paloma Biglino Campos,  
Universidad de Valladolid  
Roberto L. Blanco Valdés,  
Universidade de Santiago  
de Compostela  
Juan Cano Bueso,  
Universidad de Almería  
Miguel Carbonell Sánchez,  
Universidad Nacional  
Aut3noma de México,  
México  
Marc Carrillo L3pez,  
Universitat Pompeu Fabra  
Jesús María Casal  
Hernández, Universidad  
Cat3lica Andrés Bello,  
Venezuela  
Carlos de Cabo, Universidad  
Complutense de Madrid  
Francisco José Eguiguren  
Praeli, Pontificia Universidad  
Cat3lica del Per, Per  
Lliliana Estupinn Achury,  
Universidad Libre, Colombia  
Teresa Freixes Sanjuán,  
Universitat Aut3noma de  
Barcelona  
Tommaso Edoardo Frosini,  
Universit Suor Orsola  
Benincasa di Napoli, Italia  
Piedad García-Escudero  
Márquez, Universidad  
Complutense de Madrid  
José Luis García Guerrero,  
Universidad de Castilla-  
La Mancha  
Javier García Roca,  
Universidad Complutense  
de Madrid

Roberto Gargarella,  
Universidad de Buenos Aires,  
Argentina  
Sergio Gerotto, Universit  
degli Studi di Padova, Italia  
Luis L3pez Guerra,  
Universidad Carlos III  
de Madrid  
Marta Lorente Sariñena,  
Universidad Aut3noma  
de Madrid  
Pascal Mahon, L'Universit  
de Neuchtel, Suiza  
Manuel Martínez Sospedra,  
Universidad CEU Cardenal  
Herrera  
Joan Oliver Araujo,  
Universitat de les Illes  
Balears  
Lucio Pegoraro, Universit  
di Bologna, Italia  
Mariano Peset Reig,  
Universitat de València  
Miguel ngel Presno Linera,  
Universidad de Oviedo  
Miguel Revenga Sánchez,  
Universidad de Cádiz  
Paolo Ridola, Sapienza-  
Universit di Roma, Italia  
Dominique Rousseau,  
Universit Paris 1 Panth3on-  
Sorbonne, Francia  
Carlos Ruiz Miguel,  
Universidade de Santiago  
de Compostela  
Massimo Siclari, Universit  
degli Studi Roma, Italia  
Claudia Storini, Universidad  
Andina Sim3n Bolívar,  
Ecuador  
Antonio Torres del Moral,  
Universidad Nacional de  
Educaci3n a Distancia  
Arianna Vendaschi, Universit  
Commerciale Luigi Bocconi,  
Italia  
Marc Verdussen, Universidad  
de Lovaina, B3lgica  
Carlos Vidal Prado,  
Universidad Nacional de  
Educaci3n a Distancia  
Francisco Zúniga Urbina,  
Universidad de Chile, Chile

# CUADERNOS CONSTITUCIONALES



VNIVERSITAT  
DE VALÈNCIA

# ÍNDICE

## I. Derecho constitucional español

### **Leopoldo Abad Alcalá**

El principio constitucional de publicidad procesal y el derecho a la información 9-30

### **Paloma Biglino Campos**

Malos tiempos para los parlamentos 31-45

### **Guillermo Escobar Roca**

Ampliación de derechos por el defensor del pueblo: relectura iusfundamental 47-69

### **Sergio Siverio Luis**

Problemática constitucional del pin parental frente a la educación sexual y de género 71-93

### **José Tudela Aranda**

Nuevos reflejos de la debilidad del Parlamento 95-119

## II. Derecho constitucional extranjero

### **Lilian Balmant Emerique**

Inseparabilidad entre salud pública y derechos humanos en democracia y las restricciones a los derechos en tiempos de COVID-19 en Brasil 121-138

### **Martin Ibler**

El nuevo orden constitucional para las autopistas después de la 62.<sup>a</sup> modificación de la Ley Fundamental alemana en 2017 139-153

**Andrea Pisaneschi**  
Acciones positivas y principio de especialidad.  
Reflexiones desde la teoría de las fuentes 155-165

**Miguel Revenga Sánchez y Rocío Guadalupe Quiñones Andrade**, La Suprema Corte de Justicia de México ante la penalización del aborto: una valoración de urgencia 167-178

### III. Historia constitucional

**Jorge Almarcha Ochoa**  
La gestión de las epidemias durante el constitucionalismo isabelino: el caso del cólera 181-207

**Mónica Soria Moya**  
La soberanía política en el krausismo español 209-224

### IV. Recensiones

María Pilar Hernando Serra, *Una historia inacabada. El autonomismo valenciano de los años treinta*, por **Ramón Aznar i Garcia** 227-229

Tania Groppi, Menopeggio. *La democrazia costituzionale nel XXI secolo*, por **Sergio Gerotto** 231-234

Remedio Sánchez Ferriz, *Los institutos de democracia semidirecta. Estudio comparado (especial referencia: Italia-España)*, por **Gabriel Moreno González** 235-238

Óscar Sánchez Muñoz, *La regulación de las campañas electorales en la era digital. Desinformación y microsegmentación en las redes sociales con fines electorales*, por **Vicente Jesús Navarro Marchante** 239-242

Artemi Rallo Lombarte, *Investiduras fallidas y Constitución ignota 2015-2020*, por **Cristina Pauner Chulvi** 243-246

Ana Marrades Puig (coord.), *Los cuidados en la era COVID-19. Análisis jurídico, económico y político*, por **Julia Sevilla Merino** 247-251

# I. DERECHO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL

# El principio constitucional de publicidad procesal y el derecho a la información

## *The constitutional principle of procedural publicity and the communication rights*

**LEOPOLDO ABAD ALCALÁ**

Catedrático de Derecho Constitucional.  
Universidad CEU San Pablo.  
abad.fhm@ceu.es

DOI: <https://doi.org/10.7203/cc.2.21527>

Fecha de recepción: 10/09/2021

Fecha de aceptación: 08/11/2021

### Resumen

La publicidad procesal posee una doble función en la Constitución española: como garantía para el justiciable (art. 24 CE) y como principio de actuación del Poder Judicial (art. 120 CE). Esta publicidad procesal es desarrollada de forma mediata en las sociedades contemporáneas por los medios de comunicación a través del ejercicio del derecho a la información. Sin embargo, la frecuente instauración del secreto de sumario y otras limitaciones procesales introduce un elemento de conflictividad en las relaciones entre Poder Judicial y medios de comunicación. La declaración sin modulaciones del secreto sumarial implica su reiterado incumplimiento, requiriéndose una nueva normativa que permita matizar dicho secreto en función de diversas circunstancias y reconduzca la relación en el Poder Judicial y los medios de comunicación desde el reconocimiento de la importante y simbiótica labor desarrollada por ambos en los sistemas democráticos.

### Palabras clave

Proceso público; derecho a la información; secreto sumarial; Constitución española; Poder Judicial; medios de comunicación.

### Abstract

*Procedural publicity has a dual function in the Spanish Constitution: as a guarantee for the accused (art. 24 EC) and as a principle of action of the Judiciary (art. 120 EC). This procedural publicity is developed in a mediated way in contemporary societies by the media through the exercise of the right to information. However, the frequent establishment of the secrecy of the judicial investigations and other procedural limitations introduces an element of conflict in the relationship between the Judiciary and the media. The unmodulated establishment of the secrecy of judicial investigations results in its repeated non-compliance, requiring a new regulation that allows to qualify such secrecy according to different circumstances and to redirect the relationship between the Judiciary and the media from the recognition of the important and symbiotic work developed by both in democratic systems.*

### Keywords

*Public process, communication rights, secrecy of judicial investigations, Spanish Constitution, Judiciary, mass media.*

## Sumario

**I. Introducción. Justicia y medios de comunicación. – II. La publicidad del proceso. – III. La publicidad de las actuaciones judiciales en la Constitución española. – IV. La publicidad procesal y sus excepciones en las leyes de procedimiento. – V. La regulación del secreto de sumario. – VI. Principio de publicidad y derecho a la información: a vueltas con el secreto sumarial. – VII. Discusión y conclusiones. *Bibliografía.***

### **I. Introducción. Justicia y medios de comunicación**

Las relaciones entre medios de comunicación y Poder Judicial siempre han sido conflictivas. Los primeros acusan a los integrantes del Poder Judicial de ser opacos, poco transparentes, reacios a suministrar información y demasiado celosos del secreto del proceso, entre otros reproches. Los segundos suelen achacar a la prensa un desmedido interés por los aspectos más espectaculares de la acción judicial, poco respeto por el *iter* procesal o escasa observancia del secreto sumarial, entre otras críticas.

Desde una perspectiva constitucional, nos encontramos que tanto Poder Judicial como medios de comunicación desempeñan una función primordial en el modelo constitucional español fundamentado en su conformación como Estado democrático de Derecho.

El Estado de Derecho se vincula con la defensa de la dignidad y libertad inherente a todo individuo, con la confianza en una limitación del poder a través del Derecho, equilibrada distribución del poder y la primacía de la ley como expresión de la voluntad popular (Garrorena, 1987: 166). Todos estos principios pueden asociarse a la labor desempeñada por el Poder Judicial, quien actúa en defensa de las libertades y derechos de los individuos, opera bajo una serie de principios jurídicos que circunscriben su poder bajo el imperio de la ley, sirve de control y contrapeso al resto de poderes y dota de primacía a la ley al ser el encargado de juzgar su adecuado cumplimiento. La publicidad actúa como eje transversal de todas esas funciones del Poder Judicial, pues sólo desde la transparencia al que se debe dicho Poder -con tasadas excepciones-, puede legitimarse su función emanada del pueblo, tal y como establece simbólicamente el artículo 117 de la Constitución, primero del Título VI dedicado al Poder Judicial. Tal y como nos indica la STC 96/1987, “la publicidad ocupa una posición institucional en el Estado de Derecho que la convierte en una de las condiciones de la legitimidad constitucional de la Administración de Justicia” (FJ 2º).

Por su parte, el Estado Democrático está ligado a la participación de los ciudadanos en la acción política, expresada en la Constitución de 1978 al reconocer “*el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal*”, así como “*a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes*” (art. 23

CE). Para que dicha participación sea efectiva, las libertades de expresión y de información desempeñan un papel primordial pues como establece el Tribunal Constitucional español “no constituyen sólo un interés legítimo de los particulares, sino que, en un plano social, significan también el reconocimiento y la garantía de una *institución política fundamental*, que es la opinión pública libre, indisolublemente ligada con el pluralismo político, que es un valor fundamental y un requisito del funcionamiento del Estado democrático”. (STC 6/1981, FJ 3º). Dichas libertades “contribuyen a la formación de una opinión pública libre, lo que reviste una especial trascendencia ya que, al ser una condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento de un sistema democrático, se convierte, a su vez, en uno de los pilares de una sociedad libre y democrática” (STC 159/1986, de 16 de diciembre FJ 6º). Como indica Dahl (1999: 100), una de las instituciones políticas esenciales en una democracia es la existencia de fuentes alternativas de información y considera que estas fuentes alternativas deben estar efectivamente protegidas por la ley.

Por tanto, un Poder Judicial independiente y transparente y unos medios de comunicación que ejerciten de forma legítima y adecuada las libertades de expresión y de información son actores fundamentales en nuestro Estado democrático de Derecho. Su adecuada interrelación es fundamental, pues desempeñan funciones sinalagmáticas que redundan en beneficio de ambas instituciones de forma particular y en la ciudadanía de forma general.

Creemos por tanto necesario volver sobre la necesaria pero siempre compleja, cuando no conflictiva, relación e interdependencia entre los derechos constitucionales a la publicidad procesal y el derecho a la información de los ciudadanos, situándose el secreto sumarial como uno de los principales obstáculos para la deseable fluidez en dicha relación. Como indicaba el juez del Tribunal Supremo norteamericano Black en el caso *Bridges contra California*<sup>1</sup>, “la libertad de expresión y un juicio justo son dos de las normas más apreciadas de nuestra civilización y sería arduo en extremo decidir sobre ellas”.

A pesar de que la información judicial (o de Tribunales en su más clásica acepción) es protagonista constante en los medios de comunicación, la doctrina no ha prestado demasiada atención a esta cuestión, especialmente en los últimos tiempos, lo que es sorprendente dada la trascendencia que han tomado las informaciones relacionadas con el ámbito judicial, afectando a personalidades relevantes e incluso vinculadas a las más altas instituciones de nuestro Estado. Máxime, cuando la irrupción de las redes sociales está transformando el panorama social y por ende el mediático, exigiendo una reflexión más profunda sobre la idea de publicidad en las sociedades actuales. A pesar de las recientes polémicas cada vez más constantes sobre los procedimientos procesales que atañen a diversas instituciones democráticas (partidos políticos, Jefatura del Estado, sindicatos, Gobierno, etc.), la reflexión teórica y académica sobre la interrelación entre publicidad procesal y actuación mediática es escasa, quizá porque como veremos a continuación, la rigidez de la actual regulación sobre la publicidad procesal ha provocado una *praxis* aceptada por todos los implicados, y que hace cierta la expresión de cierto catedrático de la Universidad española, que advertía que España era un país de excesiva profusión legislativa, atemperada por el reiterado incumplimiento de las normas.



1 *Bridges v. California*, 314 U.S. 252 (1941). Supreme Court.

## II. La publicidad del proceso

La trascendencia de la publicidad en las actuaciones judiciales ya fue glosada por Bentham (1835: 109) para quien “la publicidad es el alma de la justicia” y “debe ser extensiva a todas las partes del procedimiento, y a todas las causas”. Para Sánchez Agesta, “este principio está en la misma naturaleza pública de la función judicial y constituye, en parte, un principio ético, vinculado al ejercicio de esa función por el Estado” (Sánchez Agesta; 1989: 383). La publicidad del proceso ocupa, por tanto, una posición institucional en el Estado de Derecho convirtiéndose en condición necesaria en la legitimidad constitucional de la Administración de Justicia. Como nos indica Aragón (1996: 261) dicha publicidad procesal redunda en el control social de la actividad judicial, imprescindible en una sociedad democrática.

La publicidad en el orden judicial supone una aplicación específica -quizá la originaria- en el ámbito procesal de un principio más general de transparencia y rendición de cuentas de los poderes públicos. Estos conceptos, tan en boga en la actualidad, tienen su referente normativo primigenio en la obligación de publicidad en las diversas instancias judiciales y especialmente en el deber de hacer públicas las sentencias, como se ponía ya de manifiesto en el Derecho romano: “Bajo Diocleciano [...] la justicia puede impartirse sosegadamente, sin las algarabías y estridencias de épocas anteriores, pero con la garantía de publicidad del procedimiento” (Agudo, 2013: 160). Resume la trascendencia de la publicidad procesal la famosa sentencia de Honoré Gabriel Riquetti (Conde de Mirabeau), “dadme al juez que queráis; parcial, venal, incluso mi enemigo; poco me importa con tal de que nada pueda hacer si no es cara al público”.

Desde una perspectiva histórica, y remontándonos a nuestro primer texto constitucional, ya la Constitución de Cádiz estableció el *principio de publicidad y brevedad en los procesos*, para que los delitos fueran prontamente castigados (artículo 286), completado por el artículo 302 que establece la publicidad del proceso una vez tomada confesión “*al tratado como reo*” (Tenorio, 2012: 324).

Desde la óptica de los ciudadanos, la publicidad constituye una garantía fundamental del funcionamiento del Poder Judicial en una sociedad democrática, no sólo porque fortalece la confianza pública en la justicia, sino porque fomenta la responsabilidad de los encargados de administrarla al convertir al pueblo en *juez de jueces* (Couture, 1962: 192). La publicidad también posee un componente ejemplarizante y didáctico respecto a la sociedad, pues permite transmitir los aspectos institucionales inherentes a la impartición de justicia, así como posibilita exponer la regulación de los comportamientos sociales y las consecuencias de los comportamientos contrarios a Derecho. Así lo manifiesta la Instrucción 3/2005 de la Fiscalía General del Estado cuando considera que la publicidad “puede generar efectos de prevención general, renovando la vigencia de las normas penales, coadyuvando a la promoción de la fidelidad de los ciudadanos para con las normas, fomentando la confianza en el sistema de justicia penal y visualizando ante la sociedad las conductas que son penalmente reprochables”<sup>2</sup>.

La publicidad en su doble perspectiva, procesal y mediática, es por consiguiente beneficiosa para todos los implicados. Para las partes en el proceso -que evitarán una acción torticera de las instituciones judiciales-, para los órganos de la Administración de Justicia -que permitirán un conocimiento por parte de la

---

2 [https://www.fiscal.es/memorias/estudio2016/PDF/INS/INS\\_03\\_2005.pdf](https://www.fiscal.es/memorias/estudio2016/PDF/INS/INS_03_2005.pdf). Consultado el 28 de octubre de 2020.

sociedad de su funcionamiento creando las condiciones adecuadas para generar confianza-, y para los medios de comunicación -que cumplirán con su misión y vocación de transmitir información veraz sobre asuntos de relevancia pública-.

### III. La publicidad de las actuaciones judiciales en la Constitución española

En la Constitución española de 1978, el principio de publicidad aparece en primer lugar en el artículo 24.2 que establece el derecho a un juicio público entre los contenidos de la tutela judicial efectiva reconocida en dicho precepto. El aspecto preventivo es una de las primeras consecuencias que se deriva de esta publicidad procesal, pues desde la perspectiva del imputado, este principio posee una función garantista del proceso reflejada en el interés en un juicio justo realizado por un tribunal independiente e imparcial. “En este sentido, la publicidad se traduce en la mayor garantía de que la decisión judicial se adopta atendiendo, única y exclusivamente, a criterios jurídicos, desechando cualquier influencia espuria” (Del Moral García y Santos Vijande, 1996: 2). Debe ponerse este artículo en relación con el otro artículo que regula la publicidad procesal, el artículo 120 de la Constitución que en el Título VI dedicado al Poder Judicial que especifica en su punto 1 que “*Las actuaciones judiciales serán públicas, con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento*”. No obstante, estas dos manifestaciones constitucionales de la publicidad procesal deben entenderse de forma complementaria aunque con caracteres propios que las hacen divergir en su elemento subjetivo así como diferir en su función teleológica.

El contenido del derecho al proceso público reconocido en el artículo 24.2 de la Constitución se configura como un derecho de carácter personal dentro de la pléyade de garantías procesales incluidas en la tutela judicial efectiva recogida en dicho precepto. Su trascendencia queda de manifiesto en su inserción en la Sección 1ª del Capítulo II del Título Primero, gozando así de la máxima protección constitucional a través del recurso de amparo (art 161.b) CE), del recurso de inconstitucionalidad contra leyes que lo desarrollen sin respetar su contenido esencial (art 161.a) CE), la reserva de ley orgánica (art. 81 CE) o la reforma constitucional agravada (art.168 CE). Dicho derecho ha sido catalogado como derecho y libertad de ámbito personal vinculado a la libertad y seguridad (Sánchez Ferriz, 1995: 196; Alzaga, 1998: 40), o como derecho civil en el marco de las libertades públicas (Pérez Luño, 1988: 197; Carreras, 1996: 33; Escobar de la Serna, 2004: 85). En ambos casos su *ratio essendi* es configurarse como un derecho que garantiza un ámbito de protección a la persona frente a las actuaciones no acordes a Derecho de los Tribunales, asegurando un espacio de seguridad y libertad para todo individuo. Se trata de un derecho complejo y de difícil catalogación como derecho de libertad o como derecho de prestación, pues es posiblemente las dos cosas a la vez (Torres del Moral, 1988: 382).

Podemos por tanto consignarlo como una garantía encaminada a eliminar la indefensión del individuo que derivaría de un proceso secreto, con indiferencia de la cantidad de público que asista, siendo el elemento definitorio la posibilidad de asistir a las vistas. El principal destinatario de esta garantía procedimental del artículo 24 CE español es cualquier persona, con una vocación claramente universalista en cuanto al elemento subjetivo, y su finalidad última es servir de protección de la seguridad y libertad del individuo frente a actuaciones judiciales sin las debidas garantías. Dicho derecho a un juicio público es reconocido también por el Convenio Europeo de Derechos Fundamentales y Libertades Públicas de 1950 en su artículo 6.1, siendo para Merrills y Robertson (2001: 111)

este requisito de la publicidad “una protección contra la arbitrariedad y está estrechamente vinculado a las exigencia del *fair trial*”.

Esta idea del proceso público como garantía es remarcada por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) para quien su finalidad es “asegurar el control del poder judicial por el público para salvaguardar el derecho a un juicio justo”<sup>3</sup>, convirtiéndose en un principio fundamental de los que integran el proceso con todas las garantías protegiendo al justiciable de una administración de justicia secreta, oscura e incontrolada por parte de la sociedad, “tiene por tanto una función profiláctica” (Esparza y Echevarría, 2004: 208). Reafirma esta postura el Tribunal de Estrasburgo en su sentencia Tierce y otros contra San Marino<sup>4</sup>, cuando explica que “la publicidad del procedimiento de los órganos judiciales protege a los litigantes frente a una justicia secreta que escapa al control del público; también es uno de los medios para mantener la confianza en los juzgados y tribunales. A través de la transparencia que otorga a la administración de justicia, ayuda a lograr el objetivo del artículo 6.1: un juicio justo, cuya garantía es uno de los principios de cualquier sociedad democrática en el sentido de la Convención” (en un mismo sentido la Sentencia del TEDH Fazliyski v. Bulgaria de 16 de abril de 2013).

Como resume Vidal, “el derecho al proceso público garantiza a los titulares, los justiciables, una determinada *prestación jurídica*: la celebración de una audiencia a la que puedan acceder terceros. Juicio público, como contenido del derecho del artículo 6, significa, pues -así se desprende claramente de la jurisprudencia del TEDH-, juicio oral accesible al público, y no otra forma distinta de publicidad” (Vidal, 2014: 253).

Por su parte, el principio recogido en el artículo 120 está vinculado de forma estrecha al establecimiento de una serie de criterios que debe regir la actuación de los tribunales, sus destinatarios inmediatos son, por tanto, los órganos integrantes del Poder judicial, como queda manifiesto por su inclusión en el Título VI de la Constitución dedicado específicamente al Poder Judicial. De forma mediata, dicha publicidad procesal sirve de salvaguardia y complemento a la garantía judicial del art. 24 pero no es su finalidad inmediata. Ésta es establecer una concepción de la justicia ante la colectividad que permita crear un clima de confianza en su actuación. En palabras del Tribunal Constitucional<sup>5</sup> “el principio de publicidad, estatuido por el art. 120.1 de la Constitución, tiene una doble finalidad: Por un lado, proteger a las partes de una justicia substraída al control público, y por otro, mantener la confianza de la comunidad en los Tribunales, constituyendo en ambos sentidos tal principio una de las bases del debido proceso y uno de los pilares del Estado de Derecho”.

Lo reconoce también el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al considerar que “la Corte reconoce que existe un interés general en asegurar la transparencia de los procesos judiciales y así preservar la confianza pública en la justicia”<sup>6</sup>. Para Vidal (2014: 254), “la publicidad del proceso trasciende, en cualquier caso, esa vertiente de garantía procesal individual al hacer posible (como la publicidad parlamentaria y la administrativa en sus ámbitos respectivos), a partir de la fuente original, el control *social* del poder judicial. Lo que está aquí en juego es lo que el TEDH llama la “confianza en los jueces y tribunales”. Podemos por tanto considerar una dimensión subjetiva de la publicidad contenida en el

3 TEDH: Pretto y otros Sentencia contra Italia de 8 de diciembre de 1983, (Apdo. 27).

4 TEDH, Tierce y otros contra San Marino, Sentencia de 25 de julio de 2000, (Apdo. 92).

5 STC 96/1987, de 10 de junio, dice en su FJ 2º

6 TEDH, Z. contra Finlandia, Sentencia de 25 Febrero 1997 (Apdo. 77)

reconocimiento del derecho al proceso público, junto a una segunda dimensión objetiva de la publicidad entendida como *principio*, y que el propio TEDH ha conectado con el derecho a la libertad de información (art. 10 CEDH).

Por tanto, la publicidad de las actuaciones judiciales posee dos vertientes: proceso público como garantía subjetiva del acusado (art. 24.2) y como transparencia de la Administración de Justicia que permite ser controlada/vigilada por la opinión pública (art.120.1).

En relación con este punto conviene señalar la singular posición que acerca de los límites de la libertad que ampara el art. 10 del Convenio de Roma (que reconoce el derecho a la información y la libertad de expresión), ha atribuido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos a quienes ejercen la jurisdicción. Así, insiste en el papel esencial de la prensa en una sociedad democrática que “si no debe rebasar ciertos límites, especialmente en cuanto a la reputación y los derechos de otro, le incumbe comunicar, dentro del respeto a sus deberes y responsabilidades, informaciones e ideas sobre todas las cuestiones de interés general, comprendidas incluso aquéllas que conciernen al funcionamiento del poder judicial” (caso Haes et Gijssels c. Bélgica, Sentencia de 24 de febrero de 1997). Pero afirma también que “la acción de los Tribunales, que son garantes de la justicia y cuya misión es fundamental en un Estado de Derecho, tiene necesidad de la confianza del público y también conviene protegerla contra los ataques carentes de fundamento, sobre todo cuando el deber de reserva impide a los Magistrados reaccionar”. Reafirma así el TEDH la función institucional que desarrolla el proceso público, con otros ejemplos que reafirman cómo una justicia pública sirve como valor esencial al servicio del Estado democrático de Derecho.

La idea de publicidad en el proceso del art.120.1 se completa en el punto 3 fijando que “*Las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública*”. Para Montañés (2018: 690), la exigencia constitucional de motivación de las resoluciones judiciales guarda una relación directa con los principios de un Estado de Derecho (art. 1.1 CE) y con el carácter vinculante que para jueces y magistrados tiene la ley, a cuyo imperio están sometidos en el ejercicio de su potestad jurisdiccional, como se dispone en el art. 117.1 y 3 CE, constituyendo también una garantía esencial para el justiciable integrada en el derecho a la tutela judicial del art. 24.1 CE<sup>7</sup>.

Dicha obligación de pronunciación de las sentencias en audiencia pública, está incluida en la legislación española desde el artículo 695 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870, significando una manifestación más del principio de publicidad procesal, que permite no sólo a las partes conocer el resultado del proceso sino a la ciudadanía en general, coadyuvando a la función institucional que tiene la publicidad procesal. En esta labor, la función de los medios de comunicación en su función de intermediación entre Poder Judicial y sociedad es crucial.

Dicha publicidad de la sentencia es, no obstante, entendida de forma flexible por el TEDH al decir que “numerosos Estados miembros del Consejo de Europa tienen una larga tradición, aparte de la lectura de las sentencias en audiencia pública, de establecer otros medios para hacer públicas las decisiones judiciales, por ejemplo, su depósito en un registro al cual puede acceder el público [...]”. El Tribunal no cree, pues, que deba optar por una interpretación literal. Estima que la forma de publicidad de las sentencias prevista por el Derecho interno

7 Tribunal Constitucional, Sentencias 24/1990 de 15 de febrero (FJ 4º); 35/2002 de 11 de febrero (FJ 3º); 128/2002 de 3 de junio (FJ 4º); y 119/2003 de 16 de junio (FJ 3º).

del Estado en cuestión debe apreciarse en cada caso concreto a la luz de las particularidades del procedimiento en cuestión y en función de la finalidad y objeto del art. 6, párrafo 1º<sup>8</sup>.

Tras el cumplimiento de la obligación de lectura en audiencia pública la sentencia se convierte en un documento al que es de aplicación tanto el régimen común de publicidad de las actuaciones, documentos y registros judiciales, como los mecanismos singulares de publicidad de las sentencias (Montañés, 2018: 692), (libro de sentencias, publicación oficial, etc.)<sup>9</sup>. No obstante, existe también la posibilidad de excepciones a dicha publicidad como establece el art. 266.1 LOPJ. No obstante, el TC ha establecido la obligatoriedad de ponderar y especificar los diversos intereses a considerar cuando se prevé una restricción a la publicidad integral de la resolución judicial<sup>10</sup>.

#### IV. La publicidad y sus excepciones en las leyes de procedimiento

Una vez planteada la publicidad como elemento consustancial al procedimiento, este principio ha sido abordado desde diferentes perspectivas en función del orden jurisdiccional que abordemos. En el orden civil, la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) establece previsiones específicas para la restricción de la publicidad en el proceso civil, aplicables con carácter supletorio en el resto de procedimientos. Su artículo 138.2º fija que las actuaciones de prueba, las vistas y las comparecencias cuyo objeto sea oír a las partes antes de dictar una resolución podrán celebrarse a puerta cerrada cuando ello sea necesario para la protección del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes y de otros derechos y libertades lo exijan o, en fin, en la medida en la que el tribunal lo considere estrictamente necesario, cuando por la concurrencia de circunstancias especiales la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia.

El artículo 139 instaura, por su parte, el secreto de las deliberaciones de los tribunales colegiados, reiterando el artículo 197.1 que *“en los tribunales colegiados, la discusión y votación de las resoluciones será dirigida por el Presidente y se verificará siempre a puerta cerrada”*, en la misma línea del artículo 233 LOPJ que excepciona la publicación de los votos particulares. Ello al margen de que la necesidad de motivación de la sentencias implicará que parte de la deliberación quede reflejada en la sentencia para cumplir con el art. 120.3 CE y el artículo 218 LEC.

Al margen del secreto sumarial que se abordará en el epígrafe siguiente, en la fase oral del procedimiento penal, la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECr) regula la publicidad en esta fase del proceso en el artículo 649.2º, al establecer que *“cuando se mande abrir el juicio oral, el Secretario judicial comunicará la causa al Fiscal, o al acusador privado si versa sobre delito que no pueda ser perseguido de oficio, para que en el término de cinco días califiquen por escrito los hechos. Dictada que sea esta resolución, serán públicos todos los actos del proceso”*. Se completa este artículo con lo que establece el artículo 680.1 del mismo texto legal: *“Los debates del juicio oral serán públicos, bajo pena de nulidad, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo siguiente”* que es similar a lo

8 TEDH, Pretto c. Italia, Sentencia de 8 de diciembre de 1983.

9 Vid. artículo 266.1 de la LOPJ y artículo 212 de la LEC. Específicamente sobre las sentencias del Tribunal Constitucional desarrollado en artículo 164.1 CE y en el art. 86.2 LOTC.

10 Tribunal Constitucional, Sentencia 114/2006 de 5 de abril.

establecido en el artículo 232.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Para Gimeno Sendra *et al.* (2000: 302) “la publicidad está estrechamente vinculada a la oralidad, que la facilita y garantiza. Por ello, aun cuando el art. 649.2º dispone que desde que se mande abrir el juicio oral *serán públicos todos los actos del proceso*, hasta el inicio de los debates del juicio, que es cuando el proceso se rige por el principio de oralidad, la forma escrita de los trámites previos condiciona inevitablemente los medios en que se hace efectiva la publicidad”.

Este modelo claramente aperturista respecto al conocimiento público de las actuaciones judiciales quiebra desde dos perspectivas. La primera en el ámbito penal respecto a la instrucción del sumario, como veremos posteriormente. El segundo grupo de limitaciones lo encontramos respecto al propio juicio oral, pues la Ley de Enjuiciamiento criminal (en la línea del art. 138.2 de la LEC) establece en su artículo 681.1 una serie de supuestos que pueden conllevar la celebración a puerta cerrada del juicio oral al establecer que *“El Juez o Tribunal podrá acordar, de oficio o a instancia de cualquiera de las partes, previa audiencia a las mismas, que todos o alguno de los actos o las sesiones del juicio se celebren a puerta cerrada, cuando así lo exijan razones de seguridad u orden público, o la adecuada protección de los derechos fundamentales de los intervinientes, en particular, el derecho a la intimidad de la víctima, el respeto debido a la misma o a su familia, o resulte necesario para evitar a las víctimas perjuicios relevantes que, de otro modo, podrían derivar del desarrollo ordinario del proceso”*. No obstante, el Juez o Presidente del Tribunal sí autorizará la presencia de personas que acrediten un especial interés y no podrá aplicarse las restricciones anteriores al Ministerio Fiscal, a las personas lesionadas por el delito, a los procesados, al acusador privado, al actor civil y a los respectivos defensores.

La aplicación de esta cláusula de orden público debe estar en consonancia con los valores jurídicos propios de una sociedad democrática y, en este sentido, el concepto de orden público debe entroncarse con los valores constitucionales. De igual modo, la protección de los derechos y libertades, y muy especialmente la intimidad de quienes se ven afectados por la publicación de las actuaciones judiciales, justifican la imposición de restricciones a la regla general de publicidad (López Ortega, 2007: 118).

Estas limitaciones se completan en el punto 2 del citado artículo estableciendo una serie de limitaciones con la finalidad de proteger la intimidad de las víctimas y sus familiares. Termina esta regulación restrictiva del artículo 681 con un punto tercero que instaura una protección especial de las víctimas menores de edad.

El Tribunal Constitucional se ha manifestado en diversos pronunciamientos sobre algunas limitaciones a la publicidad en la fase oral del proceso, a veces de forma contradictoria. Desde la paradigmática sentencia 30/1982, la jurisprudencia constitucional ha sido oscilante. Dicha sentencia resolvía un recurso de amparo de dos periodistas a los que el Presidente del Tribunal había prohibido asistir al juicio oral por el golpe de Estado del 23-F. Para el Tribunal Constitucional, la publicidad mediata que brindan los medios de comunicación es sustitutiva de la publicidad inmediata que implica la posibilidad de asistir a las vistas. Por otro lado, la STC 30/1986, de 20 de febrero, aceptó una restricción basada en criterios de seguridad, implicando la limitación del acceso a los juicios en razón de las condiciones o capacidad de la Sala, esgrimiendo que el art. 120.1 CE “permite que las leyes de procedimiento establezcan excepciones a la publicidad de las actuaciones judiciales, y que ésta es perfectamente compatible con medidas parciales de seguridad que pueden conducir a limitar el acceso a los juicios,



debidas a la capacidad de la Sala [...] o a exigencias de orden en la misma” (FJ 5º). Por otro lado, *contrario sensu*, en la STC 96/1987, de 10 de junio, se valoró como dañosa para el principio de publicidad la celebración del juicio oral en un establecimiento carcelario con un público limitado, señalando que dicha restricción de la publicidad para terceros “no queda compensada [...] por la presencia en el acto de periodistas que informaron en diversos medios del desarrollo de aquél” (FJ 3º). Específicamente sobre la celebración de juicio a puerta cerrada, la STC 65/1992 lo legitima al establecer que “la decisión de celebrar el juicio a puerta cerrada, lejos de reducir en este caso las garantías del proceso, tenía como finalidad justamente facilitar el correcto y ordenado desarrollo del mismo, evitando cualquier intimidación dirigida a los procesados, sus defensores y los testigos.” (FJ 2º). Estas limitaciones al carácter público del juicio oral se consideran excepcionales y deberán no obstante motivarse tal y como establece el artículo 232.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial<sup>11</sup>.

Toda esta regulación gravita, como toda la normativa que pone en juego conceptos jurídicos con un alto grado de interpretabilidad, sobre la valoración que el juez o Tribunal realiza sobre las circunstancias y condiciones en que se desarrolla el juicio, y que puedan producir atentados contra la intimidad, otros derechos fundamentales como el honor o la propia imagen de las partes, o inseguridad o problemas de orden público. La cuestión que se plantea es si esta idea restrictiva de la publicidad en la fase oral del juicio se compagina adecuadamente con el derecho a la información de los ciudadanos<sup>12</sup>. Si parece, no obstante, imprescindible que las decisiones de los jueces o tribunales restringiendo dicha publicidad se encuentre suficientemente motivada y no se trata sólo de un recurso para hacer más fácil o llevadera la acción judicial, máxime en juicios de alta carga mediática.

Por otro lado, la división entre secreto y publicidad en la fase de instrucción y la fase oral respectivamente, carece de sentido desde una perspectiva informativa. El interés de la sociedad en un proceso no podemos datarlo ni en el juicio oral, ni siquiera en la investigación y en la instrucción del sumario. Muchas veces, surge desde el mismo momento en que salen a la luz los hechos que dan lugar al procedimiento judicial, bien sea por sus criterios subjetivos (los implicados en dichos hechos) u objetivos (la trascendencia de dichos hechos sometidos a investigación y posible enjuiciamiento). Distinción que como veremos coincide con la idea de relevancia pública de la información que justifica su difusión, por criterios *rationae personae* o *rationae materiae*. O en palabras del Tribunal Constitucional “que la información tenga por objeto hechos que, ya sea por la relevancia pública de la persona implicada en los mismos, ya sea por la trascendencia social de los hechos en sí mismos considerados, puedan considerarse noticiables o susceptibles de difusión” (STC 154/1999, FJ 4º).

---

11 En la misma línea se pronuncia el artículo 22 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.

12 El propio Poder Judicial ha sido consciente de ello, y tras las sentencias del Tribunal Constitucional 56 y 57 de 2004 han fijado el principio de libre acceso como la regla general, mientras que cualquier restricción tendrá un carácter excepcional, siendo precisa una resolución expresa al respecto. Esta doctrina ha tenido reflejo tanto en Reglamento 1/2005 del CGPJ como en la Instrucción 1/2005 de la FGE (Orenes, 2008: 201)

## V. La regulación del secreto de sumario

Sin embargo, el ámbito donde se ha producido una mayor polémica y las fricciones entre medios de comunicación y órganos jurisdiccionales han sido constantes es la instauración del secreto en la fase de instrucción del sumario en el procedimiento penal (el más mediático de los órdenes jurisdiccionales).

En el Ordenamiento jurídico español el secreto sumarial se encuentra recogido en el artículo 301 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECr), que establece que *“Las diligencias del sumario serán reservadas y no tendrán carácter público hasta que se abra el juicio oral, con las excepciones determinadas en la presente Ley.”* La Exposición de Motivos de la citada LECr considera que es necesario el secreto de sumario *“en cuanto es necesario para impedir que desaparezcan las huellas del delito, para recoger e inventariar los datos que basten a comprobar su existencia y reunir los elementos que más tarde han de utilizarse y depurarse en el crisol de la contradicción durante los solemnes debates del juicio oral y público”*.

Podemos encontrar como en el propio artículo 301 se establece un mecanismo de protección de dicho secreto sumarial estableciendo una prohibición de carácter subjetivo específicamente destinada por un lado a los abogados y procuradores, y a los funcionarios públicos por otro, instituyendo sanciones para el caso de revelación indebida del contenido del sumario. Considera Valera Castro (1990: 41) que debe sobreentenderse que se hace referencia a aquellos que intervengan en las diligencias, *“y finalmente, de manera difícilmente inteligible, a cualquier persona”*. Respecto al contenido objetivo de la prohibición del secreto sumarial, el citado autor considera que sólo alcanzan a las *“diligencias”* del sumario, pero no a la revelación de informaciones sobre los *“hechos”* objeto de las diligencias; como tampoco implica el precepto ninguna limitación a la publicabilidad, no sólo ya de los hechos objeto del proceso, sino incluso de los contenidos de las diligencias sumariales por parte de aquellos que no intervengan en éstas, aunque hayan accedido al conocimiento a través de los sujetos objeto de la prohibición. Cuestión no resuelta aún es si podría postularse el amparo por quiebra del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24 CE) bajo la justificación de que la publicación de aspectos del sumario influyó en el desarrollo del proceso o en la sentencia<sup>13</sup>.

Por su parte, el artículo 301 bis, incorporado por la disposición final 1.9 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, establece que *“El Juez podrá acordar, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o de la víctima, la adopción de cualquiera de las medidas a que se refiere el apartado 2 del artículo 681 cuando resulte necesario para proteger la intimidad de la víctima o el respeto debido a la misma o a su familia”*.

Se completan estas previsiones con lo que establece la L.O. 5/2015, de 27 de abril, que ha modificado el art. 302 LECr señalando que *“Las partes personadas podrán tomar conocimiento de las actuaciones e intervenir en todas las diligencias del procedimiento. No obstante, si el delito fuere público, podrá el Juez de Instrucción, a propuesta del Ministerio Fiscal, de cualquiera de las partes personadas o de oficio, declararlo, mediante auto, total o parcialmente secreto para todas las partes personadas, por tiempo no superior a un mes cuando resulte necesario para: a) evitar un riesgo grave para la vida, libertad o integridad física de otra persona; o b) prevenir una situación que pueda comprometer de forma grave el resultado de la investigación o del proceso. El secreto del sumario deberá alzarse necesariamente con al menos diez días de antelación a la conclusión del*

<sup>13</sup> Favorable a esta posibilidad BELLOCH (1990: 240).

sumario. Lo dispuesto en este artículo se entenderá sin perjuicio de lo previsto en el párrafo segundo del apartado 3 del artículo 505". Sin embargo, la declaración del secreto, en cuanto constituye la limitación de un derecho fundamental, ha de tener carácter excepcional y en virtud del principio de proporcionalidad ha de ser adecuado para conseguir el fin propuesto, es decir, el interés de la justicia penal y de su necesaria eficacia en la represión del delito como expresión irrenunciable de la seguridad, individual y colectiva, que la Constitución reclama (López Ortega, 2007: 106).

Se trata de la exclusión de la publicidad absoluta en el primer caso (art. 301) y de la publicidad relativa (media, interna o para las partes) en el art. 302 (Sánchez de Diego, 2015: 464). Se establecen tres criterios para la restricción de la publicidad sumarial. Formal (se requiere adoptarse por resolución motivada: auto), Material (no es necesario que se extienda a la totalidad del sumario, pues puede ser parcial) y Temporal (se establece como plazo un mes), aunque el TC ha parecido posibilitar la prórroga de ese plazo en la STC 176/1988 al establecer que "el Juez no debe prolongar el secreto sumarial por más tiempo del que resulte estrictamente necesario a las exigencias de la instrucción, viniendo obligado a emplear la máxima diligencia en practicar, dentro del plazo acordado con sujeción a lo dispuesto en dicho artículo 302, las pruebas correspondientes, pero en modo alguno es de admitir, desde la perspectiva del derecho de defensa, que el Juez, por no venir prevista prórroga en ese precepto legal, quede impedido para proteger el valor constitucional que justifica el secreto del sumario, si el plazo ha resultado insuficiente para hacer efectiva plenamente esa protección". Sin embargo, si esta suspensión temporal se convierte en una imposibilidad absoluta de conocimiento de lo actuado hasta el momento del juicio oral, puede impedir que el investigado esté "en disposición de preparar su defensa de manera adecuada" (STEDH de 18 de marzo de 1997, asunto *Foucher c. Francia*). Por tanto, la decisión judicial de decretar secretas las actuaciones sumariales podrá incidir sobre el derecho de defensa del imputado cuando carezca de justificación razonable, no se dé al mismo posibilidad posterior de defenderse frente a las diligencias de prueba obtenidas en esta fase o, por último, se retrase hasta el acto del juicio oral la puesta en conocimiento del imputado de lo actuado (SSTC 100/2002, de 6 de mayo, FJ 4, y 174/2001, de 26 de julio, FJ 3)"<sup>14</sup>.

La diferenciación entre el secreto interno y externo no está justificado para algún autor (Del Moral, 2021: 154), que considera que "secreto externo sin secreto interno (aunque no siempre) es casi por principio signo de que aquel no es necesario a los efectos de la investigación". Especialmente porque cuando se produce dicha divergencia, la pretensión perseguida por los tribunales con este régimen legal quiebra frecuentemente, publicándose de forma casi inmediata en los medios de comunicación gran parte de las diligencias que deberían ser secretas.

El establecimiento del secreto de sumario no es medida suficiente, no obstante, para que revelaciones indebidas puedan afectar al adecuado desarrollo del proceso, y así lo manifiesta Valero Castro (1990: 41) respecto al momento procesal en que se declara el secreto de sumario pues "al establecer el *dies a quo* en el del inicio de momento de la actividad jurisdiccional, hasta cuyo momento no existen *diligencias sumariales*, deja fuera de veto la revelación del descubrimiento de los actos policiales presumariales, siendo precisamente ese segmento cronológico el de mayor potencialidad dañosa para el éxito de la investigación que luego ha de ser pilotada judicialmente, con criterios de

---

14 Tribunal Constitucional, Sentencia 95/2019, de 15 de julio (FJ 3º).

eventual discrepancia respecto del entendimiento y voluntad policial” (un específico deber de secreto para los integrantes de dichas Fuerzas y Cuerpos de Seguridad establece la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad establece en su artículo 5.5.). Del Moral García y Santos Vijande (1996) consideran que la regulación actual bajo los principios de publicidad interna y secreto externo busca conciliar la eficacia y la eficiencia en la investigación respetando los derechos de defensa, aunque sacrificando los intereses relativos a la libertad de información. Este sistema tan inflexible tiene como consecuencia su habitual incumplimiento. Porque el establecimiento del secreto sumarial para todo proceso, en todos sus detalles y durante toda la instrucción, sin posibilidad de graduación y sin discriminación alguna resulta totalmente desproporcionado.

El máximo intérprete constitucional ha tenido la posibilidad de pronunciarse sobre el secreto de sumario y ya en la STC 13/1985 de 31 de enero considera que la regla que dispone el secreto de sumario es, sobre todo, una excepción a la garantía institucional inscrita en el artículo 120.1 al establecer que “puede decirse que el proceso penal, institución con la que se trata de hacer efectiva la protección del ordenamiento a derechos reconocidos en este Título, puede tener una fase sumaria amparada por el secreto y en cuanto tal limitativa de la publicidad y de la libertad. Pero esta genérica publicidad constitucional del secreto sumarial no está, sin embargo, impuesta o exigida directamente por ningún precepto constitucional y, por lo mismo, se requiere, en su aplicación concreta, una interpretación estricta, no siendo su mera alegación fundamento bastante para limitar más derechos -ni en mayor medida de los necesarios- que los estrictamente afectados por la norma entronizada del secreto” (FJ 3º).

No obstante, la restricción a la publicidad de las actuaciones para las partes personadas está sometida a una serie de límites, establecidas por el Tribunal Constitucional en la sentencia 176/1988 que establece que “la constitucionalidad de esta medida de secreto del sumario y su compatibilidad con los derechos fundamentales en que pueda incidir han sido reconocidos en la Sentencia del Tribunal Constitucional 13/1985, de 31 de enero, la cual, aunque relativa a distinto derecho fundamental que el aquí implicado, contiene una doctrina que nos permite afirmar, en el ámbito de éste, que esa compatibilidad con el derecho a la no indefensión requiere, como condición esencial, que el secreto de las actuaciones judiciales venga objetiva y razonablemente justificada en circunstancias *evidenciadoras* de que la medida resulta imprescindible para asegurar la protección del valor constitucional de la justicia, coordinándolo con el derecho de defensa de las partes de tal forma que, una vez cumplido tal fin, se alce el secreto, dando a las partes, bien en fase sumarial posterior o en el juicio plenario, la oportunidad de conocer y contradecir la prueba que se haya practicado durante su vigencia o proponer y practicar la prueba pertinente en contrario” (FJ 3º). Plantea así el TC la necesidad de realizar la complicada ponderación entre secreto para el adecuado desarrollo de las diligencias investigadoras y transparencia en pos del derecho a la defensa del justiciable, al abordar el denominado secreto sumarial interno.

## VI. Principio de publicidad y derecho a la información: a vueltas con el secreto sumarial

La idea de publicidad que estamos barajando se consume mediante la presencia de los ciudadanos en las diversas dependencias donde se desarrolla la impartición de justicia. Esta publicidad denominada inmediata está, no obstante, limitada a

un número determinado de personas en función del aforo de la sala de vistas. A ello debe añadirse que en las sociedades actuales, el posible interés por la acción de la justicia no tiene como consecuencia un desmedido afán por asistir a los procesos. Será a través de la publicidad mediata, el acceso por parte de los ciudadanos a las decisiones judiciales a través de los medios de comunicación como pueda lograrse un conocimiento de éstas y así alcanzar la función social de la publicidad procesal. La publicidad procesal y la publicidad mediática poseen una connaturalidad entre ellas, “La información sobre un procedimiento judicial en curso viene a constituirse en una extensión de la publicidad de la administración de justicia”, aunque matiza que “continuidad que en ningún caso significa identificación” (Azurmendi, 2005: 142).

Es a través de los grandes medios de comunicación de masas y especialmente ahora a través de Internet y sus múltiples posibilidades comunicativas, como se articula la conexión entre la justicia y la opinión pública y, como resultado, la publicidad procesal ha dejado de ser una instancia crítica, ha perdido su antigua función como mecanismo de control de la aplicación de la ley y se ha convertido en un mero instrumento de prevención general, en un medio de educación de los ciudadanos en la fidelidad de las normas, en un mecanismo utilizado para mantener la paz y la seguridad públicas (López Ortega, 2007: 100).

Así lo entiende el TC al establecer que “no resulta adecuado entender que los representantes de los medios de comunicación social, al asistir a las sesiones de un juicio público, gozan de un privilegio gracioso y discrecional, sino que lo que se ha calificado como tal es un derecho preferente atribuido en virtud de la función que cumplen, en aras del deber de información constitucionalmente garantizado”<sup>15</sup>.

Para Azurmendi (2005: 145), los medios de comunicación irrumpen en la escena procesal en el momento en el que la asistencia personal y directa a los juicios disminuye, pero es dudoso que cumplan un papel de «control» sobre la actuación del juez y la aplicación de la ley, puesto que, en primer lugar, la tecnificación del derecho ha alejado los procesos judiciales del conocimiento común de los ciudadanos —y sin un conocimiento técnico mínimo es imposible valorar la actuación del juez, de los abogados de las partes, etc.—, y en segundo lugar, los medios autojustifican su trabajo en las salas de los tribunales desde el derecho a la información, no desde el derecho a la publicidad de los juicios en el sentido liberal. La divulgación mediática no es sino una extensión del principio de publicidad de la Administración de Justicia, produciéndose cierta transferencia y permeabilidad entre ambas formas de publicidad.

Sin embargo, “la actividad libre de la prensa ofrece, a un número indeterminado de personas, una particular visión de lo que ocurre en el juicio. Ella no puede sustituir la publicidad inmediata porque no es neutral, está determinada por cierta selección de las percepciones fundadas en razones psicológicas, técnicas, comerciales, estéticas, ideológicas, etc. por cierto, ello no implica negarle su especial aptitud para el desarrollo de las libertades fundamentales y el control de los actos de gobierno” (García, 1995: 31). La importancia de los medios de comunicación en el objetivo publicitario del proceso queda de manifiesto cuando el propio Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal establece en su artículo 4.4 entre sus funciones “informar a la opinión pública de los acontecimientos que se produzcan, siempre en el ámbito de su competencia y con respeto al secreto del sumario y, en general, a los deberes de reserva y sigilo inherentes al cargo y a los derechos de los afectados”. En un mismo sentido, el artículo 234 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece la obligación de

---

15 Tribunal Constitucional, Sentencia 30/1982 de 1 de junio (FJ 4º)

los funcionarios judiciales de suministrar información a los “interesados” sobre las actuaciones judiciales. Sobre este artículo muestra sus dudas Valera Castro (1990: 42), pues este precepto circunscribe el acceso a la información a los interesados, “en cuyo censo no cabe insertar a los medios de comunicación, pues dada la finalidad de éstos, supondría la confusión del interesado con el absoluto e indeterminado concepto de público”. Tampoco queda claro el aspecto subjetivo del administrador de la información, puesto que no se especifica si jueces y magistrados quedan incluidos en el ámbito de aplicación de la norma.

No obstante, uno de los ámbitos donde el conflicto entre medios de comunicación y órganos jurisdiccionales se reproduce más a menudo es en la declaración del secreto de sumario y su incumplimiento por los medios de comunicación. El mismo Tribunal Constitucional ha debido pronunciarse en varias ocasiones al respecto, pero es sin duda la STC 13/1985 la que ha marcado el camino a seguir al establecer que “tal secreto implica, por consiguiente, que no puede transgredirse la reserva sobre su contenido por medio de «revelaciones indebidas» (art. 301.2 de la LECr.) o a través de un conocimiento ilícito y su posterior difusión. Pero el secreto del sumario no significa, en modo alguno, que uno o varios elementos de la realidad social (sucesos singulares o hechos colectivos cuyo conocimiento no resulte limitado o vedado por otro derecho fundamental según lo expuesto por el art. 20.4 de la C.E.) sean arrebatados a la libertad de información, en el doble sentido de derecho a informarse y derecho a informar, con el único argumento de que sobre aquellos elementos están en curso unas determinadas diligencias sumariales. De ese modo, el mal entendido secreto del sumario equivaldría a crear una atípica e ilegítima «materia reservada» sobre los hechos mismos acerca de los cuales investiga y realiza la oportuna instrucción el órgano judicial, y no sobre «las actuaciones» del órgano judicial que constituyen el sumario (art. 299 de la LECr.)” (FJ 3º).

Para Marc Carrillo (1999: 188), esta sentencia tuvo como mérito “erradicar una concepción expansiva del secreto sumarial, muy en boga entonces, por la que se consideraba que todos los hechos sobre los que versa el sumario judicial quedaban sustraídos al derecho a comunicar información. La relevancia de esta resolución residió en que el secreto sumarial queda circunscrito a las diligencias judiciales que lo integran, y ello no es obstáculo para que la información pueda versar sobre los hechos objeto del sumario, conocidos legalmente a través de otras fuentes o medios, sin que tal circunstancia pueda ser calificada como un descubrimiento sumarial”.

Barrero Ortega (2000: 250) considera por su parte que “el Tribunal Constitucional contradice su propia doctrina sobre el secreto sumarial, ya que, en la práctica, lo deja reducido casi a la nada, convirtiendo en inoperante, en un recipiente vacío de contenido, la institución. Si cualquier persona que tenga un conocimiento mediato o inmediato de los hechos puede confiar a un periodista cualquier extremo relacionado con la investigación judicial, lo haya o no revelado ante el juez en el curso de las diligencias sumariales, es evidente que las garantías de que no desaparezcan las huellas del delito, no se condicione el juicio de los testigos, o no se manipulen los elementos que han de utilizarse durante los debates del juicio público, quedan en jaque. Y lo mismo ocurre con las garantías del derecho al honor del imputado, indefensión ante una información de tribunales errónea o, sencillamente, poco rigurosa”. Por su parte, Luís M<sup>a</sup>. Díez Picazo establece que en principio “al no existir en nuestro derecho una prohibición absoluta de manifestarse sobre los procesos en curso, hay que entender que el secreto sumarial vincula, únicamente, a aquellas personas que tienen conocimiento directo del sumario por su relación con el instructor” (Díez Picazo, 1986: 101).

De todo ello podemos deducir que nada impide al periodista en el cumplimiento de su función pública el investigar determinado caso, pero es evidente que si bien desde un punto de vista legal se encuentra en alguna medida legitimado, desde una perspectiva deontológica la cuestión implica ciertas connotaciones a considerar. Por un lado, el informador debe valorar si la noticia que va a ofrecer aportará mayores beneficios o inconvenientes, teniendo en cuenta si la trascendencia de la información justifica el atentado contra el secreto impuesto por el juez. Así deberá sacar sus propias conclusiones sobre la publicación, debiendo discernir entre la información verdaderamente trascendente y la simplemente vendible. Desde una perspectiva periodística, para Cerdán (2010: 291), “los periodistas especializados en materia judicial tienen la obligación de salvaguardar dos aspectos: 1) interferir en la investigación judicial, hasta el punto de poner en peligro las diligencias del juez; 2) o vulnerar el derecho a la intimidad y privacidad de los investigados, siempre que no sean personajes públicos”.

El Tribunal Constitucional en su sentencia 195/1991 ha establecido las posibles causas que limitan la información sobre el proceso al fijar que “todas estas observaciones son directamente trasladables al espacio en el que se cruzan los derechos enunciados por el art. 24 Constitución con las libertades reconocidas por el art. 20 de nuestra Carta Magna, máxime cuando se ha decretado la apertura del juicio oral, pues, si bien en la fase instructora la vigencia de la presunción de inocencia y del derecho al honor del imputado, así como las exigencias del secreto instructorio en orden a obtener el éxito de la investigación, constituyen, todos ellos, límites constitucionales más estrictos al ejercicio del derecho a transmitir información veraz, una vez decretada la apertura del juicio oral, rige el principio de publicidad absoluta e inmediata”.

En referencia a la presunción de inocencia, suponer que dar publicidad a aspectos de un proceso puede incidir en esta carece de sentido (Del Moral, 2021: 159), pues dicha presunción de inocencia solo se predica respecto de los órganos judiciales, pudiendo la revelación de datos o expresión de opiniones afectar al derecho al honor del protagonista, pero no a dicha presunción de inocencia (en contra Campo, 2019: 6). Así lo manifiesta el TC en su sentencia 166/1995 al decir que “esta dimensión extraprocesal de la presunción de inocencia, no constituye por sí misma un derecho fundamental distinto o autónomo del que emana de los arts. 10 y 18 de la Constitución, de tal modo que ha de ser la vulneración de estos preceptos y, señaladamente del art. 18, lo que sirva de base a su protección a través del recurso de amparo. Porque, para decirlo en pocas palabras, la presunción de inocencia que garantiza el art. 24.2 C.E., alcanza el valor de derecho fundamental susceptible del amparo constitucional, cuando el imputado en un proceso penal, que ha de considerarse inocente en tanto no se pruebe su culpabilidad, resulte condenado sin que las pruebas, obtenidas y practicadas con todas las garantías legal y constitucionalmente exigibles, permitan destruir dicha presunción. En los demás casos relativos al honor y a la dignidad de la persona, que no son una presunción sino una cualidad consustancial inherente a la misma, serán los derechos consagrados en el art. 18 C.E. los que, por la vía del recurso de amparo, habrán de ser preservados o restablecidos (FJ 3º)”.

Hay que añadir que el caso de la publicación de datos o novedades sobre un proceso judicial que se lleva a cabo, todas las posibles conclusiones que se infieren de esta publicación deben ser puestas en tela de juicio por su provisionalidad. Pero estas informaciones tienen una mayor trascendencia en el caso de juicios que se desarrollarán ante un jurado popular, puesto que en gran medida se hallaran condicionados por las informaciones publicadas, así como los testigos, que tendrán ciertas dudas cuando deban declarar en contra de una información, en principio, perfectamente documentada.

También debe considerarse la idea de victimización secundaria, entendida como la afectación a los familiares y allegados de la víctima por la divulgación por los medios de comunicación de diversos aspectos del proceso o de los hechos que lo han suscitado. La Directiva 2021/29 del Parlamento Europeo y del Consejo<sup>16</sup> sobre la protección de las víctimas de delitos incide en ello al decir que “por consiguiente, esos familiares, que son víctimas indirectas del delito, también deben disfrutar de protección en el marco de la presente Directiva”.

Por su parte, la posible indagación sobre las fuentes que han suministrado cualquier información a los medios de comunicación sobre materia sometida a secreto de sumario se encuentra con la dificultad añadida de la posibilidad de los profesionales de la información de acogerse al secreto profesional reconocido en el art. 20.1.d) CE. Ante la imposibilidad de perseguir a los periodistas por revelación de datos vinculados al sumario hay propuestas que abogan por reformar la normativa sobre el secreto de sumario y exigir una ampliación de los penas sobre posibles responsabilidades de los periodistas, opción que consideramos claramente opuesta a la regulación constitucional de dicho secreto profesional, pues supondría vaciarlo de contenido.

En la relación entre secreto sumarial y derecho al honor, la sentencia TC 24/2009 aborda determinados recursos de amparo en los que se esgrimía que las informaciones publicadas procedían de procesos penales secretos, lo que, a juicio de los recurrentes, que demandaban la tutela de su derecho al honor, impedía que dichas informaciones quedaran amparadas por la libertad de información. El Tribunal rechazó la relevancia de este planteamiento relativo al supuesto origen ilícito de la información, por no afectar al conflicto suscitado ni haberse probado en el proceso judicial la revelación del secreto de sumario.

La afectación del honor, y por añadidura la intimidad y la propia imagen, por la revelación de aspectos relacionados con el procedimiento judicial (sea en la fase de investigación, sea en el juicio oral cuando ha sido declarado secreto) creemos que debe subsumirse, con algunas matizaciones, en la aplicación del “test de publicación” establecido por el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia. Será la veracidad y la relevancia pública de la información la que legitimará su divulgación. Entendiendo la primera como la actuación diligente del comunicador en la obtención y comprobación de la información y la relevancia pública como aquellas informaciones que afectan a la colectividad, o en palabras del TC “una información posee relevancia pública porque sirve al interés general en la información, y lo hace por referirse a un asunto público, es decir, a unos hechos o a un acontecimiento que afecta al conjunto de los ciudadanos...” (STC 134/1999, de 15 de julio, -FJ 8º-). Ciertamente es que la veracidad actúa de forma divergente respecto del honor y de la intimidad, puesto que “el requisito de la veracidad merece distinto tratamiento según se trate del derecho al honor o del derecho a la intimidad, ya que mientras que la veracidad funciona, en principio, como causa legitimadora de las intromisiones en el honor, si se trata del derecho a la intimidad esa veracidad es presupuesto necesario para que la intromisión se produzca” (STC 197/1991, FJ 2º).

Este tratamiento divergente de la veracidad queda de manifiesto en distintas sentencias del TC, pero podemos citar la 13/1985 como paradigmática. En esta y otras sentencias, el Constitucional no entra a valorar la ilicitud por

quebrantamiento del secreto de sumario en la información publicada, porque considera que desde la perspectiva de la ponderación entre los derechos a la información y al honor, la clave es la veracidad, que implica que se haya obtenido rectamente. Y aquí es donde realiza un giro argumental cuando considera que la rectitud en la obtención de la información está vinculada al contraste de la información y la diligencia en su comprobación, y qué hay más fidedigno que datos obtenidos directamente del sumario. Contrasta este punto de vista con el ATC 129/2009 donde la ilicitud en la obtención de la información impide protegerla desde la perspectiva de la jurisprudencia constitucional sobre el derecho a la información, o la más reciente sentencia sobre la prohibición de las cámaras ocultas en los reportajes televisivos (STC 25/2019), donde la veracidad queda fuera de toda duda, sin embargo, es la ilicitud en la obtención de la información la que se censura por el Alto Tribunal. Vemos así, que la veracidad justifica el atentado como en honor<sup>17</sup>, pero es presupuesto de la violación del derecho a la intimidad.

También el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha pronunciado en múltiples ocasiones sobre la relación entre secreto de sumario y derecho a la información. En el caso Worm<sup>18</sup>, se considera que los periodistas no pueden comentar procesos penales en curso que puedan perjudicar de forma intencionada o no, las posibilidades de que una persona reciba un juicio justo o socavar la confianza de la ciudadanía en el papel de los Tribunales. Por su parte, el asunto Du Roy y Malaurie<sup>19</sup> limita el carácter absoluto del secreto de sumario al fijar que una prohibición absoluta de publicar cualquier noticia sobre un asunto que está bajo secreto de sumario supone una restricción injustificable a la libertad de información.

Por su parte, en la Sentencia Tourancheau y July<sup>20</sup> el Tribunal opina que “la prohibición de publicar procedimientos judiciales en curso bajo pena de castigo tiene como objetivo proteger a las partes en el proceso penal y evitar cualquier riesgo de perjuicio, ya sea por parte de la prensa. Esto es para evitar “el show de pseudo-juicio en los medios de comunicación”, así como la posibilidad de que los periodistas entreguen sus propias conclusiones al público mientras la investigación no se completa y que el juez de instrucción no ha tomado ninguna decisión con respecto a un posible regreso a juicio de los acusados. En el caso Dupis<sup>21</sup> considera el Tribunal de Estrasburgo que es legítimo querer otorgar protección especial al secreto de la investigación dada la importancia de los procedimientos penales, tanto para la administración de justicia como para el derecho a respetar la presunción de inocencia de las personas arrestadas bajo examen.

El Caso Pinto Coelho<sup>22</sup> aborda el supuesto de la exhibición en televisión de documentos pertenecientes a un sumario en un caso de interés general y cuya publicación no perjudica el curso de la investigación. Por tanto la sanción penal a la periodista no suponía una necesidad social imperiosa a juicio de la Corte<sup>23</sup>.

---

17 Como indica la STC 50/1983 “el daño que el honor de quien sigue tal conducta pueda sufrir no se origina en esos procedimientos, sino en la propia conducta y ni la Constitución ni la Ley pueden garantizar al individuo contra el deshonor que nazca de sus propios actos” (FJ 3º)

18 TEDH, Worm c. Austria, Sentencia 29 agosto 1997.

19 TEDH, Du Roy y Malaurie, Sentencia de 3 de octubre de 2000.

20 TEDH, Tourancheau y July c. Francia, Sentencia de 24 de noviembre de 2005.

21 TEDH, Dupis et autres, Sentencia de 7 de junio de 2007 (ap.44).

22 TEDH, Pinto Coelho c. Portugal, Sentencia de 28 de junio de 2011.

23 Vid. también TEDH, Dédat c. Suiza, Sentencia de 29 de marzo de 2016.

En el asunto Giesbert<sup>24</sup> el Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera que no hay violación de la libertad informativa del art. 10 porque se viola el secreto de sumario al publicar documentos protegidos por el secreto de sumario, pues afecta a la independencia judicial, afecta al desarrollo del proceso y afecta a la reputación del autor, máxime cuando los periodistas conocían la prohibición legal de publicación.

## VII. Discusión y conclusiones

Hemos podido comprobar como la regulación constitucional de la publicidad procesal y del derecho a la información sitúa a ambos como instituciones claves en el Estado democrático de Derecho. Su adecuada interrelación entre ambos es fundamental, sobre todo en las sociedades actuales donde los medios de comunicación desempeñan un papel de correa de transmisión del Poder Judicial a la ciudadanía.

No obstante, las leyes procesales que han establecido razonables limitaciones a dicha publicidad del proceso, tanto en la fase de investigación (principalmente a través de la instauración del secreto de sumario), como en las vistas públicas (por razones de orden público y protección de la intimidad y otros derechos fundamentales), combinan un importante grado de imprecisión con una rigidez en su aplicación, lo que deriva en permanentes conflictos entre los medios de comunicación y los integrantes del Poder Judicial. Sobre todo porque se deja en manos de los Tribunales la valoración de las circunstancias que justifican las restricciones a la publicidad procesal. Circunstancias todas ellas caracterizadas por un alto grado de interpretabilidad.

Por su parte, el Tribunal Constitucional español ha optado por una interpretación restrictiva del secreto sumarial, posibilitando la transmisión de informaciones sobre diversos aspectos del proceso sometidos a secreto de sumario. Favorece así el derecho a la información de los ciudadanos frente a una posible minoración del derecho a la tutela judicial efectiva del justiciable, aspecto criticado por parte de la doctrina procesalista. La jurisprudencia del TEDH aboga por una defensa del derecho a la información reconocido en el artículo 10 del CEDH siempre que la divulgación de datos o informaciones sometidas al secreto de sumario no perjudiquen, por un lado a la obtención de un juicio justo por parte del acusado; y por otro lado, siempre que la difusión no pueda entorpecer en modo alguno el adecuado desarrollo del proceso ni la correcta impartición de justicia.

Pero la rigidez de la regulación limitadora de la publicidad procesal (en especial del secreto de sumario) trae como consecuencia inmediata su constante violación, conllevando distorsiones en la finalidad de la publicidad del proceso. Si como hemos visto, uno de los propósitos del art. 120 CE es fomentar la confianza en la acción de la Justicia, las constantes revelaciones sobre aspectos de un proceso bajo secreto de sumario, constata ante la opinión pública la ineficacia de dicho instrumento procesal, pero también introduce dudas sobre el cumplimiento de las normas. Sobre todo, porque la mayoría de la veces, se desconoce el origen de la información (desconocimiento asegurado por el derecho al secreto profesional del art. 20 CE) sembrándose la duda sobre todos los implicados en el proceso (órganos del Poder Judicial incluidos).

Las posibilidades en manos de los Tribunales para obligar al respecto de dicho secreto son escasas. Por un lado porque aunque tanto el artículo 301 de la LECr

24 TEDH, Giesbert y otros c. Francia, Sentencia de 1 de junio de 2017.

como el art. 417 del Código Penal sancionan a abogados y los procuradores de las defensas y las acusaciones particular y popular; y a jueces, fiscales, secretarios judiciales y funcionarios judiciales, respectivamente, por filtración de información, es prácticamente imposible descubrir de donde surge dicha filtración. Los intentos por obligar al periodista a revelar su fuente chocan con su derecho al secreto profesional, como en innumerables ocasiones -algunas recientes- hemos comprobado. Dicha persecución de la filtración en las sociedades digitalizadas en las que vivimos, puede convertirse además en una quimera.

Esta “hipócrita normativa”, como ha sido denominada por algún autor (Del Moral, 2021: 183), que hunde sus raíces en principios procesales decimonónicos, requiere de una actualización acorde con la realidad social, utilizando como inspiración la que ha sido su *praxis* habitual. Las propuestas de *lege ferenda* deben partir de la flexibilidad y de la posibilidad de establecer gradaciones en dicha reserva, tanto de los actos procesales declarados secretos, como respecto de los diferentes sujetos intervinientes. La rígida regulación del secreto sumarial en vigor ha demostrado su ineficiencia, pues ni asegura la adecuada función investigadora de los jueces y Tribunales, ni ofrece alternativas a los medios de comunicación que no sea la violación de dicho secreto. El secreto de sumario es tan fácil de decretar como difícil de hacerse cumplir. Compaginar ambos derechos (derecho a un juicio justo y derecho a la información) es el gran reto al que se enfrenta la revisión de esta institución procesal.

Este difícil equilibrio es glosado por el profesor Desantes (1976: 29), quien aboga porque toda información que pueda influir negativamente en la consecución de la justicia por parte de los jueces, ha de ceder, como derecho, ante las exigencias de la justicia que con el procedimiento procesal se persigue. Aunque matiza que aquellas informaciones que pueden contribuir a reunir elementos fácticos y evitan interferencias deben ser fomentadas. Concluye que en caso de duda, la excepción del silencio debe ceder ante la regla general informativa que afecta al objeto (tal y como concluyó la jurisprudencia constitucional años después).

Toda esta reflexión está asimismo condicionada por las transformaciones del espacio público. Esta publicidad mediata desempeñada por los medios de comunicación clásicos quiebra con la irrupción de las redes sociales como elementos sustitutivos de dicha labor de intermediación. Ello requerirá de una nueva reflexión sobre los modelos comunicativos en las sociedades actuales y como afecta a la función del Poder Judicial en las democracias contemporáneas.

### **Bibliografía**

- Agudo Ruiz, A. (2013). *Las costas en el proceso civil romano*. Madrid: Universidad de la Rioja-Dykinson.
- Alzaga Villaamil, O. et al. (1998). *Derecho Político Español según la Constitución de 1978 II. Derechos Fundamentales y órganos del Estado*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces.
- Aragón Reyes, M. (1996). Independencia judicial y libertad de expresión. *Derecho privado y Constitución*, 10, 259-267.
- Azurmendi Adárraga, A. (2005). Derecho a la información y administración de justicia. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 75, 135-178.
- Barrero Ortega, A. (2000). Notas jurídico-constitucionales en torno a los juicios paralelos”. *Derecho y Opinión*, 8, 247-259.

- Belloch Julvé, J. A. (1990). Los jueces y la libertad de información. *Poder Judicial* nº extra 11, 221-248.
- Bentham, J. (1835). *Tratado de las pruebas judiciales. Tomo I*, (traducción de José Gómez de Castro). Madrid: Imprenta de D. Tomás Jordan.
- Campaner Muñoz, J. (2019). *Publicidad y secreto en el proceso penal en la sociedad de la información*. Madrid: Dykinson.
- Campo Moreno, J.C. (2019). Derecho de la información, secreto sumarial y juicios paralelos, *Diario La Ley*, 7293, 1-8.
- Carreras i Serra, Ll. de (1996). *Régimen Jurídico de la información: periodistas y medios de comunicación*. Barcelona: Ariel.
- Carrillo López, M. (1999). Los tribunales de justicia y sus obligaciones informativas", *Revista del Poder Judicial (Número Extraordinario 17 "Justicia, Información y opinión pública")*, 183-197.
- Couture, E. (1962). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Depalma Editor.
- Dahl, R.A. (1999). *La democracia. Una guía para ciudadanos*. Madrid: Taurus.
- Del Moral García, A. y Santos Vijande, J.M. (1996). *Publicidad y secreto en el proceso penal*. Granada: Comares.
- Del Moral García, A. (2021). El secreto de sumario (una reflexión desde la libertad de información). En C. Álvarez Alonso y A. González Alonso, A. (coords.), *Libertad de prensa, democracia* (pp. 149-186). Madrid: Congreso de los Diputados.
- Desantes Guanter, J. M. (1976). *La función de informar*. Pamplona: Universidad de Navarra.
- Díez Picazo, L. M. (1986). Parlamento, Proceso y Opinión Pública, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 18 (Septiembre-Diciembre), 83-106.
- Escobar de la Serna, L (2004). *Derecho de la Información*. Madrid: Dykinson.
- Esparza Leibar, I. y Etxeberria Guridi, J. F. (2004). Derecho a un proceso equitativo. En I. Lasagabaster Herrares (dir), *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático* (pp. 146-226). Madrid: Thomson-Cívitas.
- García, L. M. (1995). *Juicio oral y medios de prensa*. Buenos Aires: Ed. Ad Hoc.
- Garrorena Morales, A. (1987). *El Estado español como Estado Social y Democrático de Derecho*. Madrid: Tecnos.
- Gimeno Sendra, V., Conde-Pumpido Tourón, C., y Garberí Llobregat, J. (2000). *Los procedimientos penales. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con formularios y jurisprudencia*. Barcelona: Editorial Bosch.
- López Ortega, J.J. (2007). La dimensión constitucional del principio de publicidad judicial y sus limitaciones. En VV.AA., *Justicia y medios de comunicación. Cuadernos de Derecho Judicial* (pp. 93-136). Madrid: Consejo General de Poder Judicial.
- Merrills, J. G., y Robertson, A. H. (2001). *Human rights in Europe. A study of the European Convention on Human Rights 4<sup>th</sup>*. Manchester: Manchester University Press.
- Montañés Pardo, M. A. (2018). Artículo 120. En M. Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer y M. E. Casas Baamonde (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española. XL Aniversario* (pp. 685-694). Madrid: BOE-Wolters Kluwer.
- Orenes Ruiz, J. C. (2008). El acceso de los medios audiovisuales a las salas de vistas en los procesos penales. *Revista de Derecho UNED*, 3, 201-232.
- Pérez Luño, A.E. (1998). *Los Derechos Fundamentales*, 3ª edición. Madrid: Tecnos.
- Sánchez Agesta, L. (1989). *Sistema político de la Constitución española de 1978 (5ª ed.)*. Madrid: EDESA.
- Sánchez de Diego, M. (2015). Derecho a la información e información de tribunales. Los secretos judiciales. En L. Corredoira y Alfonso y J. I. Bel Mallén

- (dirs.), *Derecho de la Información. El ejercicio del derecho a la información y su jurisprudencia* (pp. 451-486). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Sánchez Ferriz, R. (1995). *Estudio sobre las libertades* (2ª edición). Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Tenorio Sánchez, P. J. (2012). Título V de la Constitución de Cádiz: poder judicial, origen del Tribunal Supremo, y unidad de códigos. *Revista de Derecho Político*, 83, 310-333.
- Torres del Moral, A. (1998). *Derecho Constitucional Español 1*. Madrid: Átomo.
- Valero Castro, L. (1990). Proceso penal y publicidad. *Jueces para la Democracia*, 11, 37-44.
- Vidal Zapatero, J. M. (2014). El derecho a un proceso público: una garantía relativizada por el Tribunal de Estrasburgo (art.6.1.). En J. García Roca y P. Santolaya (coords.), *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos* (pp. 251-285). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales

# Malos tiempos para los parlamentos

## *Bad times for parliaments*

**PALOMA BIGLINO CAMPOS**

Catedrática de Derecho Constitucional.  
Universidad de Valladolid.  
paloma.biglino@uva.es

DOI: <https://doi.org/10.7203/cc.2.2217>

Fecha de recepción: 30/07/2021

Fecha de aceptación: 10/09/2021

### **Resumen**

El artículo revisa el rechazo a la democracia representativa, considerando parte de ese rechazo las críticas al parlamento. Dentro de esa amplitud se estudian cuestiones diversas como la relación entre nacionalidad y derecho al voto, las cuotas de género, las elecciones primarias, independencia de los miembros de las cámaras y reconocimiento de los derechos de las minorías o el modo en el que se gestionan los fondos de ayuda que provienen de la Unión Europea.

La conclusión a la que se llega es que el control es el único remedio ante los errores del poder y la forma de poner freno a la crisis representativa que afecta al parlamento.

### **Palabras clave**

Representación; parlamento; democracia; control; sufragio; elecciones.

### **Abstract**

*The article reviews the rejection of representative democracy, considering part of that rejection criticism of parliament. Within this scope, various issues such as the relationship between nationality and the right to vote, gender quotas, primary elections, independence of the members of the chambers and recognition of the rights of minorities or the way in which they are managed are studied. aid funds that come from the European Union.*

*The conclusion reached is that control is the only remedy for the errors of power and the way to put a stop to the representative crisis that affects parliament.*

### **Keywords**

*Representation; parliament; democracy; control; suffrage; elections.*

## Sumario

**I. Un grave problema de imagen. – II. Los misterios de la representación. – III. Una cámara que representa a todos. 1. El perfeccionamiento del sufragio activo. 2. Las mejoras del sufragio pasivo. 3. Igualdad y libertad en el procedimiento electoral. – IV. Voluntad de la mayoría y voluntad de la cámara. – V. Voluntad de la cámara, voluntad de todos. *Bibliografía.***

### I. Un grave problema de imagen

Desconozco si algún régimen democrático se ha salvado de las feroces críticas que se acumulan contra los parlamentos. En España, desde hace décadas se suceden informaciones sobre esta institución que, si no eran falsas, resultan al menos engañosas. Cuando no se reprochan los sueldos de los senadores y diputados, se critica su número de asesores, las “vacaciones” de que disponen o los subsidios que reciben cuando dejan el cargo. Y esto era antes del intenso impacto que ha supuesto la COVID-19 sobre el funcionamiento de las instituciones: recordemos que, en los primeros meses, nuestras asambleas ni siquiera pudieron reunirse, lo que afectó gravemente a la función legislativa y de control que les corresponde.

Estas páginas no están destinadas a contrarrestar las denuncias que acabo de mencionar sino, más bien, a tratarlas como síntomas de un mal mucho más profundo, esto es, la generalización del rechazo a la democracia representativa y al valor pluralismo político que constituye su sustento. No es la primera vez que Europa y América sufren ese tipo de mal, que caracteriza a todas las formas de autoritarismo. Sirvan de ejemplos el fascismo italiano o el régimen franquista, que se justificaron como alternativa a una caduca democracia liberal, inoperante por culpa de luchas partidistas, parlamentos divididos y políticos perniciosos. Tal y como ilustra Antonio Scurati en su monumental *M. Il figlio del secolo*, ya en 1919 Gabriele D’Annunzio facilitaba soporte ideológico a Mussolini con sus diatribas en contra de una casta privilegiada y separada de la sociedad, que intentaba prolongar, por cualquier vía, formas de vida “lisiadas y dignas de desprecio”.

Como veremos más adelante, no todo lo que hacen los parlamentos está bien hecho, sino que hay mucho que mejorar. Pero una cosa es criticar la forma en que ejercen sus funciones y otra es deslegitimar su propia naturaleza representativa. Es cierto que, a veces, en los parlamentos se producen abusos. Pero, en todos los sistemas políticos que conozco, estos son mucho menores que los que afectan al gobierno y a la administración, porque, tanto en los sistemas parlamentarios como en los presidencialistas, los casos más graves de corrupción y de abusos de autoridad provienen, generalmente, de estos últimos.

La mayor incidencia real de este tipo de fenómenos en el caso de los ejecutivos no deriva ni del talante de quienes ostentan el poder ni de su color político, sino del tipo de funciones que tiene asignadas. En las democracias

contemporáneas, quienes disponen del presupuesto, quienes administran y contratan son el gobierno y la administración a su servicio. El protagonismo de los ejecutivos en estos ámbitos se ha incrementado, además, de forma casi dramática durante la pandemia y las declaraciones de los estados de alarma. En los últimos meses hemos visto como el poder se ha centralizado todavía más en los gobiernos, nacionales y autonómicos, que han ejercido sus funciones prácticamente sin control. El desequilibrio está lejos de corregirse. Baste con recordar la manera en que nuestro país tiene intención de gestionar los fondos de ayuda que provienen de la Unión Europea y que, al menos por el momento, deja de lado una correcta fiscalización parlamentaria.

En definitiva, los miembros de los ejecutivos tienen mucho más poder y más oportunidades de actuar al margen de lo dispuesto en el ordenamiento jurídico que los parlamentos y sus miembros. Estos últimos participan en la función legislativa y de control, cuyo correcto ejercicio sólo puede verse amenazado por fenómenos que quizá sean graves, pero que suelen ser puntuales, como es el conflicto de intereses.

A pesar de que, objetivamente, parlamentos y parlamentarios tienen menos posibilidades de infringir el ordenamiento jurídico son, sin embargo, el objetivo de las críticas más severas. Los reproches a las cámaras son también muy acerbos cuando se refieren al ejercicio de la función representativa, críticas de las que, paradójicamente, también el poder ejecutivo queda a resguardo.

Según algunas corrientes de opinión cada vez más extendidas, el parlamento es un lugar donde los políticos no negocian, sino que “trápichean”, discuten asuntos que no interesan a los ciudadanos y se demuestran incapaces de llegar a soluciones que beneficien al interés general más que a ellos mismos. Quienes mantienen estas posturas dibujan, sin embargo, una imagen mucho más benévola del poder ejecutivo. Los gobiernos actúan, solucionan problemas, son dinámicos. Están al lado de la gente.

Tampoco parece que esta visión del juego institucional responda a la auténtica naturaleza de las cosas. El poder ejecutivo está en manos de la mayoría y no decide conforme a los principios de transparencia o publicidad. No expresa, pues, el valor pluralismo político que es inherente al sistema democrático. Aunque en los sistemas parlamentarios hallemos gobiernos de coalición, no es fácil saber lo que sucede en su interior, ni qué, cómo y cuándo negocian las fuerzas políticas que lo integran. Si el parlamentarismo es racionalizado, quien decide en última instancia es el presidente, que cesa y nombra libremente ministros, sin necesidad de dar explicaciones a la opinión pública o al parlamento. Frente a ello, las cámaras son la sede donde no sólo está la mayoría, sino también la oposición, cuyos miembros tienen voz y voto. Los procedimientos de los parlamentos pueden ser poco eficaces, pero sus tiempos están pensados para que sus integrantes tengan la oportunidad de participar y debatir. Y todo o casi todo lo que se dice y se vota queda registrado. Antes los ciudadanos podían saber qué había expresado cada uno de sus representantes a través de la lectura del acta de sesiones. Ahora, la webcam nos trasmite su imagen y palabra en directo.

No es fácil identificar las causas que generan tanta desconfianza en los parlamentos que, al fin de al cabo, son las únicas instituciones que representan a todos los ciudadanos y que dan voz a las principales orientaciones políticas presentes en la sociedad. Aunque, seguramente, hay razones que dependen de las peculiaridades de cada país, también hay otras comunes, conectadas con la función que las asambleas tienen asignadas en cualquier sistema democrático.

La noción de representación sobre la que basamos nuestra democracia no es ajena a estos problemas. Como veremos a continuación, es una idea dotada de fuerte abstracción, al estar compuesta por elementos que siempre han resultado

polémicos porque ni responden, ni intentar responder a la realidad. Sólo es posible aceptarla si asumimos que no es un concepto descriptivo, sino prescriptivo.

Ello no nos exime de intentar mejorar la realidad para que la función representativa de las cámaras produzca menos fricciones cuando se la compara con lo que realmente pasa. Las páginas que siguen no son un recetario de reformas, aunque hay temas, más conectados con el Derecho positivo, en los que se puede ser más precisos que en otros. El propósito de este artículo consiste, más bien, en enlazar algunas de las críticas que se hacen al parlamento con la propia idea de representación y enfocar, desde esta óptica, algunas de las reformas que se han propuesto, bien para apoyar su viabilidad, bien para descartarlas.

## II. Los misterios de la representación

En los últimos años hemos asistido a propuestas de reforma y reformas que pretenden “corregir” la separación entre representantes y representados mediante la introducción de instituciones de democracia directa, participativa o deliberativa. He tenido ocasión de referirme a las ventajas e inconvenientes de estas figuras en otros lugares (por ejemplo en Biglino (2019: 27-35)). Por ahora, me interesa resaltar que algunas de ellas no producen siempre los resultados esperados porque, lejos de mejorar o completar la representación, tensan las relaciones entre ciudadanos e instituciones. Quizá el mejor ejemplo de estas disfunciones sea lo que ha ocurrido en el Reino Unido con el *Brexit*. El debate de sus consecuencias en la Cámara de los Comunes y la falta de acuerdo sobre el tema demostró que no siempre es fácil llevar a la práctica lo decidido por el pueblo en referéndum. Aunque el tema parece resuelto a partir de las últimas elecciones, queda por ver cómo se concretan las condiciones para la salida del Reino Unido de la Unión Europea, así como sus consecuencias en la vida de los ciudadanos de uno y otro lado del Canal de la Mancha.

Nadie, que yo sepa y en la actualidad, defiende una democracia que sea exclusivamente directa, porque no parece posible renunciar (y obligar a renunciar) a la libertad de los modernos. Por eso, las propuestas destinadas a incrementar la participación ciudadana se plantean como complementos de la representación. Este quizá sea su principal problema. Quienes defienden estas alternativas suelen olvidar un paso previo, que consiste en reconocer que la representación no es, ni puede ser, identidad. Los representantes nunca podrán actuar siguiendo al pie de la letra lo querido por los representados, por la sencilla razón de que esto es imposible.

En las críticas hacia la representación hay algo de nostalgia por sus formas medievales, sin tener en cuenta que la auténtica relación que, en aquella época, ligaba a los representantes y representados no era precisamente democrática. No me gustaría caer en un excursus histórico sobre el asunto (aun sabiendo que, quizá, mereciera la pena). Sólo desearía recordar que quienes llevaban la voz de las ciudades a las asambleas estamentales eran, a veces, asalariados, porque los representados no podían dejar sus actividades económicas por largos espacios de tiempo; que los representantes del clero y de la nobleza estaban allí por derecho propio y que las reuniones de dichas asambleas se interrumpieron porque la pluralidad y diversidad de intereses entre los tres estamentos facilitaron el predominio del rey, que acabó en monarquía absoluta<sup>1</sup>.

---

1 Sobre el tema, sigue siendo de interés la publicación de Hintze sobre “Tipología de las instituciones estamentales en Occidente” (1968).

Tampoco es cuestión de recordar los argumentos de Burke en su discurso a los electores de Bristol, sobre todo porque siguen siendo claros para todos aquellos que quieran consultarlos<sup>2</sup>. Sin embargo, creo necesario aclarar que, antes de buscar sustitutos o complementos a la representación, es preciso entender la naturaleza de esta función. En otro caso, nos arriesgamos a ponerla en peligro insertando en ella cuñas de otra madera que pueden quebrarla.

Aunque existen muchas maneras de entender la representación, puede afirmarse que, a grandes rasgos, consiste en la elección por los ciudadanos, en condiciones de igualdad y libertad, de un órgano colegiado que expresa una sola voluntad, voluntad que se imputa al propio pueblo. Esta noción de representación enlaza con sus orígenes en las revoluciones liberales y es la que ha llegado hasta nuestros días, predominando en todas las democracias occidentales. Es también la que, con mayor o menor entusiasmo, aceptamos los ciudadanos y da por sentada la doctrina constitucional.

Pues, bien, la representación así entendida se apoya sobre tres afirmaciones que no siempre responden a lo que sucede en la realidad.

La primera de estas aseveraciones es que, dado que todos nos vamos a ver afectados por las decisiones que adopte la cámara, todos tenemos derecho a participar en la elección. Para algunos, esta afirmación resulta desmentida por el hecho de que haya personas que no pueden votar porque carecen de los requisitos para estar inscritos en el censo electoral, como sucede, por ejemplo, con los menores de edad. Estos ciudadanos sólo estarían representados virtualmente en el parlamento como lo estuvieron, durante mucho tiempo, quienes no poseían propiedades o las mujeres. Se reprocha, además, que la libertad y la igualdad en la elección no siempre se respeten, sino que, como consecuencia de influencias indebidas del poder o como resultado del sistema electoral, algunos salgan más beneficiados que otros.

Tampoco se acepta pacíficamente que la cámara exprese realmente una sola voluntad. Frente a ello, se afirma que la voluntad que se imputa a la asamblea es, en la mayoría de las ocasiones, la opinión de sólo una parte de la cámara, esto es, de la mayoría. Los parlamentos contemporáneos ya no son la expresión de una clase hegemónica con intereses más o menos homogéneos, como ocurría en el siglo XIX, sino instituciones plurales donde están presentes muy diferentes sensibilidades. No pretenden, además, que sus decisiones respondan a la razón o la verdad, sino que se conforman con intentar llegar a acuerdos con otras fuerzas políticas.

La tercera de las afirmaciones no sale mucho mejor parada. La imputación de la voluntad del parlamento al pueblo en su conjunto implica a todos, por lo que no sólo vincula a quienes votaron por la mayoría, sino también a quienes optaron por otras fuerzas políticas. Ni unos ni otros pueden, además, poner en tela de juicio lo que están haciendo los representantes. Como la democracia contemporánea niega el mandato imperativo, los ciudadanos no tienen más remedio que soportar esta imputación hasta las siguientes elecciones, aunque los elegidos no hagan lo que prometieron o hagan lo que no habían prometido.

Hay, además, otro problema horizontal que impregna la imagen total de la representación. Esta presupone que el mandato transcurre entre electores y elegidos cuando, realmente, quienes monopolizan esta relación son los partidos políticos. Son estos quienes protagonizan la elección y los procedimientos de

2 Y que se pueden encontrar, por ejemplo, en <http://press-pubs.uchicago.edu/founders/documents/v1ch13s7.html>

formación de la voluntad de la cámara. A pesar de ello, la noción tradicional de representación de la que he partido sigue ignorándolos.

Ninguno de estos problemas es nuevo, sino que, con mayor o menor intensidad, se vienen denunciando desde que se implanta la noción contemporánea de representación. Tampoco son novedosas las soluciones que se han dado a esta separación entre teoría y realidad.

Sirva como ejemplo que ya G. Jellinek, en su *Teoría del Estado*, hacía frente a críticas muy parecidas a las que acabo de exponer y defendía la idea de representación señalando que es meramente jurídica, esto es, un concepto que no constituye una norma de conocimiento. A ello añadía que:

“Por esto, el sistema representativo está también grandemente expuesto a ataques vivos, y se le considera engañoso y meramente aparente; ataque que sólo está justificado, si se prescinde de la profunda distinción que existe entre el mundo de los conceptos jurídicos y el de los hechos reales.” (Jellinek, 1983: 429)

La idea de representación que H. Kelsen mantiene no es muy distinta de la que se ha expuesto precedentemente, aunque quizá algo más radical. En *Esencia y valor de la democracia*, la identifica con la idea de que “el Parlamento sólo es representante del pueblo y de que el pueblo únicamente puede expresarse en el Parlamento y a su través” (2006: 96). Aunque es consciente de las limitaciones que la afligen, mantiene que debe entenderse como mera ficción.

Cualquiera de estos u otros planteamientos similares puede servir para sostener que, a pesar de sus defectos, la idea de representación sigue siendo imprescindible en las democracias contemporáneas. Esta conclusión también se puede alcanzar con otro argumento mucho más pragmático, que consiste en afirmar que, por ahora, nuestra idea de representación es menos mala que cualquier otra forma de legitimar el poder.

Pero, aunque muchas de estas posturas son defendibles, ninguna de ellas sirve para hacer frente a la crisis de la representación que estamos experimentando ni para reforzar la legitimidad democrática en momentos tan difíciles como estos, cuando tenemos que contrarrestar fenómenos tan amenazadores para la democracia como es el populismo.

Es cierto que la representación es un deber ser y no un ser, un concepto prescriptivo y no descriptivo. Pero esta naturaleza no nos exime de la tarea de hacer todo lo posible por aproximar la realidad a la norma jurídica, sino que, al contrario, nos fuerza a ello. Que es lo mismo que cambiar la realidad para que la representación sea, cada vez, menos ficción. Las próximas páginas son una humilde contribución a este quehacer, porque recogen algunas propuestas destinadas a conseguir que las tres ideas que articulan la representación sean más reales y efectivas.

### III. Una cámara que representa a todos

Antes se señalaba que el primero de los presupuestos de la representación es que las cámaras, que tienen poder para vincularnos a todos, sean elegidas por todos en libertad e igualdad.

Si examinamos la evolución que ha experimentado este principio desde su aparición en el siglo XVIII podemos comprobar lo mucho que ha mejorado, aproximando la realidad a su enunciación. La implantación del sufragio universal es quizá el mejor ejemplo, pero no el único. Aunque en algunas ocasiones las elecciones son muy reñidas, la existencia de administraciones electorales independientes y la intervención del poder judicial - cuando no del Tribunal Constitucional - en la fiscalización de las elecciones ha contribuido

extraordinariamente a pacificar los conflictos electorales. Parece que ya ha pasado el tiempo en el que la oposición, harta de las manipulaciones del ejecutivo y de los abusos de la mayoría en la verificación de poderes, prefería quedarse al margen del sistema para, mediante la violencia, imponer el suyo.

Pero aún quedan muchas cosas por hacer en materia electoral. Son mejoras que, si las examinamos despacio, no son técnicamente difíciles, aunque, por afectar a la alternancia en el poder, son políticamente complejas. Estas reformas son tantas que he de limitarme a enunciarlas en términos generales, de manera que la reflexión pueda afectar a la mayoría de ordenamientos.

## 1. El perfeccionamiento del sufragio activo

Antes señalaba que el sufragio universal significó un antes y un después en la representación. Realmente, fue el factor que decidió el tránsito del Estado liberal al Estado social y democrático de Derecho, porque permitió que sectores de la población, antes marginados, se integraran en el sistema. Ahora bien, para que la realidad cumpla con las exigencias que impone la teoría de la representación, es preciso seguir avanzando.

En este asunto hay algunas reformas que pueden ser polémicas y otras que son menos discutibles. De entre las primeras, merece la pena destacar el reconocimiento de la mayoría de edad a los menores de dieciséis años. Es cierto que la evolución histórica ha significado el descenso paulatino desde los veinticinco años, que se exigían al principio del liberalismo, hasta los veintiuno, regla general a mediados del siglo pasado. Es verdad, también, que esta medida favorecería mayor integración y, por lo tanto, menor desconfianza de los jóvenes a la política. Ahora bien, también tiene sus inconvenientes. En efecto, supondría una excepción a la edad fijada para adquirir capacidad de obrar en casi todas las ramas del ordenamiento y en casi todos los países.

Hay otra media que, aunque discutible, me parece más urgente: es preciso empezar a cuestionarse la relación entre nacionalidad y derecho de voto. Esta vinculación podía tener sentido en un mundo dividido en Estados soberanos, cuando los movimientos de población eran muy limitados. La globalización y los procesos de integración supranacional han alterado de manera radical esta situación. Podríamos plantearnos si tiene ya sentido reconocer derecho de voto a nacionales que, a lo mejor, nunca han estado ni estarán sujetos a las normas que elabore la cámara y, sin embargo, negárselo a extranjeros que pagan sus impuestos en el país en el que residen legalmente desde hace tiempo.

Menos polémico resulta reconocer que, en un Estado Social y Democrático de derecho, la igualdad ha de suponer algo más que el reconocimiento del derecho de voto a todos los ciudadanos. Exige, además, que los sufragios de todos los ciudadanos tengan la misma influencia en la formación de la cámara, con independencia de la zona del país en la que se ha emitido. No es de recibo que, por el diseño de las circunscripciones y el número de escaños que les corresponden, ocurra lo que sucede ahora en España, donde los sufragios de algunas grandes ciudades valen casi cuatro veces menos que los emitidos en pequeñas capitales de provincia.

Ahora bien, para superar este problema, es preciso tener una idea clara de las obligaciones que la igualdad impone. La Comisión de Venecia ha aclarado que sólo exige una distribución equilibrada de escaños por circunscripciones y que únicamente se refiere a la conformación de la cámara baja y de las asambleas locales y regionales, por lo que quedan exceptuados los senados. Esto significa que, en principio, la igualdad no afecta al reparto de escaños entre las fuerzas

políticas, por lo que ni impone sistemas electorales proporcionales ni excluye los sistemas mayoritarios<sup>3</sup>. La preferencia por una u otra fórmula electoral depende, pues, de cada país en cada momento. Las circunstancias concretas aconsejan, en cada caso, dar prioridad a la gobernabilidad o la representatividad, teniendo en cuenta que ambas soluciones cumplen con las exigencias impuestas por el principio democrático. A la hora de tomar la decisión es preciso, sin embargo, huir de la tentación de extrapolar fórmulas electorales que, quizá hayan funcionado bien en otros países, pero que no se adaptan a las circunstancias de otros. España, en el siglo XIX y parte del XX, optó por una fórmula mayoritaria uninominal siguiendo el modelo británico. Pero la imitación, lejos de conseguir que nos parecíamos a la próspera Albión, propició lazos clientelares que minaron las bases del Estado liberal. Algo similar está sucediendo ahora con el prestigioso sistema mixto alemán. La copia no está consiguiendo que los países del este de Europa logren la estabilidad de la República Federal, sino que está propiciando influencias indebidas en el proceso político por parte de hombres de negocios adinerados y competencia interna entre los candidatos del mismo partido, ente otros problemas<sup>4</sup>.

## 2. Las mejoras del sufragio pasivo

Es cierto que, según la teoría clásica de la representación, los elegidos representan a todo el pueblo en su conjunto, con independencia de su género. Además, tampoco es posible afirmar que las mujeres, por el mero hecho de serlo, sean más capaces de llevar a la asamblea la voz de otras mujeres. No todas las electoras comparten los mismos puntos de vista y, además, hay hombres que, por su ideología, son más feministas que algunas mujeres.

Ahora bien, un parlamento compuesto mayoritariamente por hombres pierde legitimidad, porque no refleja adecuadamente la composición de la sociedad. En momentos como los que vivimos, donde muchas mujeres tienen formación similar a la de los hombres, no es de recibo que sigan marginadas de los puestos de poder y, menos, de los representativos. Para hacer frente a este problema no debería ser necesario, ni tan siquiera, tomar medidas de acción positiva, sino de remover meras discriminaciones. En principio, los partidos políticos habrían de asumir este deber, que les corresponde como principales actores de la democracia, procurando ser extremadamente cuidadosos a la hora de confeccionar las listas. Cuando, sin embargo, no cumplen con esta obligación, que viene impuesta por el principio de igualdad y excluyen sistemáticamente a mujeres por el mero hecho de ser mujeres, es preciso tomar medidas.

No parece que las cuotas o las listas electorales paritarias sean medidas ni definitivas ni plenamente satisfactorias, especialmente porque parten del erróneo convencimiento de que la representación corresponde por derecho natural a los hombres, mientras que las mujeres tienen que conformarse con una parcela más o menos acotada. Lo cierto es que, a pesar de esta naturaleza, dan sus frutos en los países en los que se implanta, porque propician un cambio en la imagen del parlamento y de las propias mujeres. Por eso, están indicadas en aquellos ordenamientos donde, a pesar del transcurso del tiempo

3 CDL-AD(2017)034, "Report on Constituency delineation and seat allocation", [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2017\)034-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2017)034-e), para. 18.

4 CDL-PI(2019)001. "Compilation of Venice Commission opinions and reports concerning electoral systems", [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-PI\(2019\)001-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-PI(2019)001-e), para. 28, 32, 33.

y de la existencia de mujeres suficientemente preparadas, las cámaras siguen compuestas mayoritariamente por varones.

Incorporar mujeres a las listas electorales es una medida que puede ser impuesta por el legislador porque ya casi nadie duda de que no infringe, sino que perfecciona, el principio de igualdad formal. Ahora bien, sería más conveniente para el sistema democrático que los partidos políticos, en uso de su libertad, la incorporaran voluntariamente. Esta no es, además, la única mejora que dichas fuerzas políticas deberían introducir para hacer frente a la creciente desconfianza que los ciudadanos sienten frente a ellos. Quizá igual de urgente sea modificar los criterios que utilizan para seleccionar candidatos electorales.

El problema es más acuciante cuando las listas electorales son cerradas y bloqueadas, como es el caso de la elección a los miembros del Congreso de los Diputados. En este tipo de supuestos, el elector sólo puede dar su confianza a los candidatos seleccionados previamente por una formación política y en el orden de preferencia que el propio partido ha determinado. Pero la dificultad también existe en el caso de las listas abiertas, como sucede para la elección del Senado, donde los votantes solo pueden decidir si prestan apoyo a alguno de los decididos por anterioridad por las fuerzas que concurren a los comicios. Hay quienes han comparado la democracia a un restaurante donde los clientes (esto es, los electores) eligen de un menú de partidos y candidatos (Rahat, 2007: 157). Pues bien, si damos por válida la comparación, las listas cerradas y bloqueadas serían el menú del día, mientras que las listas abiertas sería pedir a la carta. Es verdad que, en esta ocasión, el votante tiene más libertad de elección. Pero, en ambos casos, la decisión de introducir uno u otro candidato en la oferta es ajena al votante y, en muchas ocasiones, se realiza sin que se haya emitido un solo sufragio.

No creo que sea necesario que todos los candidatos en todos los supuestos deban ser elegidos a través de elecciones primarias, porque la experiencia demuestra que esta manera de seleccionar dirigentes puede conducir a resultados no previstos ni deseados, como es fomentar el cesarismo, sobre todo en caso de que se trate de cargos unipersonales. Sin embargo, me parece imprescindible que la nominación se realice con pleno respeto a los requisitos esenciales del principio democrático, esto es, con pleno respeto al derecho de sufragio activo y pasivo de los afiliados y mediante procedimientos públicos, donde la libertad de expresión y la igualdad entre los candidatos esté garantizada. Dado el papel basilar que los partidos políticos cumplen en los ordenamientos contemporáneos no hay razones para exonerarles de que cumplan, hacia dentro, lo mismo que la democracia exige de su funcionamiento externo.

### 3. Igualdad y libertad en el procedimiento electoral

No es fácil mantener la democracia cuando se cuestiona la manera en que los representantes son elegidos, bien porque se ponga en tela de juicio el resultado electoral, bien porque se critique la manera en que se ha desarrollado el proceso. Antes he señalado que los ordenamientos contemporáneos han mejorado mucho a la hora de garantizar la objetividad y transparencia del procedimiento electoral. Pero quedan muchas cosas por hacer, medidas que, en teoría, son más fáciles de adoptar que las que inciden sobre el sistema electoral porque, en principio, afectan por igual a todos los contendientes.

No puedo extenderme sobre este asunto todo lo que sería necesario, sino que, por razones de espacio y de conveniencia, he de limitarme a resaltar los criterios que deberían inspirar cualquier reforma.

La libertad e igualdad son los valores que inspiran todo Estado Social y Democrático de Derecho y, por ello, alcanzan todavía mayor relieve en el momento electoral. No es posible que el elector pueda formarse una opinión sobre los candidatos si la información que le llega es incompleta o sesgada y si se establecen restricciones indebidas a la libertad de expresión, reunión o manifestación. Conviene recordar que la celebración de las elecciones no es una razón para limitar derechos fundamentales (como a veces sucede) sino que, por el contrario, constituye el momento en que dichas facultades adquieren mayor dimensión, por lo que es preciso potenciarlas. En la actualidad, no se trata sólo de asegurar la independencia y el pluralismo de los medios de comunicación tradicionales, sino que el principal desafío consiste en afrontar con propiedad y realismo las noticias y opiniones que llegan a los electores a través de las redes sociales y plataformas en internet. En este asunto no es fácil lograr un equilibrio: de un lado, es imprescindible poner freno a nuevas y cambiantes realidades, como son las *fake news* o a la captura de datos para seleccionar perfiles de votantes, cuyos efectos perniciosos se evidenciaron con ocasión del referéndum sobre el *Brexit*, por ejemplo; pero, de otro, hay que respetar la libertad de expresión de candidatos y de quienes, aun cuando no concurren a las elecciones, tienen derecho a expresar su propia opinión sobre las fuerzas políticas que participan en las contiendas.

Es cierto que las nuevas tecnologías son, por su propia naturaleza, difíciles de regular, máxime dentro de las fronteras del Estado-nación. Pero este no es un argumento para defender la total libertad de las TIC y claudicar en el intento de encontrar criterios para hacer frente a los problemas mencionados.

Asegurar y mejorar la igualdad plantea muchos otros desafíos que también hay que afrontar para que la realidad se acomode mejor a los presupuestos de la representación. Esta última presupone que todos los contendientes electorales se encuentran en la misma línea de salida, por lo que tienen iguales posibilidades de llegar a la meta. Para conseguir que esto suceda de verdad, es preciso remover obstáculos que afectan más a unos que a otros e impedir que ciertos corredores dispongan de atajos que están vedados al resto. La financiación electoral y la neutralidad de los poderes públicos durante las elecciones son asuntos que, en casi todos los ordenamientos, siguen necesitando mejor regulación y, sobre todo, nuevas formas de control. No es fácil que los ciudadanos se encuentren representados cuando cunde la sospecha de que la mayoría de los elegidos han recibido fondos de manera inadecuada o han sido objeto de tratos de favor.

#### **IV. Voluntad de la mayoría y voluntad de la cámara**

Identificar la voluntad de la mayoría con la voluntad del órgano es una de las grandes aportaciones de la teoría de la representación y, al mismo tiempo, una de las más difíciles de argumentar. Causa sorpresa que sigamos admitiéndola, de manera pacífica, como regla para la adopción de acuerdos, porque, de todas las ideas que componen la representación, es la más alejada de la realidad.

No me voy a extender en sus orígenes, que quizá estén en la democracia de Atenas ni de su extensión al funcionamiento de los órganos colegiados. Sólo quería resaltar que su justificación ha cambiado. Ya no se piensa, como en el siglo XIX, que durante el debate parlamentario y a través de las opiniones manifestadas en la cámara, se podría alcanzar un acuerdo sobre la decisión más próxima a la razón que, por su cercanía a la verdad, convencería a la mayor parte de los miembros de la asamblea. En la actualidad, lo que cuentan son

argumentos de utilidad: la decisión de la mayoría se acepta no por motivos de carácter axiológico, sino, simplemente, porque genera menos contrariados.

No es posible cambiar las cosas para hacer que la realidad se aproxime a la ficción, porque la unanimidad es imposible de alcanzar, a menos que no excluamos a toda la oposición. Ahora bien, siempre es posible poner las condiciones para que, al menos, la ficción funcione mejor.

Antes que nada, es preciso recordar que la mayoría no siempre cumple, ni puede cumplir, con las expectativas de los electores. Los programas electorales no son contratos, sino declaraciones de las intenciones que tiene mero carácter político aun en el caso de que alcance el poder. Llevar a la práctica dichos objetivos no siempre será posible, sino que dependerá de factores externos que no son previsibles ni manejables. No sólo influyen las circunstancias económicas y sociales en que se encuentre el país, sino también de la composición de la propia cámara. Cuando, en muchas ocasiones, reivindicamos que las fuerzas políticas actúen por consenso, teniendo en cuenta la opinión de las demás, se nos olvida que, en este proceso, hay que renunciar a promesas y aceptar otros compromisos que no son los propios.

Cosa distinta es que la desviación entre lo afirmado durante la campaña electoral y lo que se decida obedezca a causas que no están conectadas con la necesidad de respetar el pluralismo, sino a razones de naturaleza espuria. Quizá el tema más candente en este momento sea la necesidad de garantizar la independencia de nuestros representantes a la hora de defender una determinada medida y expresar el voto. Las exigencias impuestas por los ordenamientos jurídicos contemporáneos en materia de incompatibilidades de los parlamentarios, regulación de conflictos de intereses y límites a las presiones de los lobbies son a veces muy detalladas y precisas. Desafortunadamente, la realidad demuestra que, en algunas ocasiones, todas estas farragosas disposiciones forman parte del Derecho Constitucional simbólico, esto es, son disposiciones adoptadas con urgencia para dar satisfacción a las críticas cuando la opinión pública muestra un rechazo unánime ante hechos escandalosos. Otra cosa es que, en realidad, se vigile su cumplimiento adecuadamente y se lleve a la práctica lo que ordenan. A la hora de llevar a cabo este cometido, algunos sistemas jurídicos suelen ser mucho menos diligentes.

La propia existencia de la mayoría presupone la existencia de una minoría de la que se distingue. Por eso, la democracia contemporánea exige el reconocimiento de los derechos de las minorías. Y, en este tema, quedan muchas cosas por hacer. Así, sería preciso seguir el camino abierto por otros países, como son Francia o Portugal, que han introducido dentro de sus Constituciones los derechos de la oposición en materias tales como la introducción de asuntos en el orden del día, la creación de comisiones de investigación y el derecho a recibir la información que han solicitado del poder ejecutivo.

Hay un tema horizontal que ya se ha mencionado cuando se hablaba de la elección de los miembros de las cámaras pero que es preciso también mencionar a la hora de analizar el funcionamiento de las asambleas: el protagonismo de los partidos políticos. Hay países que están intentando reforzar su rol, no sólo para facilitar el funcionamiento del parlamento, sino también para asegurar la gobernabilidad. Esta fue la razón por la que, después de la Segunda Guerra Mundial, se constitucionalizaron los partidos políticos en la República Federal Alemana y en Italia, la misma que llevó a la redacción del art. 6 de la Constitución española de 1978.

No es posible concebir la democracia actual, ni ningún tipo de democracia, sin partidos políticos u otras organizaciones que agrupen a las personas en función de su ideología. Todavía es más difícil imaginar la existencia de un

sistema parlamentario sin grupos dotados de una sólida disciplina interna que apoyen las iniciativas gubernamentales. Ahora bien, una vez que el sistema democrático está asentado, es preciso limitar el casi monopolio de estas fuerzas políticas, no sólo en el momento electoral, sino también en los procedimientos parlamentarios. Hay derechos, como son la presentación de iniciativas o la participación en los debates, que deben ser reconocidos de forma más generosa a los parlamentarios que prefieran ejercer su función al margen de adscripciones de partidos. Es preciso reconocer, también, el derecho de los miembros de las cámaras a votar en conciencia sin recibir por ello represalias de la formación en la que se integra, al menos en asuntos importantes.

Es imprescindible, sobre todo, asegurar la democracia interna a la hora de que los grupos parlamentarios decidan su postura ante los temas que el parlamento debe debatir. Antes he señalado que la idea de representación clásica presuponía que el mandato transcurre directamente entre electores y elegidos y que el elegido debe tener libertad a la hora de interpretar la forma en que ejercer su función. Todas estas ideas quedan contrariadas cuando los miembros de las cámaras se transforman en meros transmisores de consignas que, a veces, se adoptan al margen de la opinión del propio grupo: en el mejor de los casos, en seno del partido; en el peor, de manera unilateral por el jefe del ejecutivo.

## V. La voluntad de la cámara, voluntad de todos

Según la teoría clásica, el carácter vinculante de los principales acuerdos parlamentarios no se justifica por la mera aprobación de las cámaras, sino que es necesario algo más, esto es, mantener que son expresión de la propia voluntad popular. La legitimidad de la democracia deriva de esta última ficción, en virtud de la cual acatamos pacíficamente los mandatos del poder por aceptar que son manifestaciones de la mayoría de la sociedad, que es lo mismo que decir de la sociedad entera.

Sin este convencimiento es difícil que cualquier autoridad resista mucho tiempo, porque no hay poder que pueda mantenerse por la mera fuerza. Y es esta confianza la que se ha erosionado extraordinariamente en la última década. Como he afirmado en otras ocasiones, la legitimidad que está en juego no es tanto la de origen, como la de ejercicio. Los ciudadanos tienen dificultades a la hora de asumir como propios los actos del poder no por la forma en que han sido elegidos los representantes ni por los procedimientos que guían sus actuaciones, sino porque dichas decisiones no han estado a la altura de las circunstancias.

De un lado, se reprocha a los dirigentes, entre quienes se incluye a los miembros del parlamento, no haber sido capaces de hacer frente a las consecuencias que ha deparado la crisis económica, algunas de las cuales parecen irreversibles. Muchos de los avances que supuso el Estado social desde finales de la Segunda Guerra Mundial parecen definitivamente perdidos: la desigualdad se ha incrementado y las prestaciones sociales, que creíamos definitivamente consolidadas, están ahora en discusión. La globalización no ha mejorado las cosas, porque los países más desarrollados no están en condiciones de competir con sistemas que juegan con ventaja, no sólo porque son capitalismo de Estado que protegen firmemente sus fronteras frente a mercancías extranjeras, sino también porque producen con costes muy bajos y a expensas de los derechos de los trabajadores.

De otro lado, los medios de comunicación recogen a diario denuncias acerca de escándalos que han afectado a los principales partidos políticos: cuando no

es la financiación ilegal de dichas formaciones políticas, nos encontramos ante casos descarnados de apropiación de caudales públicos en beneficio propio.

Esa desconfianza ha servido como caldo de cultivo para las nuevas formas de populismo. Estas, desde un punto de vista ideológico, afrontan los problemas complejos que se acaban de mencionar con eslóganes que, por breves y sencillos, calan entre los ciudadanos con la misma facilidad que otras formas de publicidad. Por ejemplo, la alternativa que proponen frente al desempleo es cerrar las fronteras a la inmigración. De esta manera se dejan de lado no sólo las causas profundas del problema, como pueden ser la globalización o las nuevas tecnologías, sino que, además, no se miden las complejas consecuencias de la solución que proponen, como es la repercusión económica que el descenso de inmigrantes puede tener en sociedades envejecidas como la nuestra.

Desde un punto de vista organizativo, todos los populismos coinciden en reforzar el peso del jefe del ejecutivo sobre el sistema político. De aquí, la supresión de las limitaciones sobre su reelección y el énfasis en formas de participación directa que, como el referéndum, pueden ser utilizadas para que el líder legitime sus decisiones apelando al pueblo. El fortalecimiento del presidente se afianza, además, debilitando los demás poderes del Estado. La formación política creada en torno al líder se asegura posiciones dominantes en el parlamento mediante reformas electorales que, con técnicas como las primas a la mayoría y el *gerrymandering*, alteran la voluntad expresada en las urnas por los electores. El gran perjudicado es, en todo caso, el poder judicial. Para evitar que actúe como límite al poder, se manipula la forma de elección de sus órganos de gobierno, se altera la manera de seleccionar a los jueces y se limitan las atribuciones que permiten a los tribunales, ordinarios o constitucionales, controlar los actos del gobierno o de la administración, cuando no del propio parlamento.

La crisis de la representación clásica no está generando, pues, nuevas formas de representación más democrática. Quienes han sido capaces de aprovechar y canalizar la desconfianza ante las instituciones han sido los partidarios de la representación carismática, esto es, una representación que, aunque tenga un origen electivo, se ejerce marginando el pluralismo político, la división de poderes, el Estado de Derecho y el respeto a los derechos fundamentales.

Ante esta situación, la solución a la crisis de legitimidad no parece que esté en las alternativas a la ficción representativa que se inventó hace ya varios siglos. Hay quienes, por ejemplo, defienden acabar con las elecciones para que sean algunos ciudadanos, elegidos por sorteo, los que hablen por los otros. O que la decisión política se atribuya a asambleas vecinales mediante procesos deliberativos. No parece, sin embargo, que estas novedosas soluciones convengan lo necesario como para alcanzar el grado suficiente de legitimidad. Quizá las decisiones de estos nuevos "representantes" puedan ser aceptables y aceptadas como propuestas, pero me parece improbable que el resto de los ciudadanos puedan verse reflejadas en ellas y, menos aún, acepten que les vinculen. Es cierto que desconfiamos de quienes hemos elegido. Pero desconfiaremos todavía más de quienes mandan sin haber pasado por las urnas.

La representación está hecha de ficciones, pero no de utopías. Esto significa que hay que restaurarla mediante soluciones pragmáticas que, sin descartar el avance que supuso en la teoría de la democracia, nos permita incrementar su legitimidad.

Es difícil encontrar verdades absolutas en el ámbito del Derecho Constitucional. Quizá una de ellas sea la que enunció Montesquieu a finales del siglo XVIII. El trascurso del tiempo, lejos de desmentir, ha confirmado la razón que le acompañaba cuando afirmaba que "es una experiencia eterna, que todo hombre que

tiene poder siente la inclinación de abusar de él, yendo hasta donde encuentra límites” (Montesquieu, 1972: 151). Para el autor, los límites al poder radicaban en la división de poderes, pero la experiencia demuestra que con ello no es suficiente. En los modernos Estados Sociales y Democráticos de Derecho, la mejor manera de incrementar la legitimidad del poder es exigiéndole responsabilidad.

No hay forma de elección ni procedimiento de decisión que asegure que elijamos a los mejores dirigentes ni que por estos se adopten las decisiones correctas. El único remedio posible ante errores graves en el ejercicio del poder es imponer controles que hagan efectiva la responsabilidad. He tenido ocasión de tratar con detenimiento las mejoras que se pueden introducir en las formas de control social, control político y control jurídico que ya están previstas en nuestro ordenamiento, así como las nuevas formas que sería preciso incorporar (Biglino, 2017), por lo que no creo preciso volver sobre el asunto.

En esas ocasiones he señalado que la responsabilidad de los poderes públicos es la otra cara de la democracia porque justo es que, quienes ejercen el poder por delegación, rindan cuenta de su gestión ante quienes les han elegido. Conviene retomar esta idea a la hora de hablar de la legitimidad de las cámaras. Antes he señalado que sólo es posible que los ciudadanos se consideren representados cuando los actos que se les imputan tienen su origen en la voluntad de todos, expresada a través de intermediarios legítimamente elegidos y que actúan conforme al principio democrático. Hay que resaltar, ahora, que también es preciso asegurar que esos actos hayan sido dictados en beneficio de todos.

Es cierto que el interés general puede ser interpretado de forma diferente según las distintas fuerzas políticas y que, en ciertos casos, puede tener carácter sectorial. Ahora bien, la legitimidad democrática impone que existan medios de comunicación neutrales capaces de indagar y poner en tela de juicio lo decidido por nuestros representantes. También es preciso que los parlamentos sean un espacio donde las fuerzas políticas ajenas a quienes están en el poder puedan fiscalizar y exigir responsabilidades al órgano que lleva adelante la función de dirección política, esto es, el ejecutivo. Y, por último, son precisas instituciones independientes que, mediante el control jurídico, verifiquen que los mandatos de la autoridad pública se ajusten a lo decidido previamente por quienes nos representan a todos, a través de la ley y de otras normas que integran el ordenamiento.

Para algunos, la idea de reforzar el control como principal remedio para poner freno a la crisis representativa que afecta al parlamento puede parecer poco atractiva y algo adusta. Estoy de acuerdo en que, como programa político, quizá no levante entusiasmo. Pero, como antes señalaba, no hay recetas fáciles ni, añadido ahora, simpáticas para problemas difíciles.

### **Bibliografía**

- Biglino Campos, P. (2017). Crisis de la representación, legitimación de ejercicio y responsabilidad de los poderes públicos. *Revista de Derecho Político*, 100, septiembre-diciembre de 2017, número monográfico dedicado al XL aniversario de la Constitución española, 482 -511.
- Biglino Campos, P. (2019). La funcionalidad del referéndum en los Estados miembros y finalidades del federalismo. En E. Sáenz Royo y C. Garrido López (coords.). *Referéndums y consultas populares en el Estado Autonomico* (pp. 27-44). Madrid: Marcial Pons.
- Hintze, O. (1968). *Historia de las formas políticas*. Madrid: Revista de Occidente.

- Jellinek, G. (1983). *Teoría general del Estado*, Traducción de la segunda edición alemana y prólogo por F. De los Ríos. Buenos Aires: Editorial Albatros.
- Kelsen, H. (2006). *De la esencia y valor de la democracia*, edición y traducción de J.L. Requejo Pagés. Oviedo: KRK ediciones.
- Montesquieu (1972). *Del Espíritu de las Leyes*, prólogo de E. Tierno Galván, traducción de M. Blázquez y P. de Vega. Madrid: Tecnos.
- Rahat, G. (2007). Candidate Selection: The Choice Before the Choice. *Journal of Democracy*, 18 (1), 157-70. Disponible en: <https://www.journalofdemocracy.org/articles/candidate-selection-the-choice-before-the-choice/>



# Ampliación de derechos por el defensor del pueblo: relectura iusfundamental

*Extension of rights by the ombudsman: iusfundamental rereading*

**GUILLERMO ESCOBAR ROCA**

Catedrático de Derecho Constitucional.  
Universidad de Alcalá.  
guillermo.escobar@uah.es

DOI: <https://doi.org/10.7203/cc.2.22173>

Fecha de recepción: 16/09/2021

Fecha de aceptación: 04/10/2021

## **Resumen**

El catálogo y el contenido de los derechos fundamentales son abiertos, y el Defensor del Pueblo contribuye “desde abajo” a la tarea colectiva de justificar sus ampliaciones. Sin embargo, su argumentación en derechos contiene serios déficits, que deberían ser corregidos. Así se demuestra en los seis casos analizados, ofreciéndose una construcción alternativa, más coherente con la función constitucionalmente atribuida al Defensor del Pueblo.

## **Palabras clave**

Derechos fundamentales; Defensor del Pueblo; quejas; análisis jurídico; casos.

## **Abstract**

*The catalog and the content of fundamental rights are open, and the Ombudsman contributes “from below” to the collective task of justifying its extensions. However, his argumentation on rights contains serious deficits, which should be corrected. This is demonstrated in the six cases analyzed, offering an alternative construction, more consistent with the function constitutionally attributed to the Ombudsman.*

## **Keywords**

*Fundamental rights; Ombudsman; complaints; legal analysis; cases.*

## Sumario

**I. Planteamiento. – II. La documentación de las personas transsexuales, ¿un derecho innominado? – III. Violencia de género: defecto de protección del derecho a la integridad. – IV. ¿Existe un derecho a la ciudad? – V. ¿Derecho fundamental a la reparación de las víctimas del terrorismo? – VI. Nuevas dimensiones de la religión e intimidad: banderas a media asta y divulgación de la homosexualidad. *Bibliografía.***

### I. Planteamiento

Los derechos crecen, y a veces (raramente), disminuyen, como en la famosa metáfora del “árbol vivo”, léase “interpretación evolutiva”, hecha suya por nuestro Tribunal Constitucional<sup>1</sup>. La ampliación del catálogo de los derechos o creación de “nuevos” derechos (formalmente, ampliación del contenido de los “viejos” derechos<sup>2</sup>) suele realizarse por vía jurisprudencial (la reforma constitucional en España ni está ni se la espera), pero al menos los tribunales deberían tomar nota de las aspiraciones sociales, pues si los derechos son para las personas, se supone que estas tendrán algo que decir al respecto.

El Parlamento no siempre es suficientemente representativo (recuérdese uno de los lemas del 15-M) y no todas las demandas ciudadanas llegan a los tribunales; al menos se inadmitirán a trámite las que promuevan reformas constitucionales y legales. Tampoco es razonable convertir en derecho cualquier reivindicación social. El Defensor del Pueblo (en adelante, DP) puede jugar (y de hecho juega, quizás sin saberlo) un papel clave para corregir algunos déficits de la representación (dando voz a los que no la tienen, o al menos a quien no se escucha) y del sistema judicial, ejerciendo además un papel de filtro de demandas ciudadanas poco razonables<sup>3</sup>, en una especie de corrección del populismo.

En este trabajo analizaré algunos casos resueltos por el DP sobre derechos de defensa, bloque este de derechos que, aunque ocupa un lugar quizás

---

1 STC 198/2012, FJ 9.

2 En nuestro sistema, el catálogo de los derechos es formalmente cerrado, pues no contamos con una cláusula de apertura, tipo Enmienda IX de la Constitución de los Estados Unidos (“No por el hecho de que la Constitución enumera ciertos derechos ha de entenderse que niega o menosprecia otros que retiene el pueblo”), reiterada, por cierto con mejor redacción, en el art. 29 de nuestra Constitución de 1869. Sin embargo, la diferencia entre catálogos abiertos y cerrados en la práctica se diluye; al respecto, Escobar (2018: 32 y ss).

3 Según el art. 17.1 de la Ley Orgánica 3/1981 (en adelante, LODP), el DP puede tramitar o rechazar (en este caso motivadamente) las quejas que se le presenten, pero no dice cuándo puede hacer esto último, por lo que cabe aquí amplia discrecionalidad.

estadísticamente poco significativo en el conjunto de sus actuaciones<sup>4</sup>, ofrece pistas importantes para verificar el nivel de cumplimiento de una parte importante de nuestro catálogo de derechos fundamentales<sup>5</sup>. El enfoque en los incumplimientos, vulneraciones o violaciones de derechos fundamentales ha sido siempre escaso, pues los académicos especializados en este campo, víctimas muchas veces del llamado positivismo jurisprudencial, suelen centrarse en el estudio de las sentencias (que en su mayoría responden a demandas individuales), descuidando así la perspectiva sistémica, seguramente porque esta se encontraría a caballo entre la sociología del Derecho y la dogmática constitucional (Escobar, 2019: 144-149)<sup>6</sup>, y es que, salvo raras excepciones, ni los sociólogos saben Derecho ni los constitucionalistas saben sociología. Sin embargo, el estudio de las vulneraciones sistémicas o estructurales (más adelante realizaré algunas consideraciones sobre este concepto) debería ser ineludible, al menos si queremos contribuir a mejorar la eficacia de nuestro sistema, pues de poco sirve solucionar problemas individuales si estos se reiteran permanentemente y no se atajan los problemas de fondo.

Para verificar la existencia de vulneraciones estructurales de derechos fundamentales, nada mejor que acudir a las recomendaciones e informes del Defensor. Frente al proceso judicial, el procedimiento ante el DP es más amplio en cuanto a los problemas que aborda, más rápido, económico, accesible, especializado y mejor diseñado para responder a las vulneraciones estructurales, y por todo ello nos ofrece una imagen bastante completa sobre estas. En este trabajo intentaré describir (lo que dice, lo que no dice, y sobre todo cómo lo dice) la doctrina del DP sobre algunos derechos de defensa, en respuesta a problemas que cabría calificar como sistémicos o que conllevan recomendaciones generales<sup>7</sup>, con especial atención a las recomendaciones de reforma

- 
- 4 El DP no sistematiza sus informes anuales por derechos sino por áreas de actuación administrativa (18 en concreto, a las que añade su trabajo como Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura), y de hecho muchas veces resulta difícil encontrar en su doctrina un razonamiento en clave de derechos, lo que no parece muy coherente con su función constitucional de “defensa de los derechos” (art. 54 CE). En cuanto a sus “resoluciones” (que es el nombre que la web de la institución otorga al conjunto de recomendaciones -en sentido estricto-, sugerencias, recordatorios de deberes legales y advertencias, que son las denominaciones que utiliza el art. 30.1 LODP), tampoco se encuentran sistematizadas por derechos, aunque sí algunas, significativamente, por “grupos sociales” (cuyos derechos han sido vulnerados, se entiende). No costaría mucho, al menos, “etiquetar” cada recomendación por el derecho afectado en cada caso, pues incluso las que no encajan claramente en ninguno podrían ser encuadradas bajo el epígrafe genérico del derecho a la buena administración. En al menos 22 países europeos los informes anuales se estructuran por derechos (el listado en Kucsko, 2008: 504). Como ejemplo de la posibilidad de esta “traducción” de problemas denunciados a intervenciones sobre derechos, puede verse Escobar (2017).
- 5 Según la Constitución y la ley, el DP protege los derechos fundamentales (de la Constitución), no los derechos humanos (de los tratados internacionales). Sería deseable que en el futuro la ley incluyera expresamente (aunque en la práctica creo que se podrían proteger también) a estos últimos, como sucede en casi toda Latinoamérica: los datos, dentro del apartado “parámetro de control”, en cada uno de los capítulos de Escobar (2008). En Europa, al menos en doce países la legislación del Ombudsman incluye expresamente el Derecho internacional de los derechos humanos como parámetro de control (Kucsko, 2008: 38).
- 6 Últimamente, Arlettaz y Gracia (2020: 247-250), destacando correctamente las interacciones. Más en general, Fariñas (1994: 1019-1023).
- 7 A diferencia, entre otros, del caso mexicano, este término (que emparentaría con la figura de los “fallos estructurales”) no figura expresamente en nuestra legislación. La identificación de estas recomendaciones resulta relativamente sencilla si atendemos a su “fallo”: serían generales o estructurales aquellas que recomiendan la modificación o creación de una norma jurídica o de lo que podríamos denominar una política pública general, esto es, no limitada a un caso concreto, aunque el procedimiento haya partido de él.

o de creación de normas; como se verá, se trata de respuestas originales a problemas apenas planteados en los tribunales y que por tanto arrojan nuevas perspectivas sobre nuestro modelo de derechos fundamentales. Si bien el DP ha sido objeto de numerosas investigaciones<sup>8</sup>, se pueden contar con los dedos de una mano las centradas en el análisis de su doctrina, que sin duda es lo más interesante<sup>9</sup>. Esta modesta contribución pretende tan solo iniciar un camino apenas transitado entre nosotros<sup>10</sup>.

## II. La documentación de las personas transexuales, ¿un derecho innominado?

El cambio de sexo no se encuentra expresamente reconocido por ley nacional<sup>11</sup>, aunque sí de forma indirecta, en la medida en que la Ley 3/2007, de rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, otorga consecuencias jurídicas a dicho cambio. Ahora bien, se exige para ello que el solicitante acredite dos hechos (art. 4): diagnóstico por médico o psicólogo clínico de disforia de género y haber sido tratado médicamente durante al menos dos años “para acomodar sus características físicas a las correspondientes al sexo reclamado”.

Si existía o no un derecho fundamental, con validez en todo el territorio nacional<sup>12</sup>, al cambio de sexo no estuvo claro hasta la STC 99/2019, que lo consideró una facultad derivada del libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE)<sup>13</sup>. Este siempre fue más bien calificado como principio, y por tanto no parecía exigible directamente ante los tribunales<sup>14</sup>, pero si leemos entre líneas la sentencia,

8 En la base de datos de DIALNET, consultada en mayo de 2021, buscando “Defensor del Pueblo”, así entre comillas, aparecen 797 documentos.

9 Un primer apunte de esta perspectiva en Escobar (2010: 251-255). Considero que solo desde este tipo de análisis podrá superarse el actual momento de marginalidad y legalismo que aquejan al Ombudsman en general: de interés, O’Brien (2018: 34 y ss.).

10 Sobre este y otros temas de la investigación pendiente sobre el Ombudsman, Hertogh y Kirkham (2018: 508-516), donde concluyen exigiendo “más teoría, más investigación empírica y más investigación comparativa”.

11 Poco antes del cierre de estas páginas (26 de marzo de 2021), y en medio de la polémica sobre el tema entre los socios del Gobierno de coalición, los Grupos Parlamentarios Republicano y Plural presentaron una proposición de ley “para la igualdad real y efectiva de las personas trans”, cuyo articulado comienza diciendo: “La presente Ley tiene por objeto promover y garantizar la igualdad real y efectiva de las personas trans, mediante el reconocimiento del derecho a la identidad de género libremente manifestada, como exigencia de la dignidad humana y requisito para el libre desarrollo de la personalidad”. La izquierda abraza el liberalismo.

12 Desde 2009, diversas leyes de las Comunidades Autónomas vinieron a reconocer el derecho al cambio de sexo: Navarra (Ley 12/2009), País Vasco (Ley 14/2012), Galicia (Ley 2/2014), Andalucía (Ley 2/2014) o Cataluña (Ley 11/2014). Si se trata, como enseguida veremos, de un derecho fundamental, el apoyo competencial de esta normativa es más que discutible, a la vista del art. 149.1.1ª CE, aunque también es cierto que si el Estado no regula, las Comunidades Autónomas tienen una cierta legitimidad para hacerlo. Fue sabio al respecto el art. 72 de la Ley Fundamental de Bonn, según el cual “en el ámbito de la legislación concurrente, los *Länder* tienen la facultad de legislar cuando y en la medida en que la Federación no haya hecho uso mediante ley de su competencia legislativa”.

13 Ya lo había dicho previamente la STS (Sala de lo Civil) de 15 de julio de 1988 (ROJ 5590/1988), pero sin ninguna argumentación. Para más detalles, Vidal (1989: 987 y ss.). Para un análisis exhaustivo del problema, Palau (2016). Esta doctrina, y alguna otra relevante que podría citarse (p. ej., Belda, 2004: 150-152, o Elvira, 2013: 7-10), en su afán por justificar constitucionalmente el derecho al cambio de sexo, cae a mi juicio en el error de apoyarlo en diversos preceptos, no solo en el art. 10.1 (que me parece la *sedes materiae* más correcta), sino también en los arts. 14, 15, 16 y 18, con el problema añadido, en los tres últimos casos, que exigen ley orgánica para su desarrollo.

14 La doctrina suele afirmar que no es un derecho fundamental, pero no argumenta por qué; por cierto, normalmente confunde libre desarrollo de la personalidad con derecho general de

realmente el libre desarrollo de la personalidad es un derecho (pues existe un interés de las personas con garantía judicial<sup>15</sup>), aunque de momento solo un derecho de libertad. Es decir, no se puede impedir a una persona su decisión libre de cambiar de sexo, y de existir algún impedimento no justificado, cabría recurrir a los tribunales contra él. Los dos informes que la ley exige para el cambio registral pueden a mi juicio ser calificados de impedimentos indirectos, pero solo sobre un elemento de su posible contenido, el que exige una actuación pública. Una persona puede cambiar de sexo sin interferencia pública, pero si quiere que el cambio conste en el registro (lo que parece un derecho a un acto administrativo, derivado necesariamente del derecho de libertad<sup>16</sup>), tiene que cumplir ambos requisitos, que en principio podríamos considerar razonables<sup>17</sup>.

La Constitución se aplica directamente, y si existe un interés de una persona reconocido en la Constitución (según la STC 99/2019), entonces necesariamente deberá tener garantía judicial, y por tanto contamos con los dos elementos definitorios de un derecho fundamental, siendo indiferente que carezca de reserva de ley o de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

El DP trata este problema, entre otras, en su respuesta a la queja 18000792, de 26 de junio de 2018, que consta como "aceptada". Un ciudadano reclamaba el cambio de su nombre en la tarjeta sanitaria expedida por el Servicio Madrileño de Salud<sup>18</sup>. La Consejería competente responde que lo hará, pero después de la rectificación de la inscripción registral prevista en la mencionada Ley 3/2007. Añade que, de momento y si el interesado lo pide expresamente, se le atenderá "por el nombre sentido" cada vez que reciba asistencia sanitaria, pero esto es mucho menos de lo que el ciudadano pedía.

El DP no está de acuerdo con la respuesta de la Consejería, pero en ningún momento realiza una argumentación en derechos fundamentales, quedándose en un planteamiento bastante legalista. Cita a su favor:

libertad, que son cosas distintas. Si es porque la CE no dice "*derecho al libre desarrollo de la personalidad*", desde luego el razonamiento es pobre, pues no es preciso que literalmente se utilice este término. La ya citada STS de 15 de julio de 1988 había señalado: "el art. 10.1 de la Constitución Española establece como derechos fundamentales de la persona, entre otros, el del «libre desarrollo de la personalidad», término éste que en una proyección hermenéutica amplia autoriza a incluir los cambios físicos de forma del ser humano, siempre que ello no implique o suponga delito o cuando menos ilícito civil".

- 15 Los elementos del concepto de derecho subjetivo son tres: a) interés de una persona; b) reconocimiento en una norma jurídica; y c) garantía judicial. El interés es obvio. El elemento b) es el art. 10.1 CE (según la STC citada). En cuanto a la garantía judicial, es consecuencia (conceptual y necesaria) de lo anterior, y si la ley no lo prevé, o mejor, no lo permite, habría inconstitucionalidad por omisión. Precisamente el supuesto de partida de la STC 99/2019 es la alegación de la ausencia de reconocimiento legal del derecho a los menores de edad.
- 16 En algunos casos, los derechos de libertad admiten un contenido (mejor que garantía) de derecho de organización o procedimiento, en este caso con carácter accesorio y no esencial.
- 17 Se trata de no convertir el derecho en capricho. En el fondo, late también detrás un problema de gran calado, tan viejo como los vicios del consentimiento del Derecho civil, y que habría que trasladar a la concepción constitucional de la libertad: ¿hasta qué punto somos *realmente* libres?, o ¿se puede limitar la libertad en beneficio del propio individuo que la ejerce? En el momento de cierre de este trabajo (mayo de 2021) continúa abierto el debate en el interior del Gobierno de coalición sobre los requisitos exigidos para el cambio de sexo en una futura ley.
- 18 La tarjeta sanitaria individual es un documento administrativo que resulta válido en todo el sistema nacional de salud y que sirve para acreditar el acceso a las prestaciones del referido sistema. El RD 183/2004 establece que todas las tarjetas sanitarias estarán vinculadas a un código de identificación personal único para cada ciudadano en el sistema nacional de salud, que es uno de los datos que deben incluirse en su anverso.

a) La Ley de Madrid 3/2016, de protección integral contra la LGTBifobia [sic], que obliga a la Administración madrileña a adoptar todas las medidas necesarias para que la documentación administrativa, en las áreas contempladas en dicha norma, sean adecuadas a la diversidad sexual y afectiva de las personas LGTBI así como garantizar, en el acceso a los servicios y prestaciones públicas, que las personas transexuales puedan ser nombradas y tratadas de acuerdo con el género con el que se identifican. Añado que la norma no reconoce un derecho como tal sino una obligación administrativa cuyo cumplimiento en principio resultaría exigible por los interesados, lo que al final podría ser lo mismo, pero creo que el matiz es relevante.

b) La Ley de Madrid 2/2016, de Identidad y Expresión de Género, cuyo artículo 7.3 b) señala: “Los trámites para la expedición de la documentación administrativa prevista en la presente Ley serán gratuitos, no requerirán de intermediación alguna, y en ningún caso implicarán la obligación de aportar o acreditar cualquier tipo de documentación médica”. Existe entonces una diferencia importante entre los requisitos madrileños para la documentación administrativa y los requisitos nacionales para el cambio registral; es decir, se podría obtener un documento administrativo de la Comunidad Autónoma acreditativo del nuevo sexo sin haber logrado previamente el cambio del mismo en el registro civil nacional.

c) La Orden de Madrid 1296/2016, sobre tarjeta sanitaria, establece en su artículo 5 que para su obtención será necesario verificar la identidad del solicitante, que deberá acreditar mediante el DNI u otros documentos. A ello el artículo 7 de la Ley 2/2016 añade que cuando, por la naturaleza de la gestión administrativa, se haga necesario registrar los datos que obran en el DNI, se recogerán las iniciales del nombre legal, los apellidos completos y el nombre elegido por razones de identidad de género.

Al final, el argumento clave es la interpretación teleológica del precitado artículo 7.3 b) de la Ley 2/2016, cuyo objetivo es “adecuar de forma completa la atención del sistema público madrileño a la identidad de género de la persona perceptora de la misma”, a lo que el DP añade la finalidad (aquí por fin una cierta sensibilidad en derechos, superando la frialdad del lenguaje burocrático) de evitar “situaciones de sufrimiento por exposición pública o discriminación”. En general, señala el DP, esta Ley “obliga a la Comunidad de Madrid a adoptar todas las medidas administrativas que aseguren que, en todos los procedimientos en los que participe la Comunidad, se obrará teniendo en cuenta que las personas deben ser tratadas de acuerdo con su identidad de género”.

Como argumentos complementarios, el DP añade dos: otras Comunidades Autónomas no exigen el cambio registral para modificar el nombre en la tarjeta sanitaria, y no hay afectación al interés público: “la modificación del nombre en la tarjeta sanitaria individual no supone interferencia alguna en la identificación ni en el reconocimiento de los datos personales del paciente, una vez establecida la previsión de que los usuarios del Sistema Sanitario de la Comunidad de Madrid acompañen a su tarjeta el documento identificativo de la personalidad de su titular cuando así sea requerido”.

En conclusión, el DP recomienda a la Consejería “emitir la tarjeta sanitaria individual de las personas transexuales recogiendo el nombre elegido por razones de identidad de género, sin que se requiera a sus titulares la previa concesión de rectificación de la mención registral de sexo”, y añade: “Asimismo, se solicita la remisión de información complementaria sobre la creación efectiva de estadísticas públicas acerca de los resultados de los diferentes tratamientos, terapias e intervenciones a los que se alude en el artículo 21.1 de la Ley [2/2016]”.

El caso era más sencillo de lo que parece, pues bastaba haber hecho un

recordatorio del deber legal de cumplir con el artículo 7.3 b) de la Ley 2/2016. Puestos sin embargo a argumentar en derechos, lo que nunca sobra (en tanto refuerza notablemente la argumentación), el razonamiento podría haber quedado así:

El derecho al cambio de sexo es un derecho fundamental derivado del art. 10.1 CE.

El derecho al cambio de sexo incluye la obligación de la Administración de poner el nuevo nombre en la tarjeta sanitaria<sup>19</sup>.

Exigir para el cambio de nombre en la tarjeta sanitaria el cambio previo en el Registro Civil es una restricción no prevista en la ley (es más: la ley dice lo contrario) y carente de justificación.

Luego, la exigencia administrativa referida vulnera el derecho fundamental

A mayor abundamiento, el caso podría haberse enfocado desde el derecho a la no discriminación, pero esto no resulta ya necesario. Veamos ahora lo que de especial aporta la garantía del DP, y aquí destacaría tres cuestiones: a) el caso, de haberse llevado a la jurisdicción contencioso-administrativa, hubiera implicado mucho tiempo<sup>20</sup> y dinero; b) se parte de un caso individual (no consta queja colectiva) pero la recomendación es general (no se dice: “emitir la tarjeta sanitaria a X” sino “emitir la tarjeta sanitaria a las personas transexuales”, algo que los jueces no podrían haber hecho); c) aunque no consta que se haya realizado, el DP podría haber iniciado sin dificultad (basta enviar una consulta) una investigación de oficio para conocer si este mismo problema se está produciendo en otras Comunidades Autónomas, y seguidamente, en su caso, dictar una recomendación idéntica dirigida a todas ellas. La segunda parte de la recomendación parece apuntar a la futura puesta en marcha de nuevas actuaciones de oficio y también generales.

### III. Violencia de género: defecto de protección del derecho a la integridad

La violencia de género seguramente puede ser calificada en España como un problema sistémico<sup>21</sup>, que leído en clave de derechos fundamentales, equivale a una vulneración estructural del derecho a la vida e integridad (art. 15 CE) de

19 Nótese que esta es la tesis principal, y que se está creando (sin decirlo) un nuevo derecho a la documentación, no previsto como tal, aunque derivable de normas de mandato a la Administración.

20 Primero habría que haber “forzado” el acto administrativo, pues según parece la exigencia denunciada en el caso se hizo de manera verbal. El ciudadano tendría que haberlo solicitado primero por escrito y seguramente la Administración o no le habría contestado o habría tardado meses en hacerlo.

21 En las últimas Observaciones Finales sobre España del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW por sus siglas en inglés), de 29 de julio de 2015 (documento disponible en [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW%2fC%2fESP%2fCO%2f7-8&Lang=en](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW%2fC%2fESP%2fCO%2f7-8&Lang=en)), este se manifestaba “alarmado por la prevalencia en el Estado parte de la violencia contra la mujer, incluida la violencia sexual, y por el alto porcentaje de mujeres que han muerto como resultado de la violencia de género en las relaciones de pareja. El Comité está especialmente preocupado por las siguientes cuestiones: a) La Ley Orgánica núm. 1/2004 no abarca la gama completa de la violencia de género fuera de la violencia dentro de la pareja; b) El número de niños asesinados por sus padres en el ejercicio de sus derechos de visita (20 entre 2008 y 2014); c) El deterioro de los servicios de protección de las mujeres que son víctimas de la violencia doméstica en distintas comunidades autónomas, en particular la limitada disponibilidad de casas de acogida para mujeres y niños”.

las mujeres que se encuentran en determinada situación<sup>22</sup>. Entre las actuaciones del DP en la materia, muy amplias y variadas<sup>23</sup>, escogeré su tratamiento del problema de las víctimas inmigrantes en situación irregular, un típico ejemplo de “discriminación múltiple”. En su respuesta a la queja 19003799, de 19 de diciembre de 2019, cuyo contenido se desconoce<sup>24</sup>, el DP se olvida por completo del caso concreto (en realidad el lector no se entera del contenido de la queja presentada) y razona desde el primer momento dando por hecho que se trata de un problema estructural de nuestro país, aunque sin apenas utilizar (segundo ejemplo) el lenguaje de los derechos, como iremos comprobando.

En esta recomendación (que figura como “aceptada” en sus cuatro puntos<sup>25</sup>), el DP se centra en el déficit de protección del colectivo señalado. No hubiera costado mucho (y habría ganado en calidad y por tanto en capacidad persuasiva) dejar claro desde el comienzo dos tesis, más que nada porque no están consolidadas: a) el derecho fundamental a la vida e integridad exige acciones positivas (en sentido amplio) en primer lugar del legislador, dirigidas básicamente a prevenir de manera suficiente sus vulneraciones más graves y reiteradas<sup>26</sup>; b) tales acciones positivas deben diseñarse y aplicarse en principio con carácter universal (el derecho a la vida e integridad es igual para todos) pero prestando especial atención a las personas en situación de vulnerabilidad (acciones positivas en sentido estricto), es decir, a mayor riesgo de vulneración del derecho, mayor intensidad de la protección pública<sup>27</sup>.

22 No creo que las mujeres sean un “grupo vulnerable” como tal, sino solo en determinados contextos. De entrada, conviene recordar que nuestra legislación de “violencia de género” es más bien contra la “violencia doméstica” (la producida por la pareja o expareja), no sobre la violencia contra las mujeres en general. Compárense los arts. 1 de la LO 1/2004 (violencia sobre las mujeres “por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia”) y 2.1 del Convenio de Estambul (BOE de 6 de junio de 2014: “todas las formas de violencia contra la mujer, incluida la violencia doméstica”).

23 Véase la síntesis de Ovejero (2019: 575-591).

24 El DP exagera la preservación de la identidad de los ciudadanos presentadores de queja, hasta el punto de que muchas ocasiones no sabemos qué están solicitando, lo que convierte no pocas recomendaciones en ininteligibles.

25 Habría que matizar, “aceptada formalmente”, pues año y medio después no se ha cumplido lo que el DP recomendaba, que como veremos, era una modificación sustancial de la LO 1/2004.

26 Como es sabido, la tesis se formula por vez primera en la STC 53/1985, que declaró inconstitucional la primera ley del aborto precisamente por protección insuficiente del derecho a la vida. Después apenas hay referencias jurisprudenciales tan claras, y en todo caso ninguna sobre violencia de género. Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sí ha abordado en numerosas ocasiones la cuestión de las obligaciones estatales de protección en general y contra la violencia de género en particular, aunque raramente ha señalado que la legislación interna incurría en defecto de protección; últimamente, por todos, Carretero (2020).

27 La cuestión de las acciones positivas (antes llamadas discriminación positiva) viene de lejos, y se amplía cada vez más a un heterogéneo catálogo de “grupos vulnerables”. Doctrinalmente esta temática está también pendiente de construcción o al menos de consolidación, y para esto deberíamos comenzar aclarando hasta dónde llega la igualdad como derecho fundamental. Nuestro Tribunal Constitucional sigue erre que erre afirmando que este derecho no incluye un derecho a la diferenciación (tratar mejor a quienes están peor), y de esta forma las acciones positivas quedarían fuera de lo constitucionalmente exigible, en manos por tanto de la discrecionalidad del legislador de turno. En mi opinión, se contradice: p. ej., en la reciente STC 51/2021 vuelve a reiterar la “tesis”, pero en la práctica está obligando a la Administración empresaria a tratar mejor a un funcionario con discapacidad. No se cuestionaba aquí la ley, pero en otros casos se han considerado inconstitucionales (por “discriminación indirecta” y para seguir la corriente al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, mucho más avanzado) leyes “aparentemente neutras” por no tratar mejor a las mujeres que a los hombres. Pues bien, a mi juicio, tras la doctrina del DP se encuentra, en este y en otros

La recomendación comienza afirmando que “La recepción de varias quejas relacionadas con agresiones sexuales a mujeres migrantes en situación irregular, ha puesto de manifiesto las graves consecuencias que acarrea que no sean consideradas plenamente como víctimas de violencia de género por parte de la legislación española, tal y como exige la aplicación del Convenio de Estambul”. El tema parece entonces general pero bien determinado; sorprendentemente, como después veremos, la conclusión irá por otro lado, también general pero indeterminado. Nótese de entrada que el DP constata una diferencia de regulación en el Derecho internacional y en el Derecho nacional, pero no obtiene después partido suficiente de este contraste. Para afirmar una realidad fáctica (“graves consecuencias”, aunque habría sido más correcto “violación reiterada de derechos fundamentales”), el DP no solo se apoya en los datos que obtiene de las “varias quejas” recibidas, sino también en los aportados por otras organizaciones: “De acuerdo con distintos informes de las organizaciones no gubernamentales en España [lamentablemente, no se citan las fuentes], y con el último publicado por la Red de Mujeres Latinoamericanas y del Caribe en 2018, las mujeres extranjeras sufren más agudamente la violencia de género en España. De acuerdo con los datos de 2017, por ejemplo, los asesinatos de mujeres españolas supusieron el 5% por cada millón de mujeres españolas en el país, mientras que los asesinatos de mujeres extranjeras afectaron al 30% por cada millón. En cuanto al número total de víctimas implicadas en denuncias, el informe recoge que de las 158.217 denuncias recogidas en 2017, el 69,6% lo fueron de mujeres españolas y el 30,9% de extranjeras, de modo que las españolas implicadas como víctimas en denuncias suponen el 6% por cada mil mujeres españolas, mientras que son el 24,7% por cada mil mujeres extranjeras residentes”.

De acuerdo: el DP se apoya en fuentes de autoridad y en estadísticas para constatar un hecho, afirmado también por cierto en buenas investigaciones empíricas<sup>28</sup>. Este problema de violación estructural, al menos en relación con las mujeres inmigrantes, seguramente tendrá causas complejas y variadas, pero el DP se centra (y seguramente no podía hacer otra cosa) en analizar las actuaciones (o más bien omisiones) de los poderes públicos en este campo. Señala que nuestra legislación requiere que la víctima denuncie judicialmente y obtenga una orden de protección o sentencia favorable para acceder al sistema de protección. El Decreto-Ley 9/2018 modificó el artículo 23 de la Ley Orgánica 1/2004, permitiendo acreditar la violencia mediante un certificado de los servicios sociales o de acogida públicos. Según el DP, “estos cambios para la acreditación de la condición de víctima sin necesidad de denunciar ocasionan efectos indeseables para las mujeres extranjeras en situación irregular”. El DP no explica por qué de ese cambio legislativo se derivan “efectos indeseables” ni cuáles son éstos, y reconozco que no entiendo el argumento, pero dejémoslo ahí.

Continúa el DP concretando las distorsiones entre Derecho internacional y nacional: “Por otro lado, la protección a víctimas de violencia de género fuera de la pareja, en España no está adaptada a la Observación 21 a) del CEDAW<sup>29</sup> y,

muchos casos, una concepción propia de la igualdad, que incluye el derecho a la diferenciación.

28 El DP repite la extraña costumbre (en comparación con otros países) de nuestros altos tribunales de no citar doctrina, lo que solo puede entenderse como mal entendida equidistancia. La bibliografía sobre la violencia de género e inmigración es muy abundante; por limitarnos a los libros, véase por todos, Antón (2013); los datos que demuestran la especial incidencia de la violencia en este colectivo (2013: 61-74).

29 Se refiere a las últimas Observaciones Finales sobre España, ya citadas, que en este apartado

por tanto, no han sido incluidas en el ámbito de protección de la Ley Orgánica 1/2004". Y demuestra así la vulneración estructural, pero ahora parece que más en general, no solo en el ámbito de la inmigración: "Según la Macroencuesta 2015 de la Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género, la violencia sexual fuera de la pareja ha afectado alguna vez a 1.447.687 mujeres —el 7,2% de las mujeres de 16 y más años, residentes en España—. De ellas a 120.641 en el último año. El 40% por violación (que solo denunciaron el 2,1%)".

Según el DP, "Las asociaciones de mujeres [no cita cuáles, y se lo debíamos] manifiestan que hay impunidad y miedo a denunciar este tipo de violencia también considerada [por el Derecho internacional] violencia de género, por los peligros de la aplicación de la Ley de extranjería en el caso de mujeres extranjeras, y por la revictimización judicial, social y de los medios de comunicación". Con buen criterio, el DP comienza analizando si la legislación vigente facilita o dificulta la denuncia (en sentido amplio), necesaria para que la maquinaria protectora del Estado se ponga en marcha, llegando a la conclusión siguiente: "Varios aspectos recogidos en la legislación vigente tienen *consecuencias negativas* para las mujeres víctimas que son inmigrantes, pues en lugar de facilitar su ayuda y asistencia se complica aún más su realidad, cuando se encuentran en situación irregular". ¿Pero por qué no dice que vulneran sus derechos? Veamos (reconstrucción mía, pues la recomendación no siempre la cita correctamente) más despacio esta legislación. En primer lugar, el artículo 31 bis de la Ley Orgánica 4/2000, llamada de Extranjería, permite a las mujeres extranjeras en situación irregular denunciadas de violencia de género solicitar una autorización provisional de residencia en España. Sin embargo, al final señala: "Si del procedimiento penal concluido no pudiera deducirse la situación de violencia de género, se incoará [obligación, no habilitación] el expediente administrativo sancionador por infracción del artículo 53.1.a) [encontrarse irregularmente en territorio español] o se continuará, en el supuesto de que se hubiera suspendido inicialmente". Parece así que, si no hay sentencia condenatoria (pudo ser por falta de pruebas), la denunciante podría quedar en peor situación que antes de la denuncia, por lo que se entiende su temor a presentarla<sup>30</sup>.

El DP critica también lo limitado del concepto legal de violencia de género, circunscrito a la existencia de una relación sentimental, sin contemplar las agresiones sexuales fuera de la relación de pareja, "pues de este modo se excluye el acceso de estas víctimas al sistema de atención, protección y ayuda establecido, incidiendo en la especial vulnerabilidad de este colectivo". Este déficit de protección afecta en realidad a todas las mujeres, por lo que nuevamente se pierde el hilo inicial.

Seguidamente encontramos un primer atisbo de razonamiento en derechos, pues el DP, con cita de la STS 1263/2018<sup>31</sup>, se refiere al "carácter imperativo de las resoluciones del Comité CEDAW, y la responsabilidad del Estado por no actuar con la diligencia debida para implementar sus obligaciones internacionales".

"instan" al Estado español a "Revisar su legislación sobre la violencia contra la mujer en vigor a fin de que incluya otras formas de violencia de género, por ejemplo, la violencia ejercida por cuidadores, la violencia policial y la violencia en espacios públicos, lugares de trabajo y escuelas".

30 Para más detalles, Mella (2013).

31 Se trata del mediático caso González Carreño, en el cual el Tribunal Supremo condenó a la Administración al pago de 600.000 euros, en concepto de responsabilidad patrimonial, por no haber dado cumplimiento a un Dictamen del CEDAW de 2014. Lo importante de esta Sentencia es que viene a reconocer el carácter vinculante de estos dictámenes en España; para más detalles sobre el caso, Gómez (2019).

Pero de la vinculación (jurídica, se entiende) de las resoluciones (particulares) del Comité se pasa a afirmar, de forma poco clara (y el asunto lo merecía), la vinculación de sus recomendaciones generales, “entre ellas, y en relación con este caso, las que obligan a establecer un marco legal adecuado para responder a las situaciones de violencia de género. La Recomendación General 32 y la Observación 37 a) de la CEDAW para mejorar la protección, el acceso a los procedimientos y las condiciones de acogida de las mujeres y niñas solicitantes de asilo llama a evitar el uso de la violencia en los controles fronterizos; el establecimiento de planes de contingencia para las llegadas a las fronteras terrestres y marítimas y la aplicación de la perspectiva de género en todos los programas de asistencia”. Salvo esta última recomendación, demasiado genérica y por tanto poco operativa, se comprueba que la CEDAW se está refiriendo a un nuevo problema (la violencia de género en frontera), sobre el cual el DP no aporta datos; es decir, no sabemos si realmente existe un problema de este tipo en España. El DP cambia en todo caso su argumentación inicial sobre el temor de las mujeres inmigrantes a denunciar (aunque sabemos que la denuncia no es necesaria), y concluye: “Es necesario mejorar los mecanismos para identificar a las mujeres y niñas más expuestas a situaciones de violencia de género en los movimientos migratorios, y contar con un sistema de protección internacional más ágil en la instrucción de los expedientes, con profesionales con formación en materia de género capaces de dar el tratamiento adecuado a mujeres y niñas con estas necesidades específicas”, y de ahí pasa sin más a formular sus recomendaciones. Como se advierte en lo expuesto hasta ahora, el razonamiento es bastante caótico, pues se tratan problemas muy diferentes y con causas muy diversas, sin que encontremos una secuencia lógica entre unos temas y otros.

Las recomendaciones del DP finalmente son las siguientes:

a) “Que se haga uso de la iniciativa legislativa del Gobierno para que, de acuerdo con el artículo 2 del Convenio de Estambul, ratificado en el 2014 por España, se aplique el presente Convenio a todas las víctimas de violencia doméstica, prestando especial atención a las mujeres víctimas de violencia basada en el género”. Es cierto que el DP no tiene por qué detallar la redacción concreta de las reformas legislativas que propone, pero en este caso la ambigüedad es tan alta que no se entiende bien su recomendación. Además, el Convenio es Derecho español, y resulta ya aplicable; de no ser así, habría que explicarlo mejor. En la medida en que el Convenio requiere actuaciones administrativas, y que estas (por razones de eficacia o de principio de legalidad) deben concretarse en una ley nacional, podría haberse hablado de inconvencionalidad por omisión.

b) “Que se realicen las modificaciones legislativas que sean necesarias [...] para implementar de forma efectiva las obligaciones recogidas en el artículo 1 c) del mencionado convenio internacional, de proteger a las mujeres contra todas las formas de violencia, y prevenir, perseguir y eliminar la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, mediante un marco global, de políticas y medidas legislativas de protección y asistencia para todas las víctimas de violencia contra las mujeres y la violencia doméstica”. Parece entonces que el Convenio no puede aplicarse directamente y que exige ser concretado legislativamente mediante acciones administrativas específicas, pero esto va mucho más lejos del problema de las mujeres inmigrantes, que era el objeto inicial del procedimiento ante el DP.

c) “Que en uso de dicha iniciativa legislativa se modifique el artículo 1 de la [Ley Orgánica 1/2004], incluyendo en el objeto de la ley la definición de “violencia contra la mujer” acorde con el artículo 3 a) del Convenio de Estambul”. Desde

luego, esto es una alteración sustancial del sistema de protección previsto en la legislación vigente.

d) “Que, una vez modificado el objeto de la ley, se realicen todos los ajustes normativos necesarios para dar efectividad a la protección que el Estado ofrece frente a la violencia contra la mujer, en todas sus manifestaciones”.

La recomendación, que comenzó afirmando las dificultades de las mujeres inmigrantes en situación irregular para protegerse frente a la violencia de género, no parece muy coherente en su argumentación, pues al final lo que recomienda (y esto es lo más relevante) poco tiene que ver con las premisas iniciales. En el “fallo” se olvida del problema específico de la inmigración, de las recomendaciones de la CEDAW al respecto y de los problemas derivados de la normativa vigente en España, en particular del temor de las inmigrantes a denunciar. Todo se confía a una modificación legislativa, ampliando a la violencia procedente de fuera de la pareja un modelo de protección que hasta ahora se ha revelado bastante ineficaz. Por los datos del propio DP, los problemas de las inmigrantes en situación irregular son otros, y de dos tipos: los que provocan el miedo a denunciar y los que implican una protección insuficiente, tanto social como frente a las agresiones en frontera.

Desde una reconstrucción del asunto en clave de derechos y centrado en el hilo discursivo original (quien mucho abarca poco aprieta), el razonamiento podría haber quedado así:

La violencia contra la mujer implica una vulneración de su derecho a la vida e integridad.

Este derecho es universal y debe ser protegido a todas las víctimas por igual.

Las víctimas inmigrantes en situación irregular están menos protegidas, ya que:

a) Tienen miedo a denunciar, entre otras cosas porque la norma A señala que, si lo hacen, pueden ser expulsadas.

b) Se producen frecuentes agresiones en las fronteras.

Por tanto, se recomienda:

a) Derogar la norma A.

b) Ampliar los medios de control en las fronteras, mediante las acciones B y C.

#### IV. ¿Existe un derecho a la ciudad?

La queja 17022447, de 17 de junio de 2019 (que también consta como aceptada), se refiere inicialmente a unos solares propiedad del Ayuntamiento de Telde (Las Palmas). Según los propios servicios técnicos municipales, uno de ellos es “un solar con vallado en mal estado, que permite el acceso al mismo; estructura de planchas metálicas en estado de abandono, así como escombros, restos inorgánicos varios y vegetación espontánea”. Estos mismos servicios recomendaban que se adoptasen con urgencia las medidas correctoras oportunas para evitar riesgos, y en concreto “que se proceda a la limpieza del solar para que quede desprovisto de cualquier tipo de residuo, así como de vegetación que pudiera albergar animales o plantas portadoras o transmisoras de enfermedad o producir malos olores”. En el mismo expediente ante el DP se habla de otros solares de titularidad privada (parece así que la queja se amplía de oficio), inspeccionados por una empresa de control integral de plagas, la cual recomendó también medidas correctoras.

El DP comienza recordando la normativa administrativa aplicable: “el deber de conservación viene contemplado en la normativa urbanística como uno de los deberes que integran el estatuto de la propiedad y obliga a los propietarios

de toda clase de terrenos y construcciones a conservar y mantener estos en condiciones de seguridad, salubridad y ornato público” (RDLEG 7/2015, art. 15; Ley de Canarias 4/2017, art. 168). Si este deber es incumplido, afirma el DP, debe ser exigido (conceptualmente estamos en presencia de una garantía administrativa<sup>32</sup>) por la autoridad municipal: “la legislación urbanística atribuye a los ayuntamientos la competencia de vigilar el cumplimiento del deber legal de conservación y rehabilitación que los propietarios tienen respecto de los terrenos y construcciones cuya titularidad ostenten, competencia que se integra dentro de la labor municipal de inspección urbanística, y que generará, en caso de transgresión del mencionado deber, la actuación administrativa subsidiaria por medio de órdenes de ejecución, cuyo incumplimiento incluso habilita a la Administración pública a adoptar determinadas medidas”. El artículo 25.2 de la Ley 7/1985, de Bases de Régimen Local, dispone que los entes locales tienen encomendadas, entre sus competencias, la protección de la salubridad pública y el medio ambiente urbano, así como la disciplina urbanística. Dicho precepto atribuye a los municipios una amplia capacidad genérica de actuación para promover actuaciones y prestar los servicios públicos necesarios para cumplir con sus obligaciones y encontrar una solución a las situaciones que se le plantean. Conforme al mismo, el Ayuntamiento de Telde es competente en materia de protección de la salud pública en el término municipal, por tanto puede actuar por sí mismo y adoptar medidas para la adecuada conservación de unas parcelas que genera problemas de salubridad. Interesa destacar que el DP salta, sin mucha explicación, directamente de la competencia a la obligación administrativa, como si ambas fueran la misma cosa<sup>33</sup>: “si las parcelas denunciadas no se encuentran en condiciones de seguridad, salubridad y ornato público, es claro que ese Ayuntamiento *debe* requerir a sus propietarios para que procedan a realizar los trabajos necesarios que garanticen su salubridad” (cursivas mías). Tampoco encontramos una clara distinción entre las obligaciones relativas a la propiedad

32 Sobre la diferencia entre cumplimiento y garantía administrativa de los derechos, Escobar (2018: 155 y ss.). Sobre la inspección y sanción como garantía de los derechos fundamentales, Escobar (2012: 659-662).

33 La cuestión es crucial. Los derechos fundamentales se cumplen muchas veces mediante actuaciones administrativas, pero luego la legislación administrativa olvida la perspectiva de derechos y las obligaciones públicas quedan diluidas bajo la excusa de la discrecionalidad. Por eso resulta importante aclarar que las competencias administrativas no son habilitaciones sino obligaciones exigibles por los ciudadanos, al menos cuando pueda argumentarse mínimamente que estos se encuentran afectados por aquellas. Para eso se “inventó” en el siglo XIX el concepto de interés legítimo, ahora no tan distinto del derecho subjetivo, por mor de su inclusión conjunta en el art. 24.1 CE; para una buena reinterpretación de todo ello, Medina (2016: 153 y ss). El llamado derecho a la ciudad, como enseguida veremos, tiene como principal virtualidad destacar la exigibilidad de bienes comunes; en términos de dogmática de los derechos, convertir su carácter objetivo en derecho fundamental subjetivo. En el ejemplo: nadie se ve afectado directa y personalmente en su salud y sin embargo cualquiera puede exigir al municipio que adopte las medidas necesarias para evitar daños a la salud en el futuro. En su tratamiento del tema, García de Enterría y Fernández (2020b: 92-105), aunque destacan la importancia del art. 18.1 g) LBRL (derecho de los vecinos a “exigir la prestación y, en su caso, el establecimiento del correspondiente servicio público, en el supuesto de constituir una competencia municipal propia de carácter obligatorio”) se quedan a mi juicio cortos e incluso caen en contradicción. Resumen su planteamiento: las obligaciones administrativas conectadas a derechos fundamentales son exigibles desde la Constitución, pero si las leyes no concretan esta exigibilidad (y ellos se quejan de que no suelen hacerlo), lo único que puede hacerse es plantear cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional (dificilísima en la práctica, y más cuando estamos fuera del objeto del amparo); sin embargo, al final, afirman que “las eventuales imperfecciones de la Legislación aplicable podrán ser corregidas, al menos parcialmente”, por los tribunales ordinarios. Un intento de solución en Escobar (2012: 567-572).

pública y a la propiedad privada, y parece que esto resulta indiferente, lo que revela una interesante forma de control, aunque indirecta, de los particulares<sup>34</sup>: “de constatarse esta situación [de afectación a la salubridad de los vecinos, el Ayuntamiento] debe velar para que sus propietarios cumplan con su obligación, ordenando [...] la ejecución de los trabajos y proceder a su ejecución subsidiaria en caso de incumplimiento. Todo ello de cara a impedir que su estado constituya un peligro para la salud y seguridad de las personas”. En ningún momento el DP cita derecho fundamental alguno. Concluye recomendando, con cita de la legislación urbanística estatal y autonómica, “garantizar el cumplimiento de la obligación que tienen los propietarios de toda clase de terrenos y construcciones de mantenerlos en condiciones de seguridad, salubridad y ornato público”, y sugiriendo “girar visita de inspección a las parcelas mencionadas en el informe emitido por la empresa de control integral de plagas [...] a fin de comprobar si cumplen las condiciones de seguridad, salubridad y ornato público exigibles. En caso negativo, dictar orden de ejecución de las actuaciones que sean precisas para garantizar que aquellas reúnan unas condiciones higiénico-sanitarias adecuadas, con advertencia de las facultades municipales en caso de incumplimiento (imposición de multas coercitivas o ejecución subsidiaria)”.

Las respuestas, también de 2019, a las quejas 18005503 (contra el Ayuntamiento de Cigales, Valladolid, por acumulación de basura y presencia de animales en solar privado), 19011905 (contra el Ayuntamiento de Foios, Valencia, por vivienda en riesgo de desplome) y 19011199 (contra el Ayuntamiento de Cogolludo, Guadalajara, por el mismo tema) son muy similares a la anterior y prácticamente idénticas en su argumentación. En todas estas actuaciones, sorprende de nuevo la falta de mención a derechos fundamentales, y habría sido interesante la configuración por el DP de un “nuevo derecho” a la ciudad<sup>35</sup>, tema levemente apuntado en alguno de sus informes anuales<sup>36</sup>. Aunque nos encontramos ante

34 Recordemos que el objeto de control del DP no incluye a los particulares; no obstante, podría hacerlo indirectamente (con un subterfugio similar al utilizado por el Tribunal Constitucional para revisar en amparo intervenciones privadas sobre los derechos): si una Administración pública debe supervisar a los particulares, y no lo hace o lo hace a medias, entonces es esa Administración quien vulnera el derecho. Al respecto, por todos, Ponce (2012).

35 El llamado derecho a la ciudad está en construcción y apenas contamos con una dogmática jurídica mínima que lo haya delineado. Habríamos de partir de tres documentos clave, que ni siquiera llegan a la categoría de *soft law* pero que fueron aprobados por entidades públicas municipales: la Carta Mundial por el derecho a la ciudad (2004), la Carta Europea de salvaguardia de los derechos humanos en la ciudad (2012) y la Carta-Agenda Mundial de derechos humanos en la ciudad (2012). Dejando fuera las facultades que encajarían en el contenido de figuras específicas de derechos expresamente reconocidos, parece que se limita, según el último de los documentos citados, a algo tan indeterminado como el “derecho a una ciudad constituida como comunidad política municipal que asegure condiciones adecuadas de vida a todos y todas y que procure la convivencia entre todos sus habitantes y entre estos y la autoridad municipal”. Algo más concreto resulta el “derecho a disponer de espacios y recursos para la práctica de una ciudadanía activa y a que los espacios de convivencia y trabajo sean respetuosos con los valores de los demás y con el valor del Pluralismo”, una especie de urbanismo en sentido amplio y subjetivizado; de interés, Ponce (2019: 84-94), destacando correctamente cómo las Defensorías del Pueblo podrían contribuir a la garantía de este nuevo derecho, p. ej. (como en la recomendación que estoy comentando) mediante la reducción y orientación de la discrecionalidad administrativa municipal.

36 En la p. 661 del Informe de 2019 se señala que el alquiler turístico implica “un deterioro del medioambiente urbano y en particular, del “derecho a la ciudad” como el derecho de toda persona a que las ciudades respondan a las necesidades humanas. Tal derecho deriva del artículo 45 de la Constitución, al dar a la expresión “medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona” un sentido integral, que incluye los elementos artificiales, creados por el ser humano y que hacen posible el desarrollo de las personas, así como su bienestar”. Aunque de forma algo rudimentaria pero clara y precisa, el DP hace aquí (lamentablemente

uno de los pocos supuestos de acción pública (art. 4 f) RDLEG 2/2008: “para hacer respetar las determinaciones de la ordenación territorial y urbanística”), resulta sin duda difícil que los ciudadanos la ejerzan, por el coste que implica: si nadie en concreto está afectado individualmente, no es probable que los ciudadanos pongan en marcha la maquinaria de la justicia. En este sentido, la actuación del DP cubre este déficit, y seguramente logrará el mismo resultado, de forma más rápida y económica, que la jurisdicción contencioso-administrativa.

A mi juicio, el razonamiento del DP quedaría más reforzado de haberse formulado así:

El derecho fundamental a la ciudad, aquí derivado del art. 45 CE, incluye el derecho de los ciudadanos a la conservación de los espacios, públicos y privados, en condiciones de seguridad, salubridad y ornato.

Los municipios tienen el deber correlativo de garantizar dichos derechos, al menos cuando existe riesgo para la seguridad y salud de la ciudadanía, haciendo uso de las potestades previstas en el ordenamiento, y en particular de la sanción y ejecución subsidiaria.

Luego los municipios, si no cumplen con dicho deber, vulneran el derecho a la ciudad.

## V. ¿Derecho fundamental a la reparación de las víctimas del terrorismo?

El derecho fundamental a la vida e integridad incluye el derecho a la reparación de las víctimas<sup>37</sup>; como las violaciones al derecho suelen proceder de particulares, esto se traduce, de entrada, en la obligación del legislador de establecer dicha reparación. Aquí hay varias opciones: la vía penal (arts. 109-122 CP), la vía civil (art. 1902 CC) o la vía administrativa (arts. 32-37 LSP y leyes sectoriales). En realidad, el DP podría realizar recomendaciones de reforma legislativa en los tres ámbitos, pero centrémonos en el último: si el daño fue producido por el funcionamiento “normal o anormal” de la Administración, habría que acudir a las reglas (y a su amplia casuística) de la responsabilidad patrimonial. El caso de las víctimas del terrorismo es inequívocamente penal, pero será frecuente que las víctimas se queden sin cobrar, por no encontrarse al culpable (según las asociaciones de víctimas, aproximadamente un tercio de los asesinatos de ETA están sin resolver) o por insolvencia del condenado. La responsabilidad administrativa no parece fácil de demostrar en estos casos<sup>38</sup>. Sin embargo, el legislador puede otorgar reparaciones, sin que ello resulte a mi juicio obligatorio<sup>39</sup>. Así viene haciéndolo (por citar solo las leyes posteriores a la CE) desde

como excepción) una contribución importante a la construcción de (nuevos) derechos, saltándose el positivismo legalista habitual.

37 La doctrina sobre el art. 15 CE pasa de puntillas sobre esta cuestión. La STC 181/2000, respondiendo a varias cuestiones de inconstitucionalidad sobre la ley de responsabilidad civil por accidentes de circulación, afirma la existencia de este deber estatal de reparación, aunque la cosa está mucho más clara en la extensa y heterogénea doctrina del TEDH sobre el art. 2 CEDH.

38 Entre las excepciones, STS de 27 de diciembre de 1988, tras demostrarse la falta de diligencia del servicio de desactivación de explosivos, o STS de 27 de marzo de 1998, por quedar acreditada la omisión administrativa de contar con un sistema de detección de explosivos nada menos que en la Comisaría General de la Exposición Universal de 1992. En la doctrina, Soro (2006: 251 y ss.), si bien insistiendo en la línea tradicional de responsabilidad objetiva, criticada en Escobar (2021: 6-29). Más correctamente, aunque sin poder todavía abandonar el dogma de la responsabilidad objetiva, Garrido (2013: 121 y ss).

39 Resulta claro que estas reparaciones “especiales” quedan fuera de la responsabilidad patrimonial de la Administración; p. ej., SSTS de 18 de febrero de 1991 y de 1 de junio de 1999.

el Real Decreto-Ley 3/1979 (desarrollado por RD 484/1982), seguido de la Ley Orgánica 9/1984 (art. 24), la Ley 33/1987 (art. 64, desarrollado por RD 673/1992), la Ley 32/1999 (desarrollada por RD 1912/1999) y de la vigente Ley 29/2011 (desarrollada por RD 671/2013)<sup>40</sup>.

El DP no se pronuncia sobre si el derecho a la vida exige la reparación estatal en todos los casos de pérdida de aquélla por actos de particulares. Parece claro que no, ¿pero entonces nada tiene que ver este asunto con los derechos fundamentales? Recordemos una vez más que la función del DP no es otra que la garantía de los derechos fundamentales. En la respuesta a la queja 18010794, de 24 de julio de 2018, ni siquiera se razona en términos de derechos fundamentales, aunque (nuevamente) la recomendación bien podría reformularse en esa dirección. Veamos: aunque la Constitución no lo exige, el legislador ha decidido que en determinados casos la Administración repare a las víctimas del terrorismo, y así sucede en la Ley 29/2011, pero con unos requisitos tan estrictos que dejan fuera a quienes, dada la época en que sucedieron los hechos, no pudieron denunciar o acreditar el daño psicológico<sup>41</sup>.

La queja que motivó la actuación del DP fue presentada por un coronel retirado de la Guardia Civil que prestó sus servicios en la provincia de Vizcaya entre 1976 y 1985, y que vio denegada su solicitud de indemnización, por no cumplir los requisitos legales. El coronel adujo que en aquella época el entorno de miedo era tal que las víctimas raramente denunciaban las situaciones de acoso y amenazas que sufrían; además, antes de 1986, los Cuerpos de Seguridad no solían instruir diligencias policiales (y por tanto el asunto no llegaba a los tribunales) y en cambio aconsejaban a las víctimas que abandonaran su localidad de residencia. A su vez, la asistencia en salud mental no se integró en el servicio sanitario general hasta 1986, por lo que antes de esa fecha las víctimas de amenazas terroristas no pudieron aportar los informes psiquiátricos y psicológicos después exigidos por la ley.

El coronel estaba bien asesorado y se lo puso fácil al DP, proponiendo que los medios probatorios exigidos para la acreditación de las amenazas se ajustaran y acomodaran a los existentes en la época y momento en que la víctima sufrió la amenaza, mediante la adición a los tres supuestos del artículo 3 bis de la Ley (sentencia firme, diligencias judiciales o incoación de proceso penal) de un cuarto supuesto que recoja el derecho a “utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa” del 24.2 CE y la regla general del artículo 77 LPC, según el cual los hechos relevantes para la decisión de un procedimiento podrán acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en Derecho (el recurrente había aportado un recorte del diario EGUIN, de 23 de febrero de 1978, donde se publicaron amenazas contra él y su familia). Citó el coronel en el mismo sentido un Informe de la Abogacía General del Estado de 17 de octubre de 2014, que aunque tampoco razonaba en derechos fundamentales, afirmaba que el cambio legislativo estaría “razonablemente justificado”. Pues bien, sin

Sobre los supuestos de responsabilidad subsidiaria del Estado, véase el art. 121 CP. Desde luego, podría construirse una regla de responsabilidad subsidiaria del Estado para todos los casos de insolvencia del autor (civil o penal) del daño, pero aquí sí podríamos dar una cierta entrada al análisis económico del Derecho: nos acercáramos a la bancarrota del Estado, y en todo caso (y esto es más relevante), no parece justo cargar a este (léase a la colectividad) por la culpa de otros.

40 Para más detalles sobre esta evolución normativa, Pérez Rivas (2016: 157 y ss).

41 El artículo 5 de la Ley 29/2011 requiere acreditar que las amenazas terroristas fueran directas y reiteradas y que existiera sentencia firme, procedimiento penal incoado o diligencias judiciales sobre tales hechos. Para tener derecho a indemnización deberían además acreditar la existencia de daño psicológico mediante el correspondiente informe médico.

más argumentación, el DP concluye recomendando “valorar la procedencia de la reforma de la Ley 29/2011 [...], en la que recogiendo el criterio manifestado por la Abogacía del Estado, se incluya un nuevo inciso en el artículo 3 b) de la misma, que permita acreditar, mediante cualquier medio de prueba admitido en derecho, la condición de amenazado o coaccionado por actividad terrorista, aun cuando no exista sentencia firme, ni se hayan practicado diligencias judiciales ni incoado proceso penal”. El único argumento es por tanto el de la autoridad de la Abogacía del Estado, y esto no puede ser. Lo razonable puede ser un criterio, y la LODP lo viene a permitir como argumento, pero desde luego es poco contundente. ¿No habría sido posible argumentar en derechos fundamentales? Creo que sí, y con un doble razonamiento:

- 1) El art. 24 CE incluye el derecho a presentar cualquier medio de prueba. Algunas garantías del art. 24 CE son aplicables al procedimiento administrativo, y entre ellas el derecho a presentar cualquier medio de prueba, tal y como reconoce el art. 77 LPC<sup>42</sup>. Luego, limitar los medios de prueba en un determinado procedimiento administrativo vulnera el art. 24 CE.

El problema en todo caso no es de prueba sino de los requisitos legales para obtener la prestación. Aunque la prueba se admitiera, de poco serviría pues acreditaría un hecho considerado no resarcible por la ley. La argumentación debe discurrir entonces por los cauces del principio de igualdad (art. 14 CE):

- 2) Si la ley reconoce un derecho a la reparación, debe fijar su círculo de beneficiarios de forma no discriminatoria. Resulta discriminatorio para muchas de las víctimas anteriores a 1986 exigir unos requisitos casi imposibles de cumplir. Luego, exigir denuncia a las víctimas anteriores a 1986 vulnera su derecho fundamental a la igualdad.

Con este doble razonamiento, fundado en la vulneración de dos derechos fundamentales, la ley es inconstitucional por omisión parcial. No sería por tanto conveniente sino también necesario modificarla. El DP no puede hacerlo ya (por el transcurso del plazo) aunque podría hacerlo un juez planteando cuestión de inconstitucionalidad. En todo caso, no es lo mismo decir que el cambio legislativo propuesto es conveniente que decir que es necesario. Nótese por último que nuevamente de un caso particular (el del coronel retirado) se da el salto a la constatación de una vulneración estructural de derechos, y por tanto la recomendación es general (reforma legislativa), no particular.

## VI. Nuevas dimensiones de la religión e intimidad: banderas a media asta y divulgación de la homosexualidad

En relación con derechos “clásicos” defensivos, la actuación del DP puede resultar útil al abrir nuevas perspectivas, proponiendo soluciones menos formalistas que las habitualmente ofrecidas por los tribunales contencioso-administrativos, de haber llegado a ellos el caso. Veamos dos ejemplos, donde el razonamiento en principio podría adoptar una mejor perspectiva de derechos fundamentales, por encontrarse estos más claramente afectados:

42 El Tribunal Constitucional considera aplicable el derecho a la prueba en el procedimiento administrativo sancionador (p. ej., SSTC 2/1987 o 9/2018). En todo caso, aunque no fuera derecho fundamental, parece claro que es derecho subjetivo de rango legal.

1) La respuesta a la queja 17007488 (que consta también como “aceptada”), de 11 de mayo de 2018, es interesante, pues aquí el DP subjetiva un principio constitucional explícito<sup>43</sup> (“Ninguna confesión tendrá carácter estatal”), traducido como neutralidad religiosa del Estado, que puede ser exigido por los ciudadanos, luego (si nos atenemos a la función del órgano prescrita en el art. 54 CE) parece que nos encontramos ante un derecho fundamental<sup>44</sup>, aunque esto no se diga claramente. El asunto parte de la queja presentada por un grupo de militares contra la colocación a media asta de la bandera española, en establecimientos militares, durante la Semana Santa<sup>45</sup>. En esta ocasión el razonamiento es muy completo: tras citar el artículo 16.3 CE y alguna de la jurisprudencia que lo interpreta (quizás la selección no es muy acertada)<sup>46</sup>, así como la normativa aplicable<sup>47</sup>, el DP se plantea la cuestión de hecho señalada por el Tribunal Constitucional como clave para la solución de este tipo de conflictos: la bandera a media asta, ¿tiene una significación incompatible con el deber de neutralidad religiosa? Al respecto, el DP señala lo siguiente: “nadie puede sentir que, por motivos religiosos, el Estado le es más o menos próximo que a sus conciudadanos. Además, las Fuerzas Armadas están llamadas a identificarse con la sociedad española de la que forman parte y a la que sirven, y están constitucionalmente obligadas a

43 Se trata de un paso decisivo para la superación del positivismo o, mejor dicho, del formalismo jurídico: los principios son Derecho, y por tanto exigibles. Si además estos principios no se encuentran explicitados en el Derecho vigente, el avance es todavía mayor. Si no queremos acercarnos peligrosamente al iusnaturalismo, debemos extraer estos principios del mismo Derecho, como es el caso, y no de la Moral, aunque reconozco que la demarcación es sutil. Correctamente, García de Enterría y Fernández (2020a: 107-114).

44 Los derechos fundamentales existen si existe una norma constitucional que los reconoce con fórmulas tales como “se garantiza”, “se reconoce”, “todos tienen derecho a” u otras equivalentes, pero también cuando la jurisprudencia (o en su caso el DP) permite a una persona exigir algo a su favor, con apoyo en una norma de otro tipo, como un mandato a los poderes públicos e incluso un principio; en este último caso estaríamos hablando de subjetivación de un principio.

45 Tampoco esta vez encontramos un acto administrativo formalizado, y su única demostración es una nota de prensa de 26 de abril de 2018, donde se indicaba: “*como ya es tradicional en estas fechas, la bandera nacional ondeará a media asta desde las 14.00 horas del 29 de abril (Jueves Santo) hasta las 00.01 horas del 1 de abril (Domingo de Resurrección) en todas las unidades, bases, acuartelamientos militares, así como en la sede central del Ministerio de Defensa y las delegaciones territoriales del Departamento, tal y como se ha ordenado en las últimas décadas, con las excepciones puntuales de 2010 y 2011 en la sede del Ministerio de Defensa*”.

46 El DP cita las SSTC 5/1981 (Estatuto de Centros Escolares, FJ 9), 46/2001 (Secta Moon, FJ 4) y, sobre todo, 34/2011 (Patrona del Colegio de Abogados de Sevilla, FJ 4), donde el Tribunal Constitucional señaló que no basta con constatar el origen religioso de un signo identitario para que deba atribuírsele un significado actual que afecte a la neutralidad religiosa. La cuestión se centra en dilucidar, en cada caso, si ante el posible carácter polisémico de un signo de identidad, domina en él su significación religiosa en un grado tal que permita inferir razonablemente una adhesión del ente o institución a los postulados religiosos que el signo representa. Si atendemos al fallo de esta última sentencia, y de otras que podrían citarse, y en especial a la 177/1996, sobre una parada militar en honor a la Virgen (donde no se declaró inconstitucional este tipo de actos castrenses), tengo mis dudas de que el Tribunal Constitucional diera la razón a los militares recurrentes ante el DP, más teniendo en cuenta que no se les obligó a hacer nada.

47 La Ley 39/1981, sobre el uso de la bandera de España, establece que el “tratamiento y honores que deben ser prestados a la bandera de España se regirán por lo que reglamentariamente se disponga y en el caso de las Fuerzas Armadas, por sus disposiciones específicas” (art. 2.3). Debe acudirse entonces al Reglamento de Honores Militares (RD 684/2010), cuyo art. 3.2 preceptúa que no se rendirán honores salvo los fúnebres, y la bandera permanecerá izada a media asta ininterrumpidamente día y noche cuando el Gobierno decreta luto nacional. Y, en el artículo 36, se relacionan las personalidades con derecho a honores fúnebres militares. Sobre esta normativa, el DP concluye: “no se establece, en ninguno de los supuestos regulados, el izado de la bandera a media asta en Semana Santa”.

la neutralidad religiosa, en función de los intereses públicos que representan. Resulta por tanto más adecuado a la lógica de un Estado aconfesional prescindir de unos honores militares de tanto significado como es el izado de la bandera de España a media asta, en una festividad religiosa tan principal como es la Semana Santa". Parece entonces que se da el presupuesto de hecho identificado por el Tribunal Constitucional como violatorio del deber de neutralidad: la bandera a media asta en Semana Santa tiene un significado inequívocamente religioso<sup>48</sup>. Por ello, el DP recomienda "que, en lo sucesivo, las órdenes del izado a media asta de la bandera de España se ciñan exclusivamente a los supuestos previstos en el Real Decreto 684/2010"<sup>49</sup>. No se entiende por qué no dijo "que, en lo sucesivo, las órdenes de izado a media asta de la bandera de España respeten el artículo 16.3 C".

Como se advierte, la recomendación, que partió de una queja concreta en un establecimiento concreto, termina de nuevo teniendo un alcance general, pues se dirige a todos los establecimientos militares, y no a uno en particular: nuevamente, una medida estructural que difícilmente habría podido ser impuesta por los tribunales.

El razonamiento del DP es correcto, pero habría quedado más claro y completo así:

Existe un derecho fundamental a la neutralidad religiosa del Estado<sup>50</sup>.

Este derecho se ve afectado cuando el Estado emite un mensaje que implica adhesión a los postulados de una determinada religión.

El izado a media asta de la bandera de España en Semana Santa en establecimientos militares implica adhesión a los postulados de la religión católica.

La ley no prevé dicho izado.

Luego, el izado equivale a una violación del derecho fundamental a la neutralidad religiosa del Estado.

2) La recomendación de 25 de junio de 2020 responde a la queja 19008159, y se dirige a la Secretaría de Estado de Justicia, constando como "aceptada y no realizada". La cuestión clave en el caso es, para el DP, dilucidar "la posible afectación [rectius, vulneración] al derecho a la intimidad que causa la preceptiva publicación de edictos matrimoniales en los expedientes de autorización de matrimonio cuando los contrayentes son personas homosexuales". Por fin, el planteamiento comienza con la perspectiva de derechos fundamentales. Recuerda el DP que "los edictos son instrumentos de garantía que anuncian un casamiento para que todos los que tuviesen noticia de algún impedimento que pueda incidir en la celebración de dicho matrimonio puedan denunciarlo, de modo que el instructor pueda actuar en consecuencia. En las indicaciones

48 Aquí está el punto más discutible del caso: valorar este hecho como manifestación de la religión católica. Siguiendo este razonamiento, también la misma festividad de Jueves y Viernes Santo podría resultar inconstitucional.

49 Un tema colateral, que el DP no se plantea, es el alcance del principio de vinculación positiva de la Administración a la ley (en sentido amplio, pues aquí se trata de un reglamento): ¿puede la Administración, en este caso la Administración militar, hacer cosas que la ley no prevé?

50 Otro posible enfoque del problema es partir de la libertad religiosa, pero resulta demasiado forzado considerar que esta se ve afectada (el problema es la relevancia de la injerencia) por actos que ni impiden ni castigan ni dificultan ejercer las propias convicciones religiosas, ni siquiera en la faceta negativa de esta libertad. Otra opción, más correcta, habría sido entender que los entes públicos como tales no tienen libertad religiosa (o, mejor aún, libertad de expresión de ideas), y que por tanto los actos públicos a favor de una determinada religión son nulos, aunque no afecten a ningún derecho fundamental concreto de personas determinadas. En esta línea, aunque sobre libertad ideológica, puede verse la reciente STC 5/2021 (no vulnera la libertad de expresión prohibir a los presidentes de federaciones territoriales de fútbol -considerados entes públicos- manifestarse a favor de determinadas candidaturas).

aparecen expresamente la identidad de los contrayentes; su nombre, apellidos y DNI, fecha y lugar de nacimiento, nombre de los padres, nacionalidad y estado civil. El hecho de que no se mencione expresamente el sexo de los contrayentes no es óbice para que con los datos que se exigen se identifique fácilmente su orientación sexual”.

Veamos primero la normativa aplicable. Según el artículo 56 CC (redacción según Ley 15/2015), “Quienes deseen contraer matrimonio acreditarán previamente, en acta o expediente tramitado conforme a la legislación del Registro Civil, que reúnen los requisitos de capacidad y la inexistencia de impedimentos o su dispensa”. Por su parte, el artículo 243 del Reglamento del Registro Civil de 1958 (redactado por RD 1917/1986) señala: “Se publicarán edictos o proclamas por espacio de quince días exclusivamente en las poblaciones en cuya demarcación hubiesen residido o estado domiciliados los interesados en los dos últimos años y que tengan menos de 25.000 habitantes [...]. Los edictos anunciarán el casamiento con todas las indicaciones contenidas en el artículo 240 y con el requerimiento a los que tuviesen noticia de algún impedimento para que lo denuncien”.

El DP considera esta normativa desfasada, pensada para “una sociedad pretecnológica, en la que no había suficientes medios técnicos para desarrollar una gestión segura y rápida en los pequeños municipios de los datos personales registrados y custodiados por los Registros públicos”. Recuerda que la Ley 20/2011 realizó una importante modernización del Registro Civil (recientemente mejorada en la Ley 6/2021), fortaleciendo su carácter electrónico y las herramientas tecnológicas para la gestión más segura de los asientos registrales, prestando además especial protección a la intimidad de la persona. Con esta reforma “se facilita a los instructores de los expedientes el acceso a la información necesaria para, por ejemplo, celebrar un matrimonio en un pequeño municipio, respetando las normas de elaboración de expedientes matrimoniales y siendo respetuosos con la intimidad de los contrayentes, en especial en aquellos casos en los que se pueda generar dificultades, cuando la publicación de los edictos matrimoniales pueda implicar la revelación no deseada de la orientación sexual de los contrayentes”. El DP concluye recomendando a la Secretaría de Estado: “1) Que adopte las medidas administrativas que sean necesarias para facilitar la elaboración de expedientes matrimoniales más respetuosos con la intimidad de los contrayentes; 2) Que se haga uso de la iniciativa legislativa del Gobierno para reformar y actualizar el Reglamento del Registro Civil en relación con la exigencia de publicación de edictos matrimoniales en pequeñas poblaciones, y que se permita que, siempre que sea posible y de forma prioritaria, el instructor del expediente matrimonial verifique los requisitos de capacidad y la inexistencia de impedimentos o su dispensa de los contrayentes, a través de la consulta a los recursos técnicos puestos a disposición por los propios sistemas registrales”. Como se advierte, la recomendación 1 es ambigua, y seguramente innecesaria si se cumpliera la recomendación 2. Esta última es técnicamente incorrecta (debió decirse, “iniciativa reglamentaria”), y resulta poco contundente, pues el DP no se define sobre el problema de fondo que él mismo planteó al comienzo (la publicación en edictos, ¿afecta o vulnera el derecho a la intimidad?). Parece así que la reforma sería meramente aconsejable, pero a mi juicio debió haberse dicho que resultaba necesaria. En realidad, nuevamente falta toda argumentación sobre el derecho fundamental implicado, en este caso la intimidad. La celebración de un futuro matrimonio, ¿es un dato íntimo? No creo que esto pueda afirmarse con carácter general, a la luz de los usos sociales a los que remite el artículo 2.1 de la Ley Orgánica 1/1982: la inmensa mayoría de las personas no ocultan si están casadas o no. Definir qué sea la intimidad no

debería quedar al arbitrio de cada persona sino definirse con criterios objetivos<sup>51</sup>, aunque estos puedan evolucionar. Tampoco el Tribunal Constitucional es muy claro al respecto: define frente a qué protege la intimidad (el “conocimiento de los demás” o “la curiosidad ajena”) pero no qué datos son los protegidos por la intimidad; al final, lo más relevante son “las pautas de nuestra cultura”, y a partir de ahí, la jurisprudencia va seleccionando, en una especie de lista abierta, qué datos pueden considerarse íntimos (y cuáles no), porque (entiendo) una amplia mayoría de personas no querría que se divulgaran, y por tanto protegidos por el derecho fundamental. La orientación sexual puede objetivamente considerarse un dato íntimo<sup>52</sup>: habrá personas (y cada vez más), por ejemplo, a quienes no importe que se sepa que son homosexuales (“salir del armario”), pero habrá otras que prefieren mantener esto en secreto, y hay que respetarlo.

De esta forma, la publicación en edictos, aunque tras las modificaciones tecnológicas del Registro pueda ser innecesaria, no vulnera en sí misma la intimidad, solo si los futuros contrayentes son homosexuales. No parece que quepa una recomendación interpretativa del artículo 243 del Reglamento del Registro Civil, pues el precepto se formula en términos imperativos y no prevé excepciones. Tal y como está redactado, vulnera el derecho a la intimidad de las personas homosexuales, aunque estas bien podrían renunciar a él<sup>53</sup>. Por tanto, lo procedente habría sido proponer una reforma reglamentaria, pero no como mera sugerencia sino como obligación constitucional. Por un lado, puede ser aceptable dejar al Ministerio una cierta discrecionalidad, pero en casos tan claros como este, no estaría de más ayudarlo a redactar de manera correcta la norma.

Reconstruyendo el razonamiento del DP en términos de derechos fundamentales, la recomendación podría haber quedado así:

La divulgación, aunque indirecta, de la condición homosexual de una persona, afecta a su derecho a la intimidad.

El art. 243 del Reglamento del Registro Civil, en tanto impone la publicación sin excepciones, por edictos y en poblaciones de menos de 25.000 habitantes, de la futura celebración de un matrimonio afecta al derecho a la intimidad de las personas homosexuales.

Dicha afectación no está prevista en norma con rango de ley y carece hoy día de justificación, dada la informatización del Registro Civil; en todo caso, no sería proporcionada, pues existen otros medios para asegurar el objetivo de la norma, que es garantizar el cumplimiento de los requisitos para contraer matrimonio.

Luego, el art. 243 del Reglamento del Registro Civil es inconstitucional por

51 Estos dos criterios de determinación del concepto de intimidad son denominados por Díez-Picazo (2013: 281-282), respectivamente formal y material. Apuesta, con nuevos argumentos, por el segundo, y observa que es el “predominantemente” seguido por el Tribunal Constitucional.

52 Así viene a afirmarse, con poco atinada argumentación, en la ya citada STC 99/2019, FJ 4 b). La jurisprudencia del TEDH es ya prolija, pero se refiere a la vida privada (como derecho de libertad) y no a la intimidad propiamente dicha; para un recuento, Arzo (2015: 377-387). Son más concretas sobre la afectación a la intimidad de la revelación de la orientación sexual del perjudicado las SSTs (Civil) 600/2012, 666/2014, 280/2015, 605/2015 o 684/2020, en todas ellas dando por hecho esta afectación, sin mayor esfuerzo argumentativo. Por su parte, la STS 480/2019 considera que hay afectación, pero no vulneración del derecho a la intimidad.

53 El tema de la renuncia de derechos fundamentales sigue sin estar claro. Por lo general, la jurisprudencia viene a admitirla, aunque muchas veces con matices, si se trata de una renuncia (o decisión de no ejercer el derecho) en casos concretos, nunca con carácter general. P. ej., sobre la renuncia al derecho de huelga, SSTC 11/1981, 38/1990, 145/1992, 189/1993, 332/1994 o 51/2003. En la doctrina, apenas contamos con un apunte de debate en Frumer y Villaverde (2013). Por mi parte, soy partidario de admitir la renuncia con carácter general, pues por definición los derechos se ejercen cuando su titular quiere ejercerlos.

omisión relativa (no prevé excepciones para las personas homosexuales que no deseen dar a conocer su orientación sexual), debiendo adicionarse al precepto la siguiente frase: “Los futuros contrayentes que deseen preservar el secreto de su orientación sexual podrán solicitar la exención de la publicación por edictos del anuncio del casamiento”.

### **Bibliografía**

- Antón García, L. (2013). *Violencia de género y mujeres inmigrantes* (tesis doctoral). Barcelona: Universidad Pompeu Fabra.
- Arlettaz, F. y Gracia Ibáñez, J. (2020). La investigación en derechos humanos desde la sociología jurídica. En C. De La Cruz-Ayuso, y otros, *La investigación en derechos humanos. Posición y método*. Cizur Menor: Aranzadi.
- Arzoz Santisteban, X. (2015). Artículo 8. Derecho al respeto de la vida privada y familiar. En I. Lasagabaster Herrarte (dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*. Cizur Menor: Civitas. 3ª ed.
- Belda Pérez-Pedrero, E. (2004). Transexualidad y derechos fundamentales: protección integral sin la utilización del factor sexo como diferencia. *Cuadernos de Derecho público*, 21, 127-161. Disponible en: <https://revistasonline.inap.es/index.php/CDP/article/view/707>
- Carretero Sanjuán, M. (2020). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ante la violencia contra la mujer. *Anales de Derecho de la Universidad de Murcia*, 1, 1-26. Disponible en: <https://doi.org/10.6018/analesderecho.452691>
- Díez-Picazo, L. (2013). *Sistema de derechos fundamentales*. Cizur Menor: Civitas. 4ª ed.
- Elvira, A. (2013). Transexualidad y derechos. *Revista General de Derecho Constitucional*, 17.
- Escobar Roca, G. (2008). *Defensorías del Pueblo en Iberoamérica*. Cizur Menor: Aranzadi.
- Escobar Roca, G. (2010). Interpretación y garantía de los derechos fundamentales por el Defensor del Pueblo: análisis empírico, reconstrucción teórica y propuesta de futuro. *Teoría y Realidad Constitucional*, 26, 229-258. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/trc.26.2010.6921>
- Escobar Roca, G. (2012). *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*. Cizur Menor: Aranzadi.
- Escobar Roca, G. (2017). *Manual de derechos e intervenciones y sistematización de recomendaciones*. Alcalá de Henares: PRADPI. Disponible en [http://pradpi.es/documentos\\_trabajo/DT24\\_Escobar\\_Codigo.pdf](http://pradpi.es/documentos_trabajo/DT24_Escobar_Codigo.pdf)
- Escobar Roca, G. (2018). *Nuevos derechos y garantías de los derechos*. Madrid: Marcial Pons.
- Escobar Roca, G. (2019). Investigación en derechos humanos. En *Argumentación e investigación en derechos humanos*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Escobar Roca, G. (2021). Preparando la RC tras la pandemia (A propósito del incumplimiento del derecho a la vida e integridad de los profesionales sanitarios, STS 1.271/2020). *Revista de Responsabilidad civil, circulación y seguro*, 57-1, 6-29.
- Fariñas Dulce, M. J. (1994). Sociología del Derecho versus análisis sociológico del Derecho, *Doxa* 15-16, 1013-1023. Disponible en: <https://doi.org/10.14198/DOXA1994.15-16.51>
- Fruer, P. y Villaverde Menéndez, I. (2013). *La renunciabilidad de los derechos fundamentales y de las libertades públicas*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo.

- García de Enterría, E. y Fernández, T. R. (2020a). *Curso de Derecho administrativo I*. Cizur Menor: Civitas. 19ª ed.
- García de Enterría, E. y Fernández, T. R. (2020b) *Curso de Derecho Administrativo II*. Cizur Menor: Civitas, 16ª ed.
- Garrido Mayol, V. (2013). La reparación a las víctimas del terrorismo: de la responsabilidad a la solidaridad. En A. Català i Bas y F. García Mengual (coords.), *El reconocimiento de las víctimas del terrorismo a través de la legislación y la jurisprudencia* (pp. 119-139). Universidad de Valencia.
- Gómez Fernández, I. (2019). Qué nos enseña el caso de Ángela González Carreño sobre el recurso al derecho internacional de los derechos humanos en los procedimientos ordinarios. *Revista Aranzadi Doctrinal*, 7, 1-7.
- Hertogh, M. y Kirkham, R. (2018). An agenda for future research: towards a general ombuds-science. En *Research Handbook on the Ombudsman*. Cheltenham: Edward Elgar.
- Kucsko-Stadlmayer, G. (2008), *European Ombudsman-Institutions*. Viena: Springer.
- Medina Alcoz, L. (2016). *Libertad y autoridad en el Derecho administrativo*. Madrid: Marcial Pons.
- Mella Méndez, L. (2013). El tratamiento de la víctima de violencia de género en la normativa española de extranjería. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 1-1, 1-35.
- O'Brien, N. (2018). Ombudsmen and public authorities: a modest proposal. En M. Hertogh, y R. Kirkham, *Research Handbook on the Ombudsman*. Cheltenham: Edward Elgar.
- Ovejero Lucas, A. M. (2019). España. En FEDERACIÓN IBEROAMERICANA DE OMBUDSMAN, *XVII Informe sobre derechos humanos: violencia de género*. Madrid: Trama.
- Palau Altarriba, X. (2016). *Identidad sexual y libre desarrollo de la personalidad (tesis doctoral)*. Universidad de Lleida.
- Pérez Rivas, N. (2016). Las ayudas compensatorias a las víctimas de terrorismo: análisis de la Ley 29/2011 y su reglamento de desarrollo. *Estudios de Deusto*, 64 (2), 157-188. Disponible en [http://dx.doi.org/10.18543/ed-64\(2\)-2016pp157-188](http://dx.doi.org/10.18543/ed-64(2)-2016pp157-188)
- Ponce Solé, J. (2012). *El ejercicio privado de funciones públicas en el moderno derecho público: la supervisión por los Ombudsmen de los privados a propósito del nuevo papel del Defensor catalán*. Alcalá de Henares: PRADPI.
- Ponce Solé, J. (2019). El Ombudsman y el derecho a la ciudad. En G. Escobar Roca (coord.), *Las Defensorías del Pueblo iberoamericanas ante la Agenda 2030*. Alcalá de Henares: PRADPI.
- Soro Mateo, B. (2006). Terrorismo y responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. *Anales de Derecho de la Universidad de Murcia*, 24, 251-266. Disponible en: <https://revistas.um.es/analesderecho/article/view/57891>
- Vidal Martínez, J. (1989). ¿Se incluye el cambio de sexo (transexualidad) en el libre desarrollo de la personalidad al que se refiere el artículo 10.1 de la Constitución española? *Revista General de Derecho*, 534, 987-1029.



# Problemática constitucional del pin parental frente a la educación sexual y de género<sup>1</sup>

## *Constitutional conflict of pin parental against sexual and gender education*

**SERGIO SIVERIO LUIS**

Profesor Ayudante de Derecho Constitucional.  
Universidad de La Laguna.  
ssiverio@ull.edu.es

DOI: <https://doi.org/10.7203/cc.2.21452>

Fecha de recepción: 19/08/2021

Fecha de aceptación: 06/10/2021

### **Resumen**

El establecimiento de la autorización familiar expresa para participar en actividades complementarias por parte del gobierno autonómico de la Región de Murcia ha generado una polémica controversia que cuestiona la conformidad de la medida con el ordenamiento jurídico y con el marco constitucional. El denominado pin parental pone el foco en las actividades complementarias de educación sexual y de género que se imparten en las escuelas públicas, por cuanto podrían vulnerar el derecho de las familias a educar de acuerdo con sus propias convicciones, debiendo ser voluntarias para el alumnado. En este trabajo, abordaremos la problemática constitucional del pin parental con respecto a la educación sexual y de género, para fundamentar jurídicamente si es compatible o no con la Constitución.

### **Palabras clave**

Pin parental; educación sexual; familias; infancia; adolescencia; menores; educación; ideario educativo constitucional.

### **Abstract**

*The establishment of mandatory family authorization to participate in complementary activities by the Region de Murcia has generated a legal controversy, which questions its compliance with the legal system and the current constitutional framework. The so-called parental pin focuses on the complementary sexual and gender education activities that are taught in schools, since they could violate the right of families to educate children and adolescents in accordance with their own convictions and should be volunteers for the students. In this investigation, we will address the constitutional problem of the parental pin with respect to sexual and gender education, to legally substantiate its compatibility or not with the Constitution.*

### **Keywords**

*Parental pin; sexual education; education; family; childhood; adolescence; underage; education; constitutional educational ideology.*

---

<sup>1</sup> Este trabajo es parte del proyecto de I+D+i "Vulnerabilidad, precariedad y brechas sociales. ¿Hacia una redefinición de los derechos fundamentales?" (PID2020-114718RB-I00), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación y la Agencia Estatal de Investigación (10.13039/501100011033).

## Sumario

**I. Introducción. – II. Controversia del *pin* parental y régimen jurídico de las actividades complementarias. 1. Antecedentes del *pin* parental en la Región de Murcia y estado de la cuestión. 2. El régimen jurídico de las actividades complementarias en el sistema educativo. – III. El encaje jurídico constitucional de la educación sexual y de género. 1. El derecho fundamental a la educación y sus fines constitucionales. 2. El reconocimiento del derecho a la educación sexual y de género en el plano internacional y la legislación estatal. 3. La educación sexual y de género como parte del ideario educativo constitucional: límites y garantías para las familias. – IV. Conflictos relativos a la titularidad y ejercicio de los derechos educativos. 1. Las personas menores como titulares del derecho fundamental. 2. La posición singular de las familias para decidir la formación religiosa y moral de la infancia. – V. Conclusiones. *Bibliografía.***

### I. Introducción<sup>2</sup>

El derecho fundamental a la educación proclamado en el artículo 27 de la Constitución Española ha sido objeto de numerosas discusiones políticas y doctrinales en nuestra reciente historia constitucional, fruto de la tradicional tensión entre el denominado «ideario educativo constitucional»<sup>3</sup> (art. 27.2 CE) y la libertad de enseñanza moral y religiosa de las familias<sup>4</sup> (art. 27.3 CE). Un conflicto que también estuvo presente en el proceso constituyente y que alumbró un precepto constitucional peculiar y especialmente largo (Cotino Hueso, 2012: 6).

La más reciente de estas discusiones ha girado en torno al denominado «*pin* parental»<sup>5</sup>, una medida que supone la obligatoriedad de autorización familiar expresa para que el alumnado pueda asistir a actividades complementarias de diversas temáticas, entre ellas sobre educación sexual. En este trabajo abordaremos la problemática de la implementación del *pin parental* en la Región

---

2 Este artículo es una adaptación del trabajo de fin del Máster en Derecho Constitucional de la Universitat de València, fue dirigido por el Profesor Dr. Cotino Hueso y se han incorporado las valiosas sugerencias del profesorado que integró el tribunal, a quienes quiero agradecer sus aportaciones y consejos.

3 Expresión acuñada por TOMÁS Y VALIENTE en el voto particular a la STC 5/1981, de 13 de febrero.

4 Se ha decidido usar lenguaje jurídico inclusivo, por la importancia de incluir a las mujeres y otros colectivos oprimidos, lo que es defendido cada vez más por la doctrina y avalado por la Red Feminista de Derecho Constitucional. Cfr. Sevilla Merino (2018: 81) y Marrades *et al.* (2019: 127).

5 Denominado así metafóricamente, en alusión a la contraseña que las familias pueden crear en dispositivos digitales para evitar que las personas menores accedan a algunos contenidos (Rey Martínez, 2021: 22).

de Murcia, que puede replicarse en otras Comunidades y analizaremos si es conforme a la Constitución.

Así, trataremos de aportar una fundamentación jurídica que nos permitirá evaluar la admisibilidad de una medida que apela a consensos constitucionales (Teruel Lozano, 2020) y es objeto de controversias políticas, por lo que se requiere para su resolución de argumentos científicos rigurosos que trasciendan la guerra partidista. Y ello para abordar un conflicto abierto en el que las personas menores vuelven a ser las grandes damnificadas como titulares del derecho a la educación, a las que rara vez se escucha como protagonistas de la formación que reciben y que, a mi juicio, requieren que les prestemos toda nuestra atención para zanjar la polémica –artificial o real– del *pin parental*.

## II. Controversia del *pin parental* y régimen jurídico de las actividades complementarias

### 1. Antecedentes del *pin parental* en la Región de Murcia y estado de la cuestión

El *pin parental* es una iniciativa del partido político VOX, incluida en su programa para las Elecciones Autonómicas de 2019 y una de sus condiciones para apoyar la investidura de gobiernos autonómicos en la Región de Murcia, Andalucía o la Comunidad de Madrid. A lo largo de la legislatura, además, se presentaron mociones en los parlamentos autonómicos en las que puede extraerse que el *pin parental* consiste en informar a las familias «a través de una autorización expresa, sobre cualquier materia, charla, taller o actividad que afecte a cuestiones morales socialmente controvertidas o sobre la sexualidad, que puedan resultar intrusivas para la conciencia y la intimidad de sus hijos, de tal modo que como padre o madre pueda conocerlas y analizarlas de antemano, reflexionar sobre ellas y, en base a ello, dar consentimiento —o no— para que su hijo asista a dicha formación» (Climent Gallart, 2020: 105)<sup>6</sup>.

En la Región de Murcia la polémica medida, integrada al acuerdo de gobierno suscrito por el PP y Ciudadanos, se implementó con las Resoluciones de la Consejería de Educación, de 29 de agosto de 2019, que establecían las instrucciones de inicio del curso 2019-2020 en los distintos niveles (Teruel Lozano, 2021). Así, se establecía que en las actividades complementarias impartidas por personal externo al centro «se dará conocimiento a las familias [...] con objeto de que puedan manifestar su conformidad o disconformidad con la participación de sus hijos menores en dichas actividades». Para Climent Gallart (2020), el *pin parental* supone «la potestad de los padres de vetar la asistencia de sus hijos a cualesquiera actividades escolares que puedan afectar a la sexualidad o a la moral, y que resulten intrusivas para la conciencia y la intimidad de los menores».

El establecimiento de esta medida encontró la oposición tajante del Ministerio de Educación del Gobierno de España, que cuestionó su constitucionalidad y requirió oficialmente su retirada. Ante la falta de respuesta al requerimiento, se interpuso un recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Murcia (TSJM), que suspendió cautelarmente el *pin parental* por cuanto una sentencia estimatoria «podría quedar carente de virtualidad»,

6 Dichas mociones se han presentado -y rechazado- en parlamentos autonómicos como los de la Comunidad Valenciana, Principado de Asturias, Cantabria o la Comunidad de Madrid, entre otros.

causando el perjuicio de la posible «no realización por los alumnos de una actividad obligatoria por no autorizarlo sus padres y madres, con la consiguiente no evaluación de la misma»<sup>7</sup>. Sin embargo, el TSJM no se pronunció sobre el fondo del recurso, que fue archivado ante la finalización del curso por la crisis del coronavirus, con la imposibilidad de aplicación de la normativa<sup>8</sup>.

El *pin parental* divide a la doctrina científica del Derecho (Álvarez Rodríguez, 2020). De un lado, Teruel Lozano (2021) rechaza los argumentos del Gobierno estatal y señala que éste es un asunto «abierto al juego democrático», sin que exista una vulneración del derecho a la educación, si bien puntualiza que la regulación tiene una base jurídica frágil, que se debía circunscribir a menores sin madurez suficiente y que el silencio debía ser positivo. En el mismo sentido, Contreras Mazarío (2021: 108) entiende que, si bien el Tribunal Supremo ha dicho que no existe un derecho general de objeción de conciencia el *pin parental* se enmarca en un claro supuesto de objeción. Sin embargo, entiende que se ha generado un inadecuado problema de seguridad jurídica, por haberse implementado a través de una norma reglamentaria que contradice la legislación autonómica, lo que podría resolverse con la *interpositio legislatoris*, mediante una norma con rango de ley.

Por otro lado, Climent Gallart (2020: 120), siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), indica que el *pin parental* podría contradecirla, por cuanto «el derecho parental a que los hijos reciban una educación de acuerdo con sus propias convicciones no impide que los Estados puedan impartir, a través de la enseñanza, información o conocimientos que, de modo directo o indirecto, puedan tener un reflejo religioso o filosófico». También han cuestionado su constitucionalidad Pérez-Royo (2020), Salazar Benítez (2020), Suárez Llanos (2020), Gómez Abeja (2021) o Valero Heredia (2020). Por su parte, Rey Martínez (2021: 23) ha señalado que el *pin parental* es un «magnífico ejemplo de la artificiosidad del problema planteado», por cuanto es una cuestión que no genera ningún conflicto en la práctica diaria de los centros.

La controversia del *pin parental* sigue estando de máxima actualidad, tanto en la Región de Murcia como en otras Comunidades con gobiernos sostenidos por VOX, que ha exigido su implantación para la aprobación de los presupuestos. Por lo que respecta a la primera, las instrucciones de inicio del curso 2021-2022<sup>9</sup> no contemplan como tal el *pin parental*, pero recientes acontecimientos políticos apuntarían a su implementación. Por lo tanto, todo parece indicar que este conflicto jurídico seguirá estando de actualidad y que el Tribunal Constitucional podría pronunciarse sobre ello en el futuro.

## 2. El régimen jurídico de las actividades complementarias en el sistema educativo

El *pin parental* ha estado dirigido a dispensar la asistencia de las personas menores a las actividades complementarias impartidas en centros docentes por personal externo, que podríamos enmarcar en la educación no formal (Cotino Hueso, 2012: 62). Pues bien, para Teruel Lozano (2021: 7), «solo una adecuada

7 Nota de prensa del TSJM, 12 de marzo de 2020. Disponible en: <https://bit.ly/3rGk1wt>.

8 El Tribunal Superior de Justicia de Murcia archiva el recurso contra el veto parental porque el curso ha terminado. *El País*, 15-07-2020. Disponible en: <https://bit.ly/2OdpWj>.

9 Las resoluciones de la Consejería de Educación, de 23 de julio de 2021, recogen un aumento de las obligaciones de información a las familias sobre el contenido de las actividades complementarias, fórmula similar a la implementada en la Comunidad de Madrid.

delimitación del régimen jurídico de estas actividades complementarias permite valorar con precisión» la viabilidad de implantar legalmente el *pin parental*, aunque matiza que dicho régimen dista de ser claro.

El Real Decreto 1694/1995, de 20 de octubre, en el ámbito de la educación concertada, indica que las actividades complementarias son «las establecidas por el centro con carácter gratuito dentro del horario de permanencia obligada de los alumnos en el mismo y como complemento de la actividad escolar»<sup>10</sup>. Así, la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (LOE), señala en su artículo 121 que los centros podrán organizar actividades complementarias en uso de su autonomía pedagógica, organizativa y de gestión y que deberán incluirse en su programación general anual (art. 125 LOE), garantizando la participación de la comunidad educativa en la programación de la enseñanza (art. 27.5 CE).

En cuanto al marco competencial, el artículo 149.1.30º. de la Constitución fija que el Estado tiene la competencia exclusiva en la regulación de las «normas básicas para el desarrollo del artículo 27», por lo que la competencia de las Comunidades Autónomas vendrá definida negativamente una vez fijado el alcance de este precepto (Cotino Hueso, 2012: 303)<sup>11</sup>. Así, todas las materias reguladas por Ley Orgánica tienen carácter básico, pero no todas las normas básicas han de ser aprobadas por Ley Orgánica (Díaz Revorio, 2002: 165), por lo que debemos analizar el carácter orgánico o no de los preceptos que regulan materia educativa por el Estado para desentrañar el margen de regulación de las Comunidades Autónomas. En este sentido, el artículo 6.4.b) de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación (LODE), establece como un deber básico del alumnado «[p]articipar en las actividades formativas y, especialmente, en las escolares y en las complementarias gratuitas»<sup>12</sup>.

Este precepto fue incorporado al ordenamiento a través de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, en virtud del apartado tercero de la Disposición Final Primera, que tiene rango de Ley Orgánica, según establece la Disposición Final Séptima de la LOE<sup>13</sup>. De esta forma, el precepto que establece el deber de participar en las actividades complementarias tiene carácter orgánico. Por lo tanto, si se debe excluir de la regulación autonómica la materia que tenga carácter orgánico (Cotino Hueso, 2012: 307), las Comunidades Autónomas no podrán suprimir a través de su legislación ordinaria el deber básico del alumnado de participar en las actividades complementarias gratuitas, pues esta obligación viene definida en un artículo con rango de ley orgánica<sup>14</sup>.

Así, entendemos que existe un deber jurídico del alumnado de participar en las actividades complementarias gratuitas, no así en las que supongan un desembolso dinerario, que son voluntarias para que no exista discriminación

10 La norma que regula los currículos de la Región de Murcia expresa que estas actividades son las «planificadas por los departamentos que utilicen espacios o recursos diferentes al resto de actividades ordinarias de la materia, aunque precisen tiempo adicional del horario no lectivo para su realización».

11 Para un desarrollo más profundo de la cuestión, véase Díaz Revorio (2002: 159 y ss.).

12 El artículo 6.1 de la LODE señala además que «[t]odos los alumnos y alumnas tienen los mismos derechos y deberes, sin más distinciones que las derivadas de su edad y del nivel que estén cursando».

13 La LO 3/2020, de 29 de diciembre, ratifica el carácter orgánico de la disposición que reforma la LODE.

14 Hay que tener en cuenta la flexibilización realizada por el Tribunal Constitucional (STC 137/1986, de 6 de noviembre) sobre las «materias conexas», en las que se permitiría a las Comunidades Autónomas con competencias asumidas entrar a regular, pero entendemos que no podrían contravenir el contenido de una materia con rango de Ley Orgánica regulada por el Estado (Díaz Revorio, 2002: 163-165).

por motivos económicos (Gómez Abeja, 2021: 9). En sentido contrario, Teruel Lozano (2021: 7) entiende que, de una interpretación sistemática se desprende que todas las actividades complementarias son voluntarias, exista o no coste económico. En cualquier caso, a mi juicio, parece una interpretación jurídica forzada y que contravendría el sentido mismo de un precepto con carácter orgánico que establece expresamente como deber del alumnado el de participar en las actividades «complementarias gratuitas». Si se ha excluido expresamente de este deber aquellas que supongan un desembolso económico y se han mantenido las gratuitas, subsiste la obligación jurídica de participar en ellas.

Así, podemos llegar a una primera conclusión en virtud de la cual las resoluciones que implementaron el *pin parental* en la Región de Murcia contravenían la legislación orgánica estatal, al establecer una dispensa familiar para la asistencia a las actividades complementarias por parte del alumnado, una obligación jurídica que no puede ser exceptuada, mucho menos con una norma reglamentaria<sup>15</sup>. Pero es que, además, las normas que implementaron el *pin parental* no solo eran contrarias a la legislación estatal, sino que vulneraron la normativa autonómica (Teruel Lozano, 2021: 8). En efecto, a diferencia de lo que sucede en otras Comunidades (Gómez Abeja, 2021: 10), la norma que establece los currículos de la Región de Murcia<sup>16</sup>, dispone expresamente que las actividades complementarias son «evaluables a efectos académicos y obligatorias»<sup>17</sup>.

En suma, a nuestro juicio, cualquier norma autonómica que establezca el *pin parental* estará atentando directamente contra la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, por cuanto éstas no pueden regular el estatuto jurídico de derechos y deberes básicos de la comunidad educativa, ni mucho menos contravenir el contenido de un precepto de carácter orgánico a través de una ley ordinaria autonómica<sup>18</sup>. La asistencia a las actividades complementarias gratuitas es un deber básico del alumnado, por lo que el establecimiento de una dispensa familiar por parte de una Comunidad Autónoma –ya sea a través de una norma legal o reglamentaria– constituye una vulneración de la legislación orgánica que establece dicho deber jurídico e incorpora una objeción de conciencia encubierta que podría ser contraria a la Constitución.

---

15 Da igual el recurso jurídico que se use para implantar el *pin parental*, incluso una norma con rango de ley, pues vulneraría la Ley Orgánica, en una competencia exclusiva del Estado (Gómez Abeja, 2021: 11).

16 Decretos nº. 198/2014, de 5 de septiembre (art. 25.3f), 220/2015, de 2 de septiembre (art. 33.3.e) y 221/2015, de 2 de septiembre (art. 26.3.e). Debemos señalar que se abrió una consulta pública para la modificación de los Decretos para establecer el *pin parental* (Gómez Abeja, 2021: 3).

17 Además, señala que «tendrán carácter voluntario para los alumnos aquellas que [...] precisen aportaciones económicas de las familias», lo que ratifica la obligatoriedad de las actividades gratuitas.

18 En ese caso se produciría una quiebra del principio de igualdad (art 6.1 LOPE) en función de la Comunidad Autónoma en la que residan, sin perjuicio de la vulneración material del art. 27 CE.

### III. El encaje jurídico constitucional de la educación sexual y de género

#### 1. El derecho fundamental a la educación y sus fines constitucionales

Antes de profundizar en el análisis sobre la constitucionalidad del *pin parental*, nos detendremos en algunos aspectos generales del derecho a la educación, proclamado en el artículo 27 de la Constitución Española. Se trata de un precepto especialmente amplio, sin duda el más largo de los que regulan derechos fundamentales (Cotino Hueso, 2012: 8), que es fruto del consenso logrado en el proceso constituyente, no exento de conflicto, pues fue uno de los más polémicos de la Constitución (Alzaga Villaamil, 2016: 199)<sup>19</sup>. En este artículo se consiguió que confluyeran dos posiciones distintas sobre este derecho fundamental (Contreras Mazarío, 2020: 83), motivo por el que se proclama el derecho a la educación, junto con el reconocimiento de la libertad de enseñanza<sup>20</sup>. Pues bien, más allá de la discusión doctrinal sobre si este precepto incorpora varios derechos subjetivos autónomos<sup>21</sup> o si se trata de un único derecho fundamental de contenido complejo (Aláez Corral, 2011: 94-98)<sup>22</sup>, su redacción reproduce la de los instrumentos internacionales de derechos humanos<sup>23</sup>. En este sentido, resulta muy relevante el recurso de concreción interpretativa que se concede al derecho internacional de los derechos humanos, en virtud del artículo 10.2 de la Constitución (Saiz Arnáiz, 1999), por lo que la jurisprudencia de órganos como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Comité Europeo de Derechos Sociales o las observaciones del Comité de los Derechos del Niño resulta de vital importancia.

En particular, el artículo 27.2 de la Constitución establece que la educación «tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales». Este apartado sigue especialmente la senda de instrumentos internacionales de derechos humanos, lo que es una práctica habitual en el Derecho Comparado (Aláez Corral, 2011: 98-105)<sup>24</sup>. Existe división doctrinal sobre si se trata de una cláusula de «democracia militante» (Fernández-Miranda Campoamor, 2007: 150), pues se entiende que la Constitución toma partido e incurre en una cierta pérdida de neutralidad en su redacción (Aláez Corral,

19 Para un análisis más profundo del citado consenso constituyente, véase Nogueira (1988: 67-76).

20 Así, no nos debe resultar extraño que este derecho fundamental sea objeto de conflictos jurídico-políticos como el del *pin parental*, que, a juicio de Contreras Mazarío (2020: 81-82), es un ejemplo perfecto de cómo colisionan las dos visiones sobre educación y enseñanza presentes a lo largo de la historia.

21 Como defienden Cotino Hueso (2012: 8); Contreras Mazarío (2020: 83-84); o Díaz Revorio (2002: 23).

22 El Tribunal Constitucional (STC 86/1985, de 10 de julio, FJ 3º), alineado con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH, de 7 de diciembre de 1976, FJ 50º), entiende las facultades incorporadas en el artículo 27 como una unidad, que se conectan mutuamente entre sí, en una relación de interdependencia.

23 Véanse el art. 26 Declaración Universal de los Derechos Humanos; arts. 13 y 14 del Pacto Internacional por los Derechos Económicos, Sociales y Culturales; arts. 28 y 29 de la Convención sobre Derechos del Niño; art. 2 del Protocolo Adicional nº. 1 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos; o incluso el art. 30 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, entre otras normativas.

24 Como ejemplos, véanse el art. 24.3 de la Constitución de Bélgica, art. 73.2 de la Constitución de Portugal, art. 16.2 de la Constitución de Grecia, o el art. 14.5.a) de la Constitución de Austria. La doctrina destaca que «los derechos humanos deben ser [...] el punto de mira siempre presente cualquiera que sea la fase del desarrollo del proyecto educativo» para instaurar la *cultura de los derechos* (Sánchez Ferriz, 2000: 45).

2011: 109). Siguiendo a Rey Martínez (2021: 2), la Constitución «no es ideológicamente neutral en el campo de la educación»<sup>25</sup>. Así, el llamado ideario educativo constitucional alcanza tanto a la escuela pública como a la privada (Cotino Hueso, 2012: 84)<sup>26</sup>.

Por otro lado, Aláez Corral (2011: 94) considera que el ideario es «un límite al ejercicio de las libertades educativas, además de un objetivo positivamente vinculante en la prestación del derecho a la educación»<sup>27</sup>. Cámara Villar (1988: 2169) también señala que todo el artículo 27 es instrumental respecto al segundo apartado, en tanto que «configurador de los objetivos últimos del sistema y, por consiguiente, precepto que enmarca por una parte la posición de todos los centros educativos, limitándolos negativamente y activándolos con una directriz constitucional y, por otra, la de los propios escolares, dado que es el desarrollo libre y pleno de su personalidad (arts. 10. 1 y 27. 2), lo que explica la existencia de la misma institución educativa». Así, las facultades comprendidas en este derecho, como la libertad de enseñanza religiosa o moral de las familias<sup>28</sup>, están limitadas negativamente por los fines de la educación, lo que ha sido objeto de conflictos de derechos y es muy importante para el abordaje del *pin parental*. En este sentido, el ejercicio de las facultades que componen el derecho a la educación está delimitado por el «ideario educativo constitucional» (Aláez Corral, 2009a: 13)<sup>29</sup>.

Dicho esto, si bien el artículo 27.2 de la Constitución no reconoce derechos subjetivos, ni ampara pretensiones concretas (Cotino Hueso, 2012: 87)<sup>30</sup>, en tanto que es un principio que inspira positivamente al ordenamiento, el Tribunal Constitucional ha recurrido al ideario educativo para la resolución de conflictos relacionados con este derecho fundamental, como pasó con el fenómeno de la educación en casa (*homeschooling*)<sup>31</sup> o la objeción de conciencia a la asignatura de Educación para la Ciudadanía<sup>32</sup>. Y, por ello, será precisamente a través del ideario educativo constitucional desde la perspectiva que analizaremos la problemática del *pin parental* en los próximos apartados.

## 2. El reconocimiento del derecho a la educación sexual y de género en el plano internacional y la legislación estatal

La organización política que propone el *pin parental* señala la educación sexual y de género como uno de los aspectos que más preocupa a las familias, pues sus contenidos podrían colisionar con las enseñanzas religiosas o morales que dan a sus hijas e hijos (art. 27.3 CE). Y, si bien la implementación del *pin parental* en la

25 Para una visión más desconfiada sobre el alcance de este precepto, véase Vidal Prado (2017: 53 y ss.).

26 Tomás y Valiente indicó en su voto particular a la STC 5/1981 que «contiene la definición del objetivo que debe perseguir la educación, cualquiera que sea la naturaleza, pública o privada, de cada centro docente, precepto que constituye lo que podría denominarse sin metáfora el “ideario educativo de la Constitución”».

27 Tal como lo ha entendido el Tribunal Constitucional (STC 5/1981, de 13 de febrero).

28 rt. 27.3 CE: «Los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones».

29 Lo que ha sido corroborado por el Tribunal Supremo (STS, de 14 de abril de 1998, FJ 4º).

30 Como ha dicho reiteradamente el Tribunal Constitucional (por todas, SSTC 5/1981, de 13 de febrero, FJ 7º y 337/1994, de 23 de diciembre, FJ 11º).

31 STC 133/2010, de 2 de diciembre. Sobre este tema, véase Valero Heredia (2012).

32 SSTC, de 11 de febrero de 2009, que resuelve los recursos número 905/2008, 948/2008, 949/2008 y 1013/2008. Para un análisis más amplio sobre esta cuestión véase Serrano Pérez (2009).

Región de Murcia no estableció distinción sobre las temáticas de las actividades complementarias, hemos circunscrito este trabajo únicamente a la educación sexual y de género, por cuanto compartimos con Rey Martínez (2021: 22) que «el único tema realmente inflamable desde el punto de vista ideológico ha sido el relativo a los derechos de la comunidad LGTBI, esto es, la “normalidad” de la homosexualidad y/o la transexualidad, la educación afectivo-sexual, la plena legitimidad democrática del matrimonio homosexual y, en consecuencia, la existencia de distintos modelos constitucionales de familia»<sup>33</sup>.

La educación sexual no solo centra las preocupaciones –negativas– de algunas familias, también ha preocupado –positivamente– a los poderes públicos, por lo que la han incorporado en las normativas bajo la cobertura de los instrumentos internacionales. El artículo 27.2 de la Constitución marca como uno de los fines de la educación la enseñanza en «los derechos y libertades fundamentales», cuyas normas deben ser interpretadas de conformidad con los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, en tanto que somos un «Estado internacionalmente integrado» (Torres del Moral, 2004: 1109). Así, la consagración de un derecho a la educación sexual en los instrumentos internacionales es muy importante, porque, como guía interpretativa de los derechos fundamentales (art. 10.2 CE), podríamos argumentar su encaje en el ideario educativo constitucional, hasta el punto de poder repeler o limitar objeciones de las familias –como el *pin parental*– sobre la base del derecho reconocido en el artículo 27.3.

Dicho esto, lo cierto es que la educación sexual está reconocida a nivel internacional como uno de los múltiples fines sociales que tiene la educación, en tanto que útil herramienta para el libre desarrollo de la personalidad (Cotino Hueso, 2012: 68-76)<sup>34</sup>. Así, cabe indicar que la educación sexual se ha enmarcado en el derecho a la protección de la salud (Nuevo López, 2011: 10) y también a la educación para la planificación familiar y la lucha contra el SIDA (Cotino Hueso, 2012: 73). Así, encontramos la educación sexual presente en el ámbito de la planificación familiar en el artículo 24.2.f) de la Convención sobre derechos del niño<sup>35</sup> o en el artículo 10.h) de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, incluyéndola en su definición por el Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer.

Por otro lado, el artículo 11.2 de la Carta Social Europea recoge el compromiso de «establecer servicios educacionales y de consulta dirigidos a la mejora de la salud y a estimar el sentido de responsabilidad individual en lo concerniente a la misma» como una garantía del derecho a la salud. Este precepto ha servido para que el Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS)<sup>36</sup> deduzca una obligación de los Estados signatarios en el aseguramiento del acceso universal a

33 Gómez Abeja (2021: 20) entiende que «[l]o que incomoda al partido ultraconservador, en realidad, son asuntos muy concretos, como la ideología de género, la educación sexual, o la diversidad sexual».

34 Para una visión más profunda sobre este asunto véase Muñoz (2010). *Informe preliminar del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el derecho humano a la educación sexual integral*. Montevideo: CLADEM.

35 El Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas ha recomendado en numerosas ocasiones a los Estados la inclusión de la educación sexual en las escuelas. Véase, por ejemplo, la Observación General nº. 3 sobre VIH/SIDA y Derechos del Niño (2003: 13) y las Observaciones Finales sobre Colombia (2000: 48); Etiopía (2001: 61); Antigua y Barbuda (2004: 54); o Trinidad y Tobago (2006: 54), entre otras.

36 Órgano creado en virtud del artículo 25 de la Carta Social Europea de 1960, ratificada por España en 1980, y que realiza una interpretación autorizada de los derechos recogidos (Nuevo López, 2011: 125).

la educación sexual y a la salud reproductiva. De la jurisprudencia elaborada por el CEDS destacamos el asunto *INTERRIGHTS contra Croacia*<sup>37</sup>, en el que una ONG denunciaba lo contrario a lo que sucede con el *pin parental*: que en las escuelas croatas no se impartía una educación sexual y de salud reproductiva completa y adecuada para la infancia y adolescencia, por lo que, a través de esta decisión, como señala Jimena Quesada (2011: 206), se perfila el derecho a la educación sexual<sup>38</sup>. Pero es que, además, el CEDS indica que el derecho a la educación sexual debe asegurarse a la infancia escolarizada sin distinción, por lo que no debe existir discriminación en el acceso a este derecho por las personas menores, lo que se produce especialmente cuando dichas clases son opcionales o extraescolares (Jimena Quesada, 2011: 207)<sup>39</sup>.

Podríamos pensar en este punto que el CEDS excluye de la educación sexual algunos aspectos polémicos, relativos a la igualdad de género o la diversidad sexual, pero la enseñanza de estos valores también encuentra cobertura internacional. Al contrario, lo que sí ha indicado es que la educación sexual «no debe ser utilizada como un medio para reforzar los estereotipos envilecedores y que perpetúan formas de ultraje que contribuyen a la exclusión social de los grupos tradicionalmente marginados u otros grupos confrontados a una antigua y constante discriminación, u a otros tipos de prejuicios sociales que tienen como efecto negarles su dignidad humana»<sup>40</sup>. Así, el CEDS constató en materiales de Croacia manifestaciones contrarias al principio de discriminación por orientación sexual, al relacionar el VIH/SIDA con las personas homosexuales, incurriendo en estigmatizaciones discriminatorias (Jimena Quesada, 2011: 207).

El derecho a la educación sexual y para la igualdad de género se reconoce como un derecho de las personas menores en los instrumentos internacionales, pero también está plenamente incorporada en la normativa estatal. La Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo<sup>41</sup>, establece la garantía de incorporar «la información y la educación afectivo sexual y reproductiva en los contenidos formales del sistema educativo», así como «la educación sanitaria integral y con perspectiva de género sobre salud sexual y salud reproductiva». Ello se concreta en el artículo 9, que señala que «el sistema educativo contemplará la formación en salud sexual y reproductiva, como parte del desarrollo integral

37 Reclamación nº 45/2007, resuelta mediante decisión de fondo de 30 de marzo de 2009.

38 «La educación sexual y genésica debe formar parte de los programas escolares ordinarios. Las clases impartidas deben ser suficientes desde el punto de vista cuantitativo, esto es, en cuanto al número de horas y demás recursos empleados (docentes, formación de formadores, material pedagógico, etc.). La forma y el fondo de esta enseñanza, incluidos los programas y métodos didácticos, deben ser pertinentes, culturalmente apropiados y de calidad suficiente; en particular, debe garantizarse que las informaciones comunicadas sean objetivas, se basen en pruebas científicas recientes y no sean censuradas, sesgadas o deliberadamente falsas, por ejemplo en lo que concierne a la anticoncepción y los diferentes medios para preservar la salud sexual y genésica. Debe ponerse en marcha un procedimiento de control y evaluación de la enseñanza impartida con el fin de cumplir con los criterios mencionados».

39 Esto tiene una importancia capital al trasladarlo a la problemática del *pin parental*, pues con su implantación se pretende convertir en voluntarias las actividades complementarias de educación sexual, estableciendo una dispensa familiar a este deber jurídico. Esto último se pondría, siguiendo al CEDS, una forma de discriminación de la infancia en el acceso al derecho a la educación sexual y de género.

40 CEDS, Decisión de fondo asunto *INTERRIGHTS contra Croacia*, de 30 de marzo de 2009.

41 Su exposición de motivos indica: «La Ley parte de la convicción, avalada por el mejor conocimiento científico, de que una educación afectivo sexual y reproductiva adecuada, [...] y la disponibilidad de programas y servicios de salud sexual y reproductiva es el modo más efectivo de prevenir, especialmente en personas jóvenes, las infecciones de transmisión sexual, los embarazos no deseados y los abortos».

de la personalidad y de la formación en valores»<sup>42</sup> y también en el artículo 10, que indica que se apoyará a los centros docentes «en la realización de actividades formativas relacionadas con la educación afectivo sexual, la prevención de infecciones de transmisión sexual y embarazos no deseados, facilitando información adecuada a los padres y las madres»<sup>43</sup>.

El Dictamen del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de esta Ley Orgánica expresa algo muy importante: «A la altura del tiempo actual no cabe duda que la educación sexual es un elemento imprescindible de una instrucción adecuada por exigencia de la propia protección del niño y adolescente de la que no puede privarle un derecho de veto absoluto por parte de sus padres, como estos no podrían privarle del derecho genérico a la educación»<sup>44</sup>. Esta afirmación del Alto Cuerpo Consultivo del Estado es trasladable a la problemática del *pin parental*, por cuanto se deduce que las familias no pueden privar absolutamente a la infancia y adolescencia de una educación sexual que, en la actualidad, no solo está perfectamente conectada con el contenido del derecho a la educación, sino que es un elemento fundamental para la protección de la infancia y adolescencia<sup>45</sup>. Y es que, precisamente a través del *pin parental*, las familias podrían no autorizar la participación de las personas menores en ninguna de las actividades complementarias de educación sexual que se imparten en los centros docentes, privándoles absolutamente de esa formación en la escuela.

Por otro lado, la Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (LOMLOE) proclama a la educación sexual como principio inspirador del sistema educativo español<sup>46</sup>. Además, incluye la educación afectivo-sexual, la igualdad de género y la aceptación de la diversidad sexual como un objetivo básico en todas las etapas de la enseñanza, desde la educación primaria, a la ESO y el bachillerato<sup>47</sup>, mientras que antes estaba considerada como un objetivo únicamente de la educación secundaria obligatoria (Cotino Hueso, 2012: 73). A mayor abundamiento, la disposición adicional vigésima quinta, establece en su apartado tercero que los centros docentes «deberán necesariamente incluir y justificar en su proyecto educativo las medidas que desarrollan para favorecer y formar en igualdad en todas las etapas educativas, incluyendo la educación para la eliminación de la violencia de género, el respeto por las identidades, culturas, sexualidades y su diversidad, y la participación activa para hacer realidad la igualdad». De esta forma, la educación sexual y de género ha adquirido una importancia capital en la LOMLOE, porque se convierte no solo en una facultad enmarcada en la

42 Con un enfoque integral que contempla la igualdad, el reconocimiento y aceptación de la diversidad sexual, la prevención de enfermedades de transmisión sexual o de embarazos no deseados, entre otros.

43 Para un análisis más profundo sobre esta normativa véanse Nuevo López (2011) y Llano Torres (2010).

44 Dictamen del Consejo de Estado nº. 1384/2009, de 17 de septiembre, p. 36. Es necesario comentar con Nuevo López (2011: 139-140) que el dictamen alude a la necesidad de no caer en el adoctrinamiento.

45 El artículo 30 de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, contempla la educación afectivo sexual como uno de los principios educativos básicos, que debe recibirse transversalmente en todas las etapas, adaptada al nivel madurativo.

46 El artículo 1.1) cita como principios del sistema educativo «[e]l desarrollo de la igualdad de derechos, deberes y oportunidades, el respeto a la diversidad afectivo-sexual y familiar, el fomento de la igualdad efectiva de mujeres y hombres a través de la consideración del régimen de la coeducación de niños y niñas, la educación afectivo-sexual, adaptada al nivel madurativo, y la prevención de la violencia de género [...]».

47 Arts. 17.d), 19.2, 23.k), 24.5, 25.6 y 33.b), entre otros preceptos.

autonomía pedagógica y organizativa, sino en una obligación jurídica de todos los centros docentes, como parte de la formación integral a la que se refiere el Tribunal Constitucional (STC 133/2010, de 2 de diciembre, FJ 7º).

De esta forma, el Estado, siguiendo los instrumentos internacionales, ha optado por incluir la educación sexual en las escuelas a través de contenidos que se deben incorporar a la programación general de la enseñanza, no como una asignatura específica<sup>48</sup>, sino de forma transversal a través de actividades complementarias recogidas en la programación general de cada centro educativo y que son obligatorias para el alumnado. En este sentido, ya hemos dicho que el Comité Europeo de Derechos Sociales ha entendido que el derecho a la educación sexual y de género debe asegurarse a la infancia escolarizada sin distinción alguna, por lo que las personas menores no pueden ser víctimas de discriminación en el acceso a este derecho, lo cual se produce cuando dichas clases son opcionales o extraescolares, como se pretende con el *pin parental*.

### 3. La educación sexual y de género como parte del ideario educativo constitucional: límites y garantías para las familias

Los instrumentos internacionales y la normativa estatal reconocen el derecho a la educación sexual, como un bloque de contenidos que integra la igualdad de género y la diversidad sexual, que debe formar parte de la programación general de la enseñanza y, por tanto, de los proyectos de los centros. El Tribunal Supremo ha dicho que las familias no tienen un derecho ilimitado a oponerse a la programación general de la enseñanza<sup>49</sup>, por lo que no se permiten dispensas o exenciones sobre la base del artículo 27.3, como se pretende con el *pin parental*. En definitiva, el hecho de que la educación sexual y de género encuentre cobertura en los instrumentos internacionales y la normativa estatal, nos hace concluir que forma parte del ideario educativo constitucional, en el marco de la formación integral que debe recibir la infancia y adolescencia para el libre desarrollo de su personalidad, por lo que no es admisible el *pin parental* (Rey Martínez, 2020: 22).

Para el Tribunal Constitucional la educación no se contrae a una mera transmisión de conocimientos de la enseñanza reglada, sino que aspira a posibilitar el libre desarrollo de la personalidad, en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales, que posibilite su plena integración en la sociedad (STC 133/2010, de 2 de diciembre, FJ 7º). Y ello solo puede ser posible a través de una «educación integral»<sup>50</sup>, lo que implica, siguiendo al TEDH, la necesidad de una educación no adoctrinadora, plural, neutral, objetiva, democrática, respetuosa con las plurales posiciones ideológicas, religiosas o morales y que facilite la integración social de las personas menores, pues la educación es el principal instrumento de socialización y una herramienta imprescindible para la convivencia democrática (Valero Heredia,

48 En Dinamarca, el TEDH avaló la obligatoriedad de la asignatura como una medida legítima, necesaria y proporcional (STEDH, de 7 de diciembre de 1976, *Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen contra Dinamarca*).

49 STS de 11 de febrero de 2009, que resuelve el recurso nº. 905/2008, FJ 8º.

50 En palabras de Rey Martínez (2021: 26) una «educación inclusiva y de calidad», bajo una interpretación evolutiva de lo que significa una «educación para la libertad, equitativa y democrática» que entienda la sociedad como una realidad dinámica, integre todas las formas de diversidad en la escuela como parte del ideario educativo, para salvaguardar así la igualdad y la garantía de los derechos y libertades fundamentales.

2018: 272). Una educación basada, pues, en los llamados «valores republicanos», que conciba nuestra sociedad pluralista de un modo abierto e inclusivo, para garantizar la integración de todas las formas de diversidad (Velasco Arroyo, 2004: 203).

Así, Aláez Corral (2011, 126) señala que se deben generar contextos educativos que faciliten la integración social, ofreciendo una visión lo menos sesgada posible del mundo, por lo que «la sustracción del educando menor de edad a la socialización e integración necesarias para el aprendizaje de los principios y valores necesarios para su convivencia democrática respetando los derechos de los demás y desarrollando libremente su personalidad, sea no escolarizándole, sea objetando en su nombre [...] implican una lesión de su derecho a la educación (art. 27.1 CE) y no está amparada por el derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral del art. 27.3 CE»<sup>51</sup>.

Para fundamentar el *pin parental*, algunos sectores critican que la educación sexual viene presidida por la «ideología de género», lo que se contestaría con un fragmento de una Sentencia del Tribunal Supremo que señala que «además de no explicar con claridad qué entienden por ella, no nos dicen en qué contenido de la norma se plasman los efectos negativos que la adjudican»<sup>52</sup>. Ya hemos dicho que la Constitución no es ideológicamente neutral en la educación, que toma partido por la enseñanza en el pleno desarrollo de la personalidad humana, en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales, por lo que no entendemos los efectos negativos que se predicen de educar sobre la base de la igualdad de género, consagrada en el artículo 14 de la Constitución.

En este punto, podría argumentarse también que los efectos limitativos del artículo 27.2 de la Constitución no alcanzan a las actividades complementarias, donde se imparte la educación sexual. Sin embargo, debemos recordar que una parte de la doctrina y el Tribunal Constitucional (STC 5/1981, de 13 de febrero, FJ 7º), han afirmado que el ideario educativo se impone incluso a las enseñanzas no regladas: tanto si se abordan en centros que sí la imparten, como en los que no, por cuanto la inspiración positiva y el alcance negativo del ideario educativo constitucional está vinculado con el proceso sistemático y continuado de la enseñanza (Cotino Hueso, 2012: 85), por lo que alcanzaría también a las actividades complementarias de educación sexual.

Así, el *pin parental*, al permitir una dispensa familiar a las actividades complementarias de educación sexual, choca directamente con el marco constitucional y contradice la jurisprudencia del Tribunal Supremo que ya ha indicado que del artículo 27.3 no puede deducirse un derecho ilimitado de las familias a oponerse a la programación general de la enseñanza, ni tampoco a establecer objeciones, ni exenciones a ésta. Pero es que, además, el *pin parental* vulnera los instrumentos internacionales y la normativa estatal que reconoce el derecho a la educación sexual, por lo que resulta de dudosa constitucionalidad, sin perjuicio de las garantías que debe revestir su impartición para la protección de los derechos de las familias. Y es que, aun reconociendo la cobertura normativa y los relevantes efectos positivos de la educación sexual integrada en el ideario educativo constitucional, existen derechos de las familias que podrían verse afectados a los que se debe prestar atención, a la luz de lo establecido en el

51 Incluso expresa que «dogmas filosóficos o religiosos que pretendan superponerse a los valores comunes cívico-democráticos, expresión de la moral pública recogida en el art. 27.2 CE como ideario educativo constitucional [...] no pueden entenderse amparados por el derecho a elegir del art. 27.3 CE» (*ibídem*).

52 STS de 11 de febrero de 2009, que resuelve el recurso nº. 948/2008, FJ 11º.

citado artículo 27.3 de la Constitución. Para adentrarnos en las garantías que debe revestir la educación sexual y de género, recurriremos a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que se ha pronunciado en numerosas ocasiones ante recursos de familias que entendían que la impartición de contenidos sexuales en las escuelas chocaba con su derecho a educar a sus hijas e hijos, de acuerdo con sus propias convicciones religiosas o morales<sup>53</sup>.

En el asunto *Kjeldsen, Busk Madsen y Petersen contra Dinamarca*, algunas familias se negaron a que sus hijas e hijos asistieran a las clases de educación sexual que se impartían en las escuelas danesas, por lo que solicitaron una exención. El asunto llegó al Tribunal de Estrasburgo, que desestimó sus pretensiones al entender que el derecho de las familias a procurar a sus hijos e hijas una educación conforme a sus convicciones, no puede impedir que los poderes públicos impartan contenidos de tipo religioso o moral, de forma directa o indirecta (Climent Gallart, 2020: 112). En este sentido, el TEDH indicó que es difícil que la educación sexual no implique «ciertas apreciaciones que puedan invadir el campo religioso o filosófico, pues se trata de una materia en que los juicios de realidad desembocan fácilmente en juicios de valor». Lo decisivo es que los contenidos no supongan «un intento de adoctrinamiento tendente a preconizar un comportamiento sexual determinado, [...], a exaltar el sexo ni a incitar a los alumnos a dedicarse precozmente a prácticas peligrosas para su equilibrio, su salud o su futuro, o reprobables para muchos padres». De esta forma, el TEDH entiende que se debe prestar atención a la manera en que se imparten estos contenidos, de modo que se garantice que «las convicciones religiosas y filosóficas de los padres no sean contrariadas [...] por imprudencia, falta de discernimiento o proselitismo intempestivo»<sup>54</sup>.

Por lo tanto, una de las primeras garantías que debe revestir la educación sexual es que la información se transmita de manera objetiva, crítica y pluralista<sup>55</sup>. A la vista de los hechos, el TEDH entendió que el establecimiento de la obligatoriedad de una asignatura de educación sexual en las escuelas públicas era una medida legítima, necesaria y proporcional. Y no solo eso, sino que la existencia de esa asignatura era plenamente compatible con la facultad de las familias de enseñar a sus hijas e hijos de acuerdo con sus convicciones religiosas o morales, eso sí, fuera del ámbito de la escuela, lo cual sería a nuestro juicio trasladable a la problemática del *pin parental*. Por supuesto, también existe una garantía adicional para las familias en la salvaguarda de sus intereses, que también recuerda el TEDH en esta y otras sentencias: el derecho a elegir para la educación de sus hijas e hijos un centro de enseñanza privado que tenga un ideario acorde a sus convicciones religiosas o morales<sup>56</sup>. De esta forma, si las familias entienden que la educación sexual que se imparte en las escuelas públicas atenta contra sus convicciones siempre puede elegir otras opciones pedagógicas para la educación de sus hijas e hijos.

---

53 Sobre este asunto véase Climent Gallart (2020) o Monterroza Baleta (2021).

54 La Sentencia tiene un voto particular del Juez Verdross que ha sintetizado Nuevo López (2011: 134-135).

55 Ello concuerda con la jurisprudencia del Tribunal Supremo que establece una diferencia en el ideario educativo constitucional, entre la enseñanza en valores comunes, en los que no cabe adoctrinamiento y otros que no son compartidos, que deben impartirse desde la más exquisita objetividad y el más prudente distanciamiento (STS, de 11 de febrero de 2009, que resuelve el recurso nº. 905/2008, FJ 6º).

56 En Dinamarca cabe el *homeschooling*, aquí es inconstitucional desde STC 133/2010, de 2 de diciembre.

El TEDH recurrió a la doctrina jurisprudencial descrita anteriormente para inadmitir una demanda interpuesta en el asunto *Jiménez Alonso y Jiménez Merino contra España*<sup>57</sup>, en el que padre e hija recurrieron ante el suspenso obtenido por esta última en la asignatura de Ciencias Naturales, debido a que no asistió a clase por los contenidos sobre sexualidad humana que se impartían en una escuela de Cantabria. En este caso, el TEDH insiste en que los contenidos del material curricular utilizado para la materia comentada fueron diseñados para informar de manera objetiva y científica sobre una cuestión de interés general y que no suponía adoctrinamiento para mantener un comportamiento sexual determinado, por lo que no afectaría al derecho de las familias a guiar y aconsejar a sus hijas e hijos de conformidad con sus creencias<sup>58</sup>. El TEDH recuerda de nuevo que la familia tiene la opción de matricular a su hija en un colegio privado que tenga un ideario educativo más acorde a sus creencias (Nuevo López, 2011: 141).

Dicho esto, para concluir con este apartado, existen preocupaciones legítimas de las familias sobre los contenidos de educación sexual que se imparten en las escuelas, pues como afirma Nuevo López (2011: 138) la introducción en el sistema educativo de la educación sexual y en salud reproductiva incide indudablemente en el derecho de los padres, una «incidencia que los padres están obligados a soportar». Pero esas preocupaciones no pueden convertirse en un veto absoluto para que el Estado cumpla con sus responsabilidades educativas acordes con el marco constitucional e internacional, ni mucho menos puede dar lugar a una carta blanca para que el alumnado asista a las actividades que las familias autoricen, que legitime una suerte de geometría variable en los contenidos a impartir en las escuelas en función de si concuerdan con la ideología familiar, como se pretende con el *pin parental* (Vázquez Alonso, 2020).

Esto no quiere decir que la impartición de educación sexual esté desprovista de garantías. Para cumplir con el principio de neutralidad y salvaguardar los derechos de las familias, las asignaturas o actividades complementarias de educación sexual y de género deben impartirse de la manera más exacta, precisa, objetiva y científica posible. Ello implica, siguiendo la jurisprudencia del TEDH, que dichas actividades no podrán suponer un intento de adoctrinamiento para preconizar un comportamiento sexual determinado, exaltar el sexo, ni incitar al alumnado a prácticas sexuales peligrosas. Sin embargo, de ello no podemos deducir que cualquier elemento que contravenga las concepciones que las familias libremente inculcan a la infancia suponga de por sí una quiebra del mencionado principio de neutralidad. Dicho de otro modo, si una familia educa a sus hijas e hijos en la heterosexualidad como norma y la repulsa de la diversidad sexual, el hecho de que se imparta una actividad complementaria donde se enseñe que las personas pueden ser heterosexuales, lesbianas, gais, trans o bisexuales, bajo el cumplimiento del principio de igualdad, no supondría una quiebra del principio de neutralidad que protege a las familias, precisamente por su encaje jurídico en el ideario educativo de la Constitución.

El hecho de que, a nuestro juicio, no sea admisible el *pin parental* no implica que se nieguen los derechos de las familias, que siguen existiendo, aunque

57 Decisión de inadmisión TEDH, de 25 de mayo de 2000, *Jiménez Alonso y Jiménez Merino contra España*.

58 El TSJ de Cantabria desestimó la demanda argumentando que el derecho de las familias a educar de acuerdo con sus convicciones no era ilimitado, debía ser observado en relación con los derechos del resto, por lo que no era ajustado a derecho «tratar de imponer una diferencia de trato o discriminación positiva a partir de las propias ideas, ni elegir o predeterminar en función de un ideario particular el contenido del proyecto educativo de un centro público» (STSJ Cantabria, de 23 de marzo de 1998, FJ 12º).

sometidos a los límites constitucionales. Así, las familias tienen derecho a escoger un centro docente de titularidad privada o concertada cuyo ideario concuerde con sus convicciones religiosas o morales (art. 27.6 CE). También tienen derecho a participar en la programación de la enseñanza, como parte de la comunidad educativa (art. 27.5 CE)<sup>59</sup>. Por último, las familias cuentan con la posibilidad de acudir a los tribunales ante concretos abusos que se detecten en la impartición de estas actividades complementarias de educación sexual, en el ejercicio de su derecho a la tutela judicial efectiva (Rey Martínez, 2021: 23).

#### IV. Conflictos relativos a la titularidad y ejercicio de los derechos educativos

##### 1. Las personas menores como titulares del derecho fundamental

El artículo 27.1 de la Constitución se refiere a «todos» al enunciar el derecho a la educación, pero nos detendremos en su titularidad relacionada con el *pin parental*. Díaz Revorio (2002: 23) señala que en el derecho a la educación participa una pluralidad de sujetos a quienes el ordenamiento reconoce determinadas facultades, un elemento de complejidad para su tratamiento jurídico (Cotino Hueso, 2012: 259). Dicho esto, el titular habitual del derecho a la educación es el alumnado menor de edad, «eje gravitatorio de todo el régimen constitucional de la enseñanza y del sistema educativo, que no tiene otro fin principal que lograr el pleno desarrollo de su personalidad» (Cotino Hueso, 2012: 260), además de ser el principal beneficiario de las facultades del precepto constitucional (Aláez Corral, 2011: 92), sin perjuicio de otros accesorios, por lo que las familias no participan en la enseñanza en su propio interés, sino en el de sus hijos e hijas (Cotino Hueso, 2012: 66). Sin embargo, el artículo 27.3 establece un derecho subjetivo de titularidad familiar, aunque su ejercicio no debe menoscabar los derechos de las personas menores y está limitado por el ideario constitucional y el interés superior del menor.

Ello se explica por la limitación de la capacidad de las personas menores, que hace que el ejercicio de algunos derechos se encargue temporalmente a quienes tienen un mandato de protección (art. 39 CE) para que los ejerciten en su nombre e interés (Aláez Corral, 2003: 57)<sup>60</sup>. Ahora bien, esto puede ser problemático, pues algunos aspectos del derecho a la educación están vinculados con la libertad de enseñanza religiosa o moral. Sobre ello, Aláez Corral (2009a: 11) señala que el artículo 27.3 establece un derecho-función en interés ajeno, pues las personas menores son las titulares<sup>61</sup>. Por contra, Cotino Hueso (1999: 132) señala que es un derecho subjetivo de las familias que ampara su interés de que «reciban la formación religiosa y moral acorde a sus propias creencias»<sup>62</sup>. Por su parte, Valero Heredia (2019: 203) considera que tienen un

59 Las familias están representadas en el Consejo Escolar donde se aprueba la programación general que debe contener las actividades complementarias (art. 127.b) LOE).

60 El autor indica que «si los textos constitucionales e internacionales atribuyen a los padres dicha facultad, sólo puede ser para ponerla al servicio de los intereses del educando menor de edad, es decir, para evitar que la satisfacción por parte del Estado del derecho a la educación se proyecte sobre los alumnos de manera que se les adoctrine filosófica y moralmente. Lo cual es congruente con que en nuestro ordenamiento [...] los padres no sean constitucionalmente titulares de un derecho “natural” a educar a sus hijos, sino únicamente de un deber de cuidado y protección [...]».

61 Coincide con Suárez Llanos (2020: 127).

62 Este derecho subjetivo se va desvaneciendo con el tiempo en favor de las personas menores, en cuanto alcanzan la capacidad natural para ejercer su libertad ideológica o religiosa (Cotino Hueso, 1999: 133).

carácter temporal<sup>63</sup>, siendo decisiva la voluntad de las personas menores con «un grado de madurez suficiente»; e instrumental, porque deben orientarse al ideario constitucional<sup>64</sup>.

En este sentido, el Tribunal Constitucional ha dicho que las personas menores «son titulares plenos de sus derechos fundamentales, en este caso, de sus derechos a la libertad de creencias y a su integridad moral, sin que el ejercicio de los mismos y la facultad de disponer sobre ellos se abandonen por entero a lo que al respecto puedan decidir aquellos que tengan atribuida su guarda y custodia o [...] patria potestad, cuya incidencia sobre el disfrute del menor de sus derechos fundamentales se modulará en función de la madurez del niño y los distintos estadios en que la legislación gradúa su capacidad de obrar» (STC 141/2000, de 29 de mayo, FJ 5º)<sup>65</sup>. En efecto, el derecho de las familias de brindar una formación moral y religiosa según sus convicciones puede chocar con el derecho de la infancia a tener creencias diferenciadas, como titulares de su propia libertad de pensamiento, conciencia y religión. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, si se diera este conflicto de derechos, deberá resolverse en favor del interés superior del menor.

Por otro lado, en nuestro ordenamiento jurídico existen situaciones en las que las personas menores pueden tomar sus decisiones libremente y ejercitar autónomamente sus derechos, según su evolución y madurez (Aláez Corral, 2013)<sup>66</sup>. Incluso, el Tribunal Constitucional (STC 99/2019, de 18 de julio) reconoció que las personas menores trans con «suficiente madurez» y «situación estable de transexualidad» podían solicitar la rectificación registral del sexo (Salazar Benítez, 2019). Por ello, no se entiende cómo el *pin parental* se aplica indistintamente para todas las personas menores, desde infantil a bachillerato, sin modulación alguna por la edad y madurez del alumnado. Efectivamente, en la regulación de la Región de Murcia, las familias eran las únicas con capacidad para decidir si el estudiantado menor asistía o no a las actividades complementarias, sin que existiera facultad de decisión autónoma, según su edad o madurez<sup>67</sup>.

En ello han reparado incluso quienes entienden que el *pin parental* es acorde a la Constitución, que matizan que, en su caso, debería ser la persona menor de edad quien decida, siempre que tenga madurez suficiente. Así, Teruel Lozano (2021: 10) señala que es una exigencia constitucional que el *pin parental* se circunscriba «a aquellos supuestos en los que el menor no tenga madurez suficiente para tomar sus propias decisiones. [...] Si el menor tiene madurez suficiente, sus padres no pueden oponerse a que asista a una actividad educativa que a él le interese», por lo que propone excluir de su aplicación al alumnado a partir

63 Art. 5 de la Convención sobre derechos del niño: «en consonancia con la evolución de sus facultades».

64 En todo caso se debe primar el «derecho del menor a recibir una formación integral que contribuya al libre desarrollo de la personalidad» (Valero Heredia, 2018: 261).

65 Además, el TC señala que «frente a la libertad de creencias de sus progenitores y su derecho a hacer proselitismo de las mismas con sus hijos, se alza como límite [...] aquella misma libertad de creencias que asiste a los menores de edad, manifestada en su derecho a no compartir las convicciones de sus padres o a no sufrir sus actos de proselitismo, o más sencillamente, a mantener creencias diversas a las de sus padres, máxime cuando las de éstos pudieran afectar negativamente a su desarrollo personal. Libertades y derechos de unos y otros que, de surgir el conflicto, deberán ser ponderados teniendo siempre presente el “interés superior” de los menores de edad (arts. 15 y 16.1 CE en relación con el art. 39 CE)».

66 Como la edad de consentimiento sexual, el consentimiento en el ámbito sanitario, la toma de decisiones sobre medidas de protección de menores, entre otras.

67 Algo similar a la que ha sucedido con la asignatura de religión, que es voluntaria, pero cuya elección se abandona a las familias, a diferencia de lo que sucede en otros países (Troncoso Reigada, 1996: 254).

de 3º de la ESO. En el mismo sentido, Contreras Mazarío (2021: 108) considera que el *pin parental* «debe quedar circunscrito [...] al ámbito en los que los menores no tengan madurez suficiente para tomar sus propias decisiones (esto es, Enseñanza Primaria y, todo lo más, 1º y 2º de la ESO), ya que si el menor tiene dicha madurez será a éste a quien corresponda, en todo caso, la toma de dicha decisión». En este sentido, el *pin parental* no debería poder aplicarse de igual manera a todas las personas menores, independientemente de su edad o madurez, por lo que, en el hipotético –e improbable<sup>68</sup>– caso de que fuera admisible constitucionalmente, las familias tendrían capacidad de decidir solo si sus hijas e hijos no tuvieran madurez suficiente para hacerlo.

## 2. La posición singular de las familias para decidir la formación religiosa y moral de la infancia

El artículo 27.3 de la Constitución reconoce «el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones»<sup>69</sup>. Se trata de un derecho subjetivo cuya titularidad recae en los padres y las madres, conectado con la libertad de enseñanza y también con el derecho a elegir centros docentes privados o concertados con un ideario determinado (Díaz Revorio, 2002: 99)<sup>70</sup>, además de ser una manifestación del derecho a la libertad ideológica y religiosa (art. 16.1 CE) integrada expresamente en el derecho a la educación (Cotino Hueso, 2012: 156). Así, según Díaz Revorio (2002: 103) existen dos dimensiones: una negativa, que implica que las actividades deben acomodarse a la libertad de conciencia del alumnado y sus familias; y otra positiva, con la garantía de que se impartan enseñanzas acordes con las opciones religiosas o morales, de carácter voluntario para el estudiantado.

Ante el ejercicio de este derecho para manifestar la disconformidad hacia determinados contenidos impartidos en la escuela, el Tribunal Constitucional y el TEDH han desestimado habitualmente las citadas pretensiones, precisamente por entender que esta facultad de las familias se encuentra limitada negativamente por los fines de la educación, que deben primar en la programación de la enseñanza. De manera específica sobre la libertad ideológica y religiosa, el Tribunal Supremo ha entendido que no tiene que ser incompatible con una enseñanza de las diversas concepciones del pluralismo de la sociedad, siempre que se haga con neutralidad y sin adoctrinamiento. Ello implica informar sobre la realidad y sus diversas concepciones, «sin presiones dirigidas a la captación de voluntades a favor de alguna de ellas», por lo que debe ser «desarrollada con un sentido crítico» y, al abordar planteamientos ideológicos, religiosos o morales individuales, que generen diferencias sociales, «la enseñanza se debe limitar a exponerlos e informar sobre ellos con neutralidad, sin ningún adoctrinamiento, para, de esta forma, respetar el espacio de libertad consustancial a la convivencia constitucional»<sup>71</sup>.

68 Porque aun así los derechos de las familias quedarían limitados por el ideario educativo constitucional en el que encaja la educación sexual y de género.

69 Este precepto constitucional también encuentra cobertura en otros instrumentos internacionales en materia de derechos humanos (Climent Gallart, 2020: 105-108).

70 También en la escuela pública, aunque ello no implica que toda la enseñanza esté orientada a principios religiosos o morales, pues la neutralidad ideológica preside la enseñanza (Díaz Revorio, 2002: 103).

71 STS, de 11 de febrero de 2009, que resuelve el recurso nº. 905/2008, FJ 6º.

Con respecto a la objeción de conciencia<sup>72</sup>, el Tribunal Supremo afirma que la Constitución «no proclama un derecho a la objeción de conciencia con alcance general», pues ello equivaldría a «hacer depender la eficacia de las normas jurídicas de su conformidad con cada conciencia individual, lo que supondría socavar los fundamentos mismos del Estado democrático de derecho»<sup>73</sup>. Y también cierra la puerta a un derecho específico de objeción de conciencia, fundamentado en el artículo 27.3 de la Constitución, pues los apartados segundo y tercero del precepto constitucional se limitan mutuamente entre sí, es decir, «el Estado no puede llevar sus competencias educativas tan lejos que invada el derecho de los padres a decidir sobre la educación religiosa y moral de los hijos; pero, paralelamente, tampoco los padres pueden llevar este último derecho tan lejos que desvirtúe el deber del Estado de garantizar una educación “en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales”»<sup>74</sup>. Dicho esto, en la problemática del *pin parental*, como aclara Contreras Mazarío (2021: 101) ni siquiera han sido las familias las que han planteado esa pretendida objeción de conciencia a las actividades complementarias, como sí sucedió con la asignatura de Educación para la Ciudadanía. En este caso, ha sido un gobierno autonómico el que ha establecido –sin ser competente– una dispensa de las familias por razones de conciencia al cumplimiento de un deber jurídico de asistencia a las actividades complementarias.

Por lo tanto, a nuestro juicio, cuando nos referimos al *pin parental* no nos encontramos sin más ante una cuestión de pretendida objeción de conciencia de las familias sobre la base del artículo 27.3 de la Constitución frente a unos contenidos obligatorios por razones de conciencia, pues ese no es, ni ha sido un problema generalizado en nuestro país, salvo supuestos concretos<sup>75</sup>. Se trata de una objeción de conciencia encubierta establecida por una Comunidad Autónoma, que ha hecho viable un derecho inexistente en nuestro ordenamiento jurídico y que se opone al ideario educativo de la Constitución. A pesar de la inconstitucionalidad del *pin parental*, las familias siguen teniendo una posición singular en el ámbito educativo y son titulares de un derecho subjetivo para educar a sus hijos e hijas de acuerdo con sus convicciones, sin que de ello pueda derivarse un derecho a privarles de su derecho a recibir educación sexual y de género en la escuela.

## V. Conclusiones

La normativa autonómica que estableció el *pin parental* en la Región de Murcia en el curso 2019-2020, era contraria al ordenamiento jurídico, pues vulneraba lo dispuesto en la legislación orgánica estatal que establece el deber básico del alumnado de participar en las actividades complementarias gratuitas y también se oponía a la propia normativa autonómica que establecía dicha obligatoriedad. Por este motivo, se ha pretendido modificar la norma que establece los

72 Sobre este asunto de la objeción de conciencia, véase Gómez Abeja (2015).

73 STS de 11 de febrero de 2009, que resuelve el recurso nº. 905/2008, FJ 8º. Si bien cabría reconocer dispensas por razones de conciencia en una norma con rango de ley, como Teruel Lozano (2021: 7) y Contreras Mazarío (2021: 106) entienden que debía haberse establecido el *pin parental*, aunque esta posibilidad podría corresponder al legislador orgánico (Gómez Abeja, 2021: 11).

74 *Ibidem*.

75 Lo que da cuenta de la artificiosidad del problema planteado (Rey Martínez, 2021: 23).

currículos educativos para implantar de esta forma el *pin parental*. Sin embargo, a nuestro juicio, por cuestiones de carácter competencial, ninguna norma jurídica autonómica, aunque tenga rango de ley, podría establecer una dispensa familiar para la asistencia a las actividades complementarias gratuitas, por cuanto este deber jurídico viene establecido en un precepto con rango de Ley Orgánica, por lo que las Comunidades Autónomas no pueden oponerse de ninguna forma a su contenido, ni siquiera mediante una ley ordinaria.

El *pin parental* pretende que las familias decidan si sus hijas e hijos pueden participar en las actividades complementarias de educación sexual y de género, por cuanto podrían afectar al derecho del artículo 27.3 de la Constitución. Sin embargo, tal como ha dicho el Tribunal Constitucional, la educación va más allá de la mera transmisión de conocimientos, pues tiene como objeto el ideario educativo constitucional, que modula y limita negativamente el resto de las facultades. Pues bien, a nuestro juicio, la educación sexual y de género forma parte del ideario educativo constitucional, al estar consagrada en los instrumentos internacionales, así como en el ordenamiento jurídico español como un principio inspirador del sistema educativo y un objetivo a cumplir transversalmente en todas las etapas educativas, por lo que la organización de las actividades complementarias de educación sexual no solo es una posibilidad de los centros, sino un deber jurídico.

Ahora bien, que la educación sexual se encuentre enmarcada en el ideario educativo constitucional, no significa que no se respeten los derechos de las familias. De esta forma, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha venido entendiendo que la obligatoriedad de la educación sexual en las escuelas públicas era una medida legítima, necesaria y proporcional, pero los contenidos deben impartirse de manera objetiva, crítica y pluralista, sin adoctrinamiento. En cualquier caso, si las familias no están conformes con los contenidos de educación sexual, cuentan con garantías para la salvaguarda de sus derechos, como la participación en la programación de la enseñanza, la elección de un centro privado o concertado con un ideario acorde a sus convicciones o incluso recabar la tutela de los tribunales ante concretas vulneraciones, pero no tienen un derecho ilimitado a oponerse a la programación de la enseñanza, ni tampoco existe en nuestro ordenamiento jurídico un derecho a la objeción de conciencia.

La titularidad del derecho fundamental a la educación recae en las personas menores, como principales beneficiarias del sistema educativo en cuyo centro radican, sin perjuicio de que, dada su limitada capacidad de obrar, las familias sean titulares de un derecho subjetivo de darles una formación moral o religiosa alineada con sus convicciones. Pero debemos aclarar que se trata de un derecho temporal e instrumental, que con el paso del tiempo se va desvaneciendo en favor del alumnado menor cuando va adquiriendo la madurez suficiente y que, en caso de conflicto, debe primar el interés superior del menor. Es por ello por lo que no se entiende cómo el *pin parental* se pretende establecer de forma indistinta para todas las personas menores, de tal manera que las familias podrían no autorizar que alguien incluso de diecisiete años acuda a una actividad complementaria de educación sexual, aunque tenga madurez suficiente como para decidirlo por sí misma. Al no establecerse ninguna individualización en función de la edad y madurez de las personas menores, son las familias en exclusiva las que tendrían que decidir qué contenidos puede recibir el alumnado en la escuela, sin que su opinión cuente en absoluto, lo que entendemos cuestionable desde un punto de vista jurídico.

En definitiva, a nuestro juicio, el *pin parental* es inconstitucional, desde un punto de vista formal y material. Si, tal como establece la Constitución, la educación de nuestro país tiene por objeto el libre desarrollo de la personalidad en

el respeto de los derechos y libertades fundamentales, las familias no pueden evitar que se impartan contenidos que de por sí aborden la diversidad sexual, la igualdad de género o la salud sexual, aunque éstos confronten con los valores en los que educan a sus hijas e hijos. Es más, la infancia y adolescencia tiene derecho a recibir educación sexual y para la igualdad de género como parte del ideario educativo constitucional, precisamente para la protección de sus derechos en el ámbito educativo y ello no puede venir limitado por los derechos de las familias que, en todo caso, son temporales e instrumentales, pues lo que debe primar en todo caso el interés superior de las personas menores como titulares que son del derecho fundamental a la educación.

### **Bibliografía**

- Aláez Corral, B. (2003). *Minoría de edad y derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos.
- Aláez Corral, B. (2009a). Ideario educativo constitucional y respeto a las convicciones morales de los padres: a propósito de las Sentencias del Tribunal Supremo sobre “Educación para la Ciudadanía”. *El Cronista del Estado social y democrático de derecho*, 5, 24-33. Se sigue por su disposición en la página personal del autor, con numeración propia, pp. 22. Disponible en: <https://bit.ly/3ycx5gt>.
- Aláez Corral, B. (2009b). El ideario educativo constitucional como fundamento de la exclusión de la educación diferenciada por razón de sexo de la financiación pública. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 86, 31-64.
- Aláez Corral, B. (2011). El ideario educativo constitucional como límite a las libertades educativas. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 17, 91-129.
- Aláez Corral, B. (2013). El ejercicio autónomo de los derechos fundamentales por el menor de edad. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 21, 37-78.
- Álvarez Rodríguez, I. (2020). Debatiendo la constitucionalidad del pin parental, *E-Prints Complutense*. Se sigue por su disposición como working-paper en la página web del repositorio de producción académica en abierto de la UCM, pp. 14. Disponible en: <https://bit.ly/2MFUEfm>.
- Alzaga Villaamil, O. (2016). *Comentario sistemático a la Constitución Española de 1978*. Madrid: Marcial Pons.
- Cámara Villar, G. (1988). Sobre el concepto y los fines de la educación en la Constitución española». En *Introducción a los derechos fundamentales*. Madrid: Ministerio de Justicia.
- Climent Gallart, J. A. (2020). El pin parental y la jurisprudencia del TEDH. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 13, 102-121.
- Contreras Mazarío, J. M. (2021). Valores educativos, ideario constitucional y derecho de los padres: la cuestión del “pin o censura parental”. *Revista de Derecho Político*, 110, 79-112. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/rdp.110.2021.30329>
- Cotino Hueso, L. (1999). Reflexiones en favor de una concepción funcional de las libertades de la enseñanza. Una perspectiva diferente con la que abordar el diseño constitucional del sistema educativo. *Revista Cuadernos de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, 22-23. Se sigue por su disposición en la página personal del autor, con numeración propia, pp. 48. Disponible en: <https://bit.ly/3D0jwnK>.
- Cotino Hueso, L. (2012). *El derecho a la educación como derecho fundamental. Especial atención a su dimensión social prestacional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

- Díaz Revorio, F. J. (2002). *Los Derechos Fundamentales del Ámbito Educativo en el Ordenamiento Estatal y Autonómico de Castilla-La Mancha*. Ediciones Parlamentarias de Castilla-La Mancha.
- Fernández-Miranda Campoamor, A. (2007). Educación para la ciudadanía. Una perspectiva constitucional. En *Educación en valores. Ideología y religión en la escuela pública* (147-153). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Gómez Abeja, L. (2015). *Las objeciones de conciencia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Gómez Abeja, L. (2021). Apuntes constitucionales sobre el pin parental. *Actas del XVIII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España: Educación y Libertades en la democracia constitucional*. Se sigue por su disposición en la página web del Congreso, pp. 20. Disponible en: <https://bit.ly/3sT7lUu>.
- Jimena Quesada, L. (2000). La educación en derechos humanos y democracia en el marco del estado internacionalmente integrado: plano universal, terreno regional y ámbito comparado. En L. Cotino Hueso (coord.), *Derechos, deberes y responsabilidades en la enseñanza* (pp. 56-98). Valencia: Generalitat Valenciana.
- Jimena Quesada, L. (2011). Educación sexual y no discriminación en la jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales. *Revista Europea de los Derechos Fundamentales*, 17, 197-219.
- Llano Torres, A. (2010). Papel del Estado y derechos de los padres en la educación sexual y reproductiva. *Foro, Nueva época*, 11-12, 319-351.
- Marrades, A.; Sevilla, J.; Calero, M. L.; y Salazar Benítez, O. (2019). El lenguaje jurídico con perspectiva de género. Algunas reflexiones para la reforma constitucional. *Revista de Derecho Político*, 105, 127-160. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/rdp.105.2019.25270>
- Monterroza Baleta, V. (2021). El derecho de los padres a escoger el tipo de educación para sus hijos de acuerdo a sus convicciones religiosas y morales -caso pin parental-, interpretado a partir de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Actas del XVIII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España: Educación y Libertades en la democracia constitucional*. Se sigue por su disposición en la página web del Congreso, pp. 14. Disponible en: <https://bit.ly/3mhOXC5>.
- Muñoz, V. (2010). *Educación sexual, derecho humano: la piedra y el viento. El derecho humano a la educación sexual integral*. Montevideo: CLADEM.
- Nogueira, R. (1988). *Principios Constitucionales del Sistema Educativo Español*. Madrid: Centro de Publicaciones del Ministerio de Educación y Ciencia.
- Nuevo López, P. (2011). Educación sexual y derechos fundamentales: contribución a un debate necesario. *Revista de Derecho Político*, 80, 117-148.
- Pérez-Royo, J. (2020). La respuesta constitucional al veto parental. *eldiario.es*, 20-01-2020. Disponible en: <https://bit.ly/3rNZZ3d>.
- Rey Martínez, F. (2021). El ideario educativo constitucional: objeto de enseñanza y parámetro de validez del sistema educativo. *Actas del XVIII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España: Educación y Libertades en la democracia constitucional*. Se sigue por su disposición en la página web del Congreso, pp. 33. Disponible en: <https://bit.ly/31zWAua>.
- Saiz Arnáiz, A. (1999). *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos: el artículo 10.2 de la Constitución española*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial.
- Salazar Benitez, O. (2019). El derecho a la identidad sexual de las personas menores de edad. Comentario a la STC 99/2019, de 18 de julio de 2019. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 32.

- Salazar Benítez, O. (2020). El pin parental y el derecho a la educación. *eldiario.es*, 18-01-2020. Disponible en: <https://bit.ly/3umwoPN>.
- Sánchez Ferriz, R. (2000). Inserción de las cuestiones planteadas en nuestro marco constitucional. En L. Cotino Hueso (coord.), *Derechos, deberes y responsabilidades en la enseñanza (Análisis jurídico-práctico a la luz de las exigencias constitucionales)*. Valencia: Generalitat Valenciana.
- Serrano Pérez, M. M. (2009). La objeción de conciencia a educación para la ciudadanía (comentario a las SSTs de 11 de febrero de 2009). *Teoría y Realidad Constitucional*, 23, 457-479.
- Sevilla Merino, J. (2018). Derechos, Constitución y lenguaje. *Corts: Anuario de derecho parlamentario*, 31 (extra), 81-104.
- Suárez Llanos, L. (2020). El derecho a la educación: sus brechas de justicia, conciencia y género. *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, 23, 99-129.
- Teruel Lozano, G. M. (2021). Pin Parental e ideario educativo-constitucional: una cuestión abierta al debate democrático. *Actas del XVIII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España: Educación y Libertades en la democracia constitucional*. Se sigue por su disposición en la página web del Congreso, pp. 12. Disponible en: <https://bit.ly/3wkxUDS>.
- Torres Del Moral, A. (2004). El Estado internacionalmente integrado. En *Estado de Derecho y democracia de partidos* (109 y ss.). Madrid: Universidad Complutense de Madrid.
- Torres Del Moral, A. (2015). *Estado de Derecho y democracia de partidos. Una teoría del Estado constitucional contemporáneo*. Madrid: Editorial Universitas.
- Troncoso Reigada, A. (1996). La clase de religión y su alternativa constitucional. *Revista Vasca de Administración Pública*, 45 (1), 241-289.
- Valero Heredia, A. (2012). Ideario educativo constitucional y «homeschooling»: a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional 133/2010, de 2 de diciembre. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 94, 411-442.
- Valero Heredia, A. (2018). Integración social y derecho a la educación: a propósito de la Sentencia de 10 de enero de 2017, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Revista de Estudios Políticos*, 180, 255-274. Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/rep.180.09>
- Valero Heredia, A. (2019). Perfiles constitucionales del derecho a la educación y la libertad de enseñanza en el ordenamiento jurídico español. *Revista Vasca de Administración Pública*, 115, 191-213.
- Valero Heredia, A. (2020). El pin parental es inconstitucional. *infolibre.es*, 20-01-2020. Disponible en: <https://bit.ly/2R4cSJK>.
- Vázquez Alonso, V. (2020). La cara y la cruz: ¿Vulnera el “pin parental” el artículo 27 de la Constitución? *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 960.
- Velasco Arroyo, J. C. (2004). Republicanismo, constitucionalismo y diversidad cultural. Más allá de la tolerancia liberal. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, 125, 181-209.
- Vidal Prado, C. (2017). *El derecho a la educación en España. Bases constitucionales para el acuerdo y cuestiones controvertidas*. Madrid: Marcial Pons



# Nuevos reflejos de la debilidad del Parlamento

*New reflections of the weakness of Parliament*

**JOSÉ TUDELA ARANDA**

Letrado de las Cortes de Aragón.  
Profesor de Derecho Constitucional.  
Universidad de Zaragoza.  
jtudela@cortesaragon.es

DOI: <https://doi.org/10.7203/cc.2.22172>

Fecha de recepción: 27/08/2021

Fecha de aceptación: 02/10/2021

## **Resumen**

En este artículo se analizan los problemas que actualmente atraviesa la institución parlamentaria en España. El autor repasa los peligros que acechan, desde distintos ámbitos y sectores, al Parlamento como institución central de nuestro Estado democrático de Derecho, prestando especial atención a los efectos que sobre la misma ha tenido la crisis sanitaria global de la covid-19. Desde tales coordenadas se defiende la necesidad de que el Parlamento acometa un profundo proceso de renovación.

## **Palabras clave**

Parlamento; funciones; COVID-19; control; democracia.

## **Abstract**

*This article analyzes the problems currently facing the parliamentary institution in Spain. The author reviews the dangers that lie in wait, from different spheres and sectors, to Parliament as the central institution of our democratic State of Law, paying special attention to the effects that the global health crisis of covid-19 has had on it. From such coordinates, the need for Parliament to undertake a profound process of renewal is defended.*

## **Keywords**

*Parliament; functions; COVID-19; control; democracy.*

## Sumario

**I. Introducción. – II. La función legislativa. La extraña (o no tanto) normalidad del Decreto-Ley. – III. Control del Gobierno. Del Gobierno en funciones al Gobierno ausente. – IV. Señales preocupantes. El Parlamento y las líneas rojas. – V. Reflexiones para un mañana que es presente. *Bibliografía.***

### I. Introducción

Los estudios sobre el Parlamento se encuentran ensombrecidos por una mancha de pesimismo. Si bien puede aducirse que es una afirmación demasiado generalista, lo cierto es que la literatura académica viene proyectando bien de forma expresa bien de forma implícita la imagen de un Parlamento débil, en crisis (Greciet, 2012; Astarloa, 2017). Como he sostenido en otros trabajos, mi opinión se alinea con ese pesimismo. El Parlamento es hoy una institución “perdida”. Con este adjetivo quiero expresar su falta de adecuación a un nuevo contexto político y social, lo que trae como consecuencia fracaso en el ejercicio de sus funciones singulares; debilidad de su función principal, la representación política; y, en consecuencia, distancia con los ciudadanos. La crisis provocada por la pandemia originada por la Covid-19 era una oportunidad para que la Institución pudiese reivindicarse y, hasta un cierto punto, reinventarse. Me explico. La pandemia provocó una situación social y política que requería muy especialmente del Parlamento. Se necesitaban acuerdos políticos que debían fraguarse con las características del trabajo parlamentario, deliberación y publicidad; eran precisas reformas legislativas que debían pasar por el tamiz de los órganos parlamentarios; el Gobierno adquiriría, necesariamente, una dosis de poder extraordinario y, en consecuencia, su control era más importante que nunca. Pero, por encima de todo, el Parlamento debía transmitir a los ciudadanos un mínimo de confianza en las instituciones en la que, probablemente, era la crisis más grave en décadas. Si se hubiese respondido, al menos parcialmente, de acuerdo con estas exigencias, no tengo duda de que el Parlamento hubiese recuperado una parte de su prestigio perdido. Pero, creo, no ha sido así.

También es preciso explicar la alusión a la oportunidad de reinención. Para el Parlamento, lo primero que resultó evidente es que era necesario articular una distinta forma de trabajar. Las exigencias sanitarias restringían la posibilidad de reuniones y, en consecuencia, debía arbitrar formas novedosas para poder seguir activo, aunque fuese quebrando una de sus premisas, como es la presencialidad (García Escudero, 2020: 19). En este punto, es preciso llamar la atención sobre el hecho, cuando menos sorprendente, de que se tardase en comprender el carácter esencial de la actividad parlamentaria y que durante algún tiempo, que en algunas Comunidades Autónomas fue largo, permaneciese cerrado por “razones sanitarias”. Sin duda, éstas existían y obligaban a adoptar

determinadas medidas que afectaban a la forma ordinaria de trabajo. Pero lo mismo sucedía en muchas profesiones que en ningún momento consideraron la posibilidad de parar completamente. Parece obvio pero es preciso decirlo. En un sistema democrático, en ninguna circunstancia el Parlamento puede detener su actividad. Pero se trataba de explicar la alusión a la reinversión. Pasadas las primeras semanas, se pensó cómo hacer compatible la necesaria actividad parlamentaria con las limitaciones impuestas por las características de la pandemia. La consecuencia inmediata fue arbitrar fórmulas de “teletrabajo parlamentario”, extendiendo significativamente la posibilidad de votación a distancia y disminuyendo considerablemente el número de diputados presentes en los distintos órganos parlamentarios (VV.AA., 2020). Es fácil predecir que algunos de los hábitos adquiridos durante la pandemia han llegado para quedarse. Y es aquí donde emerge el significado de la expresión “reinversión”. El Parlamento ha descubierto posibilidades de trabajo que deberían ayudarle a ampliar su abanico de actividad. Desarrollar esas posibilidades es un reto inmediato para la Institución. Por el contrario, debe evitarse la tentación de convertir en hábito aquello que quiebra principios esenciales.

En estas líneas preliminares, es también preciso aclarar que si bien este análisis se va a centrar en lo sucedido en las Cortes Generales y, muy especialmente, en el Congreso de los Diputados, ello no debe ocultar que la realidad parlamentaria en España sólo se puede entender desde el presupuesto de la existencia de diecisiete Parlamentos autonómicos. Por ello, añadiré una breve reflexión sobre lo que un primer análisis de lo sucedido en estos Parlamentos puede aportar a un estudio con los objetivos declarados. Y al hilo de la misma, se realizará una referencia a la reforma del Reglamento del Parlamento de Andalucía, como un síntoma más de la pérdida de referencias necesarias en la que se encuentra sumergido no sólo el modelo parlamentario sino el sistema político en su conjunto (Tudela, 2020a).

La pandemia ha sido una tormenta perfecta. También para el Parlamento. Y como respecto de otras muchas cosas, mayoritariamente no va a ser causa directa de cambios o debilidades. Más bien, ha sido, es, un suceso propicio para levantar el velo de insuficiencias y disfunciones acumuladas y un catalizador de cambios. Así, los datos que se pueden obtener hoy del hacer parlamentario durante la crisis deben conjugarse con la descripción tanto de las dinámicas políticas en las que se ha desenvuelto como de las características que definían al Parlamento pre crisis. Lógicamente, no es posible en estas páginas hacer el análisis exhaustivo que se requiere. Pero, en todo caso, se realizará una breve aproximación a esas dinámicas que explican en buena medida el correcto o incorrecto funcionamiento de la Institución.

Hasta que la crisis política se tradujo electoralmente en las elecciones de 2015, el sistema político había funcionado de acuerdo con la lógica parlamentaria con la que se había diseñado. El gobierno que había obtenido la confianza parlamentaria, disponía de una cómoda mayoría en el Parlamento que le permitía controlar la acción política (Paniagua, 2012). A lo sumo, había ejemplos de gobiernos que, aún minoritarios, se encontraban suficientemente cerca de la mayoría absoluta para poder jugar con el apoyo de una u otra formación en la lógica de lo que se denominó, geometría variable durante los gobiernos de José Luis Rodríguez Zapatero<sup>1</sup>. Pero la fecha señalada, todo cambió. Cinco años, cuatro elecciones generales, dos Legislaturas fallidas, una moción de censura

1 La fórmula, resultó políticamente exitosa. El Gobierno superó casi todas las votaciones, [https://elpais.com/diario/2009/06/28/espana/1246140005\\_850215.html](https://elpais.com/diario/2009/06/28/espana/1246140005_850215.html)

constructiva victoriosa, ninguna mayoría estable de gobierno. Todo ello ha tenido profundas consecuencias sobre el desenvolvimiento de nuestra forma de gobierno (VV.AA., 2017). En las Comunidades Autónomas, si bien la situación ha sido sustancialmente más estable (no se han producido legislaturas fallidas y los gobiernos han acabado con normalidad sus mandatos), también han abundado los gobiernos en minoría (Guillén, 2019: 83-84). Algunos han visto en este tiempo, la recuperación del protagonismo político por el Parlamento. En mi opinión, ese protagonismo ha sido más efectista que efectivo. Por el contrario, se ha producido una grave distorsión del régimen parlamentario, hasta el extremo de poder calificarse como perversión. En un sistema parlamentario, por definición, el gobierno debe sustentarse en una mayoría parlamentaria estable. Si no es así, si se gobierna en minoría, se trata de una disfunción del sistema. La necesaria recuperación política del Parlamento no puede traducirse en que asuma la dirección política, al modo de un régimen asambleario (Aragón, 2017: 29-31). No ha sucedido esto. Pero tampoco el Gobierno dispone de una mayoría parlamentaria suficiente como para ejecutar sus políticas como correspondería a la ortodoxia del sistema parlamentario. Reflejo de ello es la reiterada utilización del Decreto-Ley o la prórroga por seis meses del segundo estado de alarma<sup>2</sup>. En todo caso, se trata de una grave distorsión del sistema. Una distorsión que tiene causa tanto en una objetiva compleja composición de las Cámaras como en la dificultad de las formaciones políticas para alcanzar un mínimo sustrato de acuerdo que facilitase un gobierno estable. Mas, con todo, la experiencia ha demostrado que incluso en este marco político, el protagonismo del Parlamento es reducido. Ejemplo elocuente de ello es lo sucedido durante la pandemia, periodo en el que el rol del Parlamento ha sido casi irrelevante.

La realidad política española exige una acotación adicional. He denunciado la anormalidad que supone la incapacidad para conformar una mayoría estable de gobierno. Incluso para aproximarse a la misma. Y he señalado que sin la misma es muy difícil que un sistema político basado en una forma de gobierno parlamentaria puede desempeñarse con eficacia y ortodoxia constitucional. Una reflexión que aplicada al caso español y a lo sucedido en los últimos años, implica que, en mi parecer, la mencionada ausencia de mayorías sea una de las causas principales de los muy graves déficits de funcionamiento de nuestro sistema. Ahora bien, para disponer de una imagen más completa, es preciso dar un paso más y subrayar cómo la actual composición de las Cámaras dificulta extraordinariamente ese objetivo. La fuerte presencia de partidos independentistas y/o situados a ambos extremos del arco parlamentario, restringe sobremanera las posibilidades de una mayoría coherente con el actual sistema constitucional. De hecho, lo hace casi imposible a salvo de un hipotético y, por lo que se ha visto hasta ahora, imposible, acuerdo entre los dos principales partidos.

El sistema político no sólo se ha fragmentado. Se ha polarizado de forma extrema. Hace diez años, la presencia de fuerzas radicales, en uno u otro sentido, era extremadamente minoritaria. Hoy, superan los cien escaños. Necesariamente, su influencia es decisiva. No sólo por lo que suponen en sí mismas. También por la radicalización a la que llevan a los dos grandes partidos que ven temer parte de su electorado. Lógicamente, ello afecta al trabajo en el Parlamento. El Parlamento es deliberación y adopción de las decisiones por mayoría. Por

---

2 Creo que es claro que si el Gobierno hubiese dispuesto de una mayoría estable en el Congreso de los Diputados se hubiese limitado a seguir la pauta de la prórroga por quince días. La explicación de una decisión tan poco "ortodoxa" como extender la prórroga a seis meses sólo se puede vincular a la extrema dificultad que para alcanzar las mayorías necesarias depara la actual composición del Congreso de los Diputados.

supuesto, no se trata de buscar unanimidades ni siquiera consensos generalizados. Pero en el ethos de la Institución está el ser locus del acuerdo. Al menos, de acuerdos esenciales en las grandes materias. La actual composición del Parlamento español y, es preciso repetirlo, la actitud de los dos grandes partidos, hace imposible que se logren esos acuerdos. Por otro lado, la consecución de las mayorías necesarias para sacar a delante las propuestas gubernamentales es también una operación compleja, con costes diversos. El Gobierno busca evitar el Parlamento; los debates derivan en broncas rudimentarias; la oposición no logra medir el sentido del control. Por lo demás, la labor de los órganos rectores de las Cámaras no ayuda. Lejos de buscar el espacio adecuado para la Institución, se han limitado a procurar hacer realidad las necesidades del gobierno. Así, es sencillo explicar por qué lejos de aprovechar la oportunidad, el Congreso ha vuelto a evidenciar sus debilidades. Una situación que no puede considerarse de forma aislada sino que exige su inserción en un examen global del funcionamiento de nuestro sistema político.

Una conclusión relevante que puede extraerse de lo expuesto es que resulta preciso buscar el protagonismo del Parlamento de forma coherente con el funcionamiento racional del modelo parlamentario establecido en la Constitución. Y en ese modelo, los gobiernos sostenidos por una minoría alejada de la mayoría, con necesidad de arduas y complejas negociaciones para conseguir la mayoría necesaria en cada votación, son una anomalía. Una anomalía incoherente con el modelo y, por todo, les conduce a estar necesariamente abocados al fracaso o a producir muy negativas consecuencias. Hay que vindicar y fortalecer el Parlamento en la dinámica ordinaria del régimen parlamentario. Cumpliendo, por tanto, las funciones que le corresponden. Cumpliéndolas, eso sí, con la efectividad y eficacia necesarias.

## II. La función legislativa. La extraña (o no tanto) normalidad del Decreto-Ley

Si se analiza la actividad de un Parlamento, es forzoso fijarse en la función legislativa, una de sus dos funciones principales y, en todo caso, la de mayor carga simbólica. El estudio del ejercicio de la función legislativa en un Parlamento se puede hacer, y se ha hecho con profusión, desde perspectivas muy diferentes. Dejando de lado el estudio de la naturaleza de la ley, se pueden analizar cuestiones como la regulación del procedimiento legislativo y sus consecuencias; la calidad técnica de las leyes aprobadas; el número y clase de leyes aprobadas, o, entre otras, la distribución de las mismas según su iniciativa. Todas son cuestiones significativas. Pero en los últimos años, en general, han sido postergadas por la “normalización” del Decreto-Ley (Carmona, 1997; Aragón, 2016). Una norma que si bien había sido utilizada con frecuencia excesiva por todos los gobiernos de la democracia, ha pasado en la última década a, sin exageración alguna, protagonizar la función legislativa del Parlamento, hasta el extremo de trascender los análisis académicos para ser objeto de reflexión cotidiana<sup>3</sup>. Una expansión, resulta preciso señalarlo, a la que contribuyó una doctrina “permissiva” del Tribunal Constitucional. Hoy, como se verá, se aprueba un número significativamente mayor de decretos-leyes que de leyes. Y si bien se pueden apreciar circunstancias coyunturales que ayudan a explicar este

3 Por todos, este artículo de Ignacio Varela publicado en El Confidencial el 14 de abril de 2021: [https://blogs.elconfidencial.com/espana/una-cierta-mirada/2021-04-14-pandemia-pretexto-alarma-estado-derecho\\_3033064](https://blogs.elconfidencial.com/espana/una-cierta-mirada/2021-04-14-pandemia-pretexto-alarma-estado-derecho_3033064)

hecho, hay elementos suficientes para poder intuir un cambio estructural. Hace tiempo que el estudio de la actualidad del Decreto-Ley trasciende el análisis de una norma en concreto. En mi opinión, hoy se relaciona directamente con la esencia de la función legislativa y con la necesaria reformulación de ésta. Se trata de un fenómeno complejo en el que confluye la necesidad propiciada por un nuevo modelo social; circunstancias políticas como las descritas; o, desde luego, malos hábitos políticos. Factores coyunturales y factores estructurales que se entrecruzan hasta distorsionar severamente una de las funciones principales del Parlamento.

No hay exageración en estas palabras. Las cifras hablan por sí solas. Si la crisis económica de 2008 produjo una primera eclosión del uso de esta figura, la verdadera transformación de su rol constitucional sucede en el marco del Parlamento fragmentado y, más en concreto, con la sucesión de gobiernos sin el apoyo de una mayoría parlamentaria estable. Es decir, a partir de la X Legislatura. Desde entonces, recuérdese, dos Legislaturas fallidas (XI y XIII), una que se escinde en dos gobiernos con mayorías minoritarias bien diferentes (la XII) y otra con Gobierno minoritario (la XIV). Para lo que estas líneas quieren ilustrar, nos serviremos de lo sucedido en la XII y en la XIV. Si bien es cierto que en ambas concurren circunstancias extraordinarias (éxito de una moción de censura y pandemia, respectivamente), no dejan de ser ilustrativas de la deriva de la función legislativa.

Por primera vez en la reciente historia de España, una Legislatura escindió su tiempo entre dos gobiernos de signo opuesto. Una primera etapa, desde el 19 de julio de 2016 hasta el 1 de junio de 2018, ostentó la Presidencia el líder del Partido Popular, Mariano Rajoy con el apoyo de 170 Diputados. Desde el triunfo de la moción de censura, hasta el 5 de marzo de 2019, el Gobierno fue presidido por el líder del PSOE, Pedro Sánchez con un apoyo parlamentario de 151 Diputados. Uno y otro Gobierno tuvieron serias dificultades para obtener las mayorías necesarias en el Congreso para aprobar sus iniciativas. El resultado fue que durante la misma se tramitaron 49 proyectos de ley y 65 decretos leyes. Lo excepcional se había convertido, con generosidad, en lo habitual. También es significativo el reparto entre los dos periodos. El Gobierno de Mariano Rajoy remitió en 22 meses, 30 decretos leyes. El Gobierno presidido por Pedro Sánchez, en 9 meses, 35. Todos los decretos leyes, menos uno aprobado por el Gobierno de Mariano Rajoy, fueron convalidados. Pero para tener una cabal idea de lo que significan estas cifras, hay que volver a los proyectos de ley. De los 23 que presentó el Gobierno de Mariano Rajoy, fueron aprobados 17 y 6 caducaron o se retiraron. Por su parte, el Gobierno de Pedro Sánchez presentó hasta 32 proyectos, aprobándose sólo cuatro.

El balance de la XIV Legislatura debe realizarse con más cautela tanto por el relativamente escaso tiempo transcurrido cuando se escriben estas líneas (apenas 20 meses) como por el hecho de que la mayoría de ese tiempo ha sido dominado por una circunstancia extraordinaria como la pandemia que puede explicar razonablemente una parte del recurso al Decreto-Ley. Pero, de nuevo, el hecho esencial para comprender el desenvolvimiento de la función legislativa en las Cortes Generales va a ser la composición del Congreso y la correspondiente posición inestable de un Gobierno asentado sobre una mayoría conformada por 155 Diputados. En estas circunstancias, hasta el 1 de agosto de 2021, se han aprobado un total de 55 decretos leyes y 33 leyes.

Éstas y otras cifras reflejan bien como la anomalía se ha convertido en regla. Así, en relación con la función legislativa se puede apreciar como el Decreto-Ley sustituye a la iniciativa legislativa ordinaria como instrumento preferente del Gobierno para legislar.

En conjunto, la preeminencia del Decreto-Ley supone un paso más en el desapoderamiento del Parlamento en el conjunto de la función legislativa. Así, alguno podría llegar a decir que el cambio no es tan relevante. En un Parlamento con mayoría gubernamental estable, la ley es la que el gobierno desea que sea. También en ese caso el protagonismo de la Institución parlamentaria es muy relativo. Ello es así y por ello mismo es ya tradicional considerar que la actividad nuclear del Parlamento contemporáneo es el control. Pero la sustitución del ejercicio ordinario de la función legislativa por el dominio del Decreto-Ley representa un cambio cualitativo de indudable transcendencia. Supone el desapoderamiento del Parlamento de una parte significativa de su esencia en una función primordial. Por más que el gobierno pudiese imponer un criterio, se veía obligado a sustanciar distintos trámites parlamentarios y los distintos grupos parlamentarios, no sólo de oposición, tenían la opción de modular el texto gubernamental. También podían expresar su opinión final con matices, sin necesidad de tener que optar por un apoyo o un rechazo global. Todo ello es sabido y no es preciso insistir. Sí es necesario hacerlo sobre lo que de desparlamentarización de la vida política tiene el hecho de que el Decreto-Ley se convierta en la forma habitual de legislar.

El abuso de la figura del Decreto-Ley ha sido similar en el Estado y en las Comunidades Autónomas que disponen de esta fuente en su ordenamiento. Aunque es mayoritario el pensar que en el ámbito autonómico este instrumento es superfluo, políticamente resultaba inevitable la mimesis, cuando las Comunidades Autónomas han replicado todo el sistema institucional del Estado. Y similar sea cual sea la formación política que ostentaba el correspondiente Gobierno. Lo cual, no es ocioso señalarlo, resulta una ventaja para su análisis. No sólo porque la generalización de rasgos facilita la obtención de conclusiones. También porque las limpia, las debería limpiar, del óxido contaminante que para el análisis científico es la lucha partidista.

Como he indicado, la suma de una serie de circunstancias que pueden considerarse coyunturales (crisis económica; ausencia de mayorías parlamentarias; pandemia), son factores objetivos que explican y, en algunos casos, incluso justifican siquiera parcialmente, la utilización del Decreto-Ley. Pero, en mi opinión, junto a estas razones circunstanciales subyacen otras más profundas. Razones que llegan a afectar al ser de la Institución parlamentaria, al poner en tela de juicio su capacidad en relación con una de sus funciones esenciales. Es por ello, por lo que entiendo preciso no desvincular esta circunstancia de la situación general en la que se encuentra la Institución.

Cualquier conocedor del Derecho constitucional sabe que el Decreto-Ley es una fuente extraordinaria del ordenamiento. Extraordinaria porque altera el reparto de funciones entre poder legislativo y poder ejecutivo. Su presupuesto inexcusable, la existencia de "extraordinaria y urgente necesidad". Dos adjetivos que no se superponían, se trataban de circunstancias que debían confluír, redundando en el carácter excepcional de esta fuente del derecho. Hasta fechas casi inmediatas, el debate académico, y jurisprudencial, sobre el Decreto-Ley se ha centrado en el alcance de esos adjetivos y, secundariamente, en la definición de las materias que tenía reservadas. Creo que seguir poniendo el foco en ello, es velar por las cuestiones principales que pone de manifiesto el generalizado abuso que se realiza de su uso. Su importancia es evidente. Tanta que de su enjuiciamiento dependerá la constitucionalidad o no de un determinado texto. Pero cuando en una Legislatura se aprueba un número de decretos-leyes que duplica al de las leyes; cuando el fenómeno no sólo se mantiene sino que se incrementa cada año allí donde existe la figura; y cuando todos somos conscientes de que son numerosos los textos que permanecen en vigor con dudas

más que razonables sobre la existencia del presupuesto habilitante, parece conveniente intentar levantar la pátina de la apariencia, para aproximarse a cuestiones más estructurales.

El tradicional mal uso del Decreto-Ley se ha incrementado sustancialmente en los últimos años por razones profundas y que afectan a la estructura del sistema político y constitucional. Aunque podrían mencionarse algunas más, destacaré las tres que estimo principales. En primer lugar, la crisis de la ley como fuente ordinaria del Derecho y expresión de la dirección política de una comunidad. En segundo lugar, un cambio en el sistema de partidos y, en consecuencia, en la gobernabilidad del Estado a la que los actores no han sabido reaccionar. En tercer lugar, la débil cultura institucional que muestra la política española. Me extenderé mínimamente sobre estas cuestiones.

No se reflexiona suficientemente sobre la ley. Se insiste en problemas como una defectuosa técnica legislativa; los cambios constantes en la legislación o la ineficacia de muchas normas. Pero no se pregunta, no al menos con la necesaria insistencia, por las razones que provocan que podamos definir los anteriores rasgos, y otros que podrían citarse, como estructurales. Creo que, al margen de problemas coyunturales, todos ellos se encuentran en la dificultad de adaptar la forma de elaboración, estructura y lenguaje de las leyes tradicionales, al nuevo contexto social, económico y tecnológico. El recurso al Decreto-Ley es, al menos en ocasiones, la respuesta que se encuentra a las objetivas dificultades que plantea el ejercicio natural de su iniciativa legislativa (Tudela, 2020b: 21-48).

Las razones de las dificultades por las que atraviesa la ley y, en general, el ejercicio de la función legislativa, son múltiples. Pero entre ellas es posible destacar un hecho esencial: la aceleración del tiempo y su necesaria repercusión en el Derecho. La vocación de permanencia es innata a la norma jurídica, condición de eficacia e, incluso, de legitimidad. No en vano su formulación moderna se encuentra vinculada al sueño de la razón. De una razón capaz de transformar la realidad. Para que ello fuese posible, condición necesaria es que esa realidad sea esencialmente estable. Y así ha sido durante mucho tiempo. Y cuando no lo ha sido, el Derecho se ha enfrentado a crisis de inoperancia. En tiempos convulsos, de transformaciones radicales, la realidad no se rige por el Derecho. Hoy, nuestro tiempo se caracteriza por presupuestos contrarios a las premisas exigidas por las características de la ley clásica. La provisionalidad se ha convertido en estado, de casi nada se puede asegurar una mínima pervivencia en el tiempo. Responder a los retos que esta circunstancia plantea es tan necesario como complejo.

El cambio en el sistema político bien podría mencionarse como una circunstancia coyuntural. Aún si así fuese, merecería un comentario por su transcendencia más allá del propio recurso al Decreto-Ley. Pero si la menciono en este punto es porque creo que tiene un vínculo profundo con el mencionado cambio social. Las circunstancias políticas son hoy particularmente volátiles. Es posible que en un tiempo cercano se pueda llegar a conformar una mayoría parlamentaria aparentemente estable. Pero nadie podrá garantizar que la estabilidad ha regresado como característica de nuestro sistema político. Además, es previsible que durante un periodo relativamente largo, cualquier mayoría dependa de fuerzas políticas radicales, si no directamente situadas fuera del sistema político. Todo ello me ratifica en la idea de que la estabilidad como presupuesto de un ortodoxo ejercicio de la función legislativa está hoy más cerca del pasado que del presente y futuro inmediato. En estas circunstancias, necesariamente, el Decreto-Ley adquiere una nueva dimensión que lo aleja sustancialmente de sus orígenes y que llega a afectar al nervio de la forma de gobierno. Deja de ser una norma que responde estrictamente a la necesidad del

gobierno de dar una respuesta con valor de ley a circunstancias extraordinarias para ser un instrumento del gobierno para evadir su debilidad en el Parlamento.

En todo caso, el abuso y mal uso del Decreto-Ley trasciende la mayoría que pueda sustentar a un gobierno. La mera comodidad y el desdén por los trámites parlamentarios lo alimentan allí donde sí existe esa mayoría. No es sino un reflejo más de cómo, en demasiadas ocasiones, líderes y partidos se relacionan con el orden institucional. Y es que la crisis de la función legislativa y la deficiente utilización del Decreto-Ley, no son hechos aislados. Deben insertarse en un severo deterioro del sistema institucional. Casi todas las instituciones y las categorías más relevantes del sistema constitucional han sido castigadas en los últimos años por lo que al menos se puede calificar como irresponsable comportamiento de las fuerzas políticas, sin excepción alguna en este punto. Poco a poco se han ido traspasando presumibles líneas rojas hasta llegar al extremo de insertar en la normalidad hechos que en cualquier otro momento hubiesen sido causa de razonable escándalo. Como siempre, las explicaciones son múltiples. Cualquier reduccionismo es una simpleza excesiva para un fenómeno particularmente relevante. Pero es difícil no ver en la débil cultura institucional de nuestros actores políticos una de las más relevantes. Un hecho necesariamente agravado en tiempos de confusión política. Los ejemplos se multiplican. No es preciso más que observar la situación de los distintos órganos constitucionales para darse cuenta de la gravedad del fenómeno. La situación ha trascendido la preocupación académica para formar parte del debate social. Si los distintos actores políticos no toman conciencia de la gravedad de la situación y de sus consecuencias, no habrá solución. Como indiqué, en relación con el Decreto-Ley y, en general, con el desempeño de la función legislativa, no será suficiente. Pero sí es una condición indispensable. Precisamente, la relevancia de los cambios sociales acaecidos durante los últimos años y que son causa necesaria de disfunciones institucionales, obliga a multiplicar la prudencia y el sentido de Estado. Sucede lo contrario. Las distintas fuerzas políticas se suben con entusiasmo a las peores corrientes y acaban convirtiéndose en agentes de corrosión en vez de cumplir el papel que les corresponde. Es forzoso insistir en este particular. La erosión del sistema institucional tiene muy graves consecuencias. Las gotas erosionan el suelo y éste, un día inesperado, cede.

La reflexión sobre el Decreto-Ley debe finalizar con una doble consideración. Por un lado, resulta preciso llamar la atención sobre la gravedad del hecho de su conversión en la fuente ordinaria del ejercicio de la función legislativa. De esta manera, se facilita el gobierno en ausencia de mayoría parlamentaria y se acaba consagrando una situación que cabe calificar como de anormalidad constitucional. Una forma parlamentaria exige la existencia de mayorías de gobierno estables. Si acaba siendo norma lo contrario, gobiernos sostenidos por minorías alejadas de esa estabilidad y, por tanto, necesariamente reacias a gobernar con el Parlamento, la forma de gobierno se adultera. Lo relevante del caso español es que la dificultad (objetiva y subjetiva) para lograr esa estabilidad, invita a pensar que lo que en un principio se pensó pudiese ser una circunstancia coyuntural, se acabe convirtiendo en rasgo estructural del sistema y, por tanto, en un virus infeccioso de consecuencias imprevisibles.

Junto a lo anterior, hay que regresar a las corrientes subyacentes a la explosión del Decreto-Ley. Como indiqué, particular relevancia tiene la aceleración del ritmo de los cambios sociales. La relación entre el tiempo y el derecho ha mutado y lo ha hecho de forma que se alteran presupuestos clásicos y esenciales de nuestra comprensión del ordenamiento jurídico. En relación con el Decreto-Ley, bien puede decirse que hoy lo extraordinario es ordinario. Se vive en lo "extraordinario". Sólo hay que ver la velocidad con la que temas y datos

desaparecen para ser sustituidos por otros igual de contingentes, pero, también, igual de extraordinarios, en los dos sentidos del término. Así las cosas, la apelación al Decreto-Ley se convierte en ocasiones en la única, al menos el más eficaz, instrumento con el que cuenta el poder público para hacer frente a determinadas situaciones.

No es posible negar que la “normalización” del Decreto-Ley es una grave anomalía constitucional. Como he querido explicar, las causas son diversas y se deben tanto a defectuosas prácticas políticas como a circunstancias más complejas que trascienden a esta fuente del Derecho. La reflexión sobre el Decreto-Ley debe insertarse hoy en un debate más amplio sobre la ley en la que se planteen nuevas líneas de trabajo y/o una nueva utilización de instrumentos ya existentes como la ley de bases o algunos procedimientos legislativos especiales (García Rocha, 2020). Hasta que ello suceda, hay que exigir de los distintos sujetos políticos una mayor responsabilidad en el uso de una fuente del derecho que es en si misma y en todo caso, una relevante distorsión del sistema. Mientras los distintos partidos no se avengan a la práctica de la autocontención, sólo quedará confiar en que el Tribunal Constitucional rectifique su tradicional complacencia con su uso para establecer criterios más rígidos al respecto<sup>4</sup>.

### III. Control del Gobierno. Del Gobierno en funciones al Gobierno ausente

La relación entre las Cortes Generales y el poder ejecutivo en relación con la función de control ya había pasado por una situación que bien puede calificarse a la par de extraordinaria e insólita. Me refiero, lógicamente, a la negativa del Gobierno en funciones de Mariano Rajoy a ser controlado por el Parlamento por el hecho de estar “en funciones” (Ripollés, 2017: 171-174). Como es sabido, este planteamiento contradecía todos los presupuestos teóricos comúnmente aceptados hasta ese momento. Desde su constitución, Congreso y Senado se encuentran en plenitud de facultades (Aragón, 2017: 24-25; Visiedo, 2017: 198-202). Una plenitud evidente en el ámbito de su autoorganización, pero también en el ejercicio de sus funciones naturales, siempre que no resulten restringidas... por las limitaciones derivadas de la existencia de un gobierno en funciones. Una situación que no había planteado problema alguno, dados los automatismos con los que había funcionado el sistema político constitucional. Pero, de nuevo, todo cambió con la mutación del sistema político. Así, y en relación con la función de control, una concreta circunstancia, la extensión de la situación provisional del Gobierno por un año (desde el 26 de octubre de 2015 hasta el 29 de octubre de 2016), suscitó una controversia política y jurídica inimaginable hasta ese momento. No me extenderé en este punto (VV.AA., 2017). Sólo recordaré que el Gobierno se negó a atender distintos requerimientos del Congreso en ejercicio de la función de control y que ello provocó la interposición por el Congreso de un conflicto de competencias al Gobierno en decisión del Pleno de 6 de abril de 2016. Para entender en toda su dimensión lo sorprendente del caso, hay que señalar que en el inicio de la Legislatura, sendos informes de las Secretarías Generales de las Cámaras, asumían la ruptura de la relación de confianza entre el Parlamento y un gobierno en funciones, lo que provocaba

---

4 En este sentido, puede interpretarse la STC 124/2021, de 3 de junio recaída sobre la Disposición Final Segunda del Decreto-Ley 8/2020 de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del Covid-19.

que se excluyese la posibilidad de la responsabilidad política y se entendiese que, excepcionalmente, el ejercicio de la función de control debía limitarse a las funciones residuales que podía ejercer el Gobierno. El problema radicaba en que éste negaba que, incluso, respecto de estas funciones residuales, el Parlamento pudiese ejercer control alguno.

La cuestión jurídica de fondo ha sido sobradamente estudiada (García Roca, 2017: 131-150; Reviriego, 2017: 151-176), y prácticamente resuelta con la Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de noviembre de 2018, estimando el conflicto de competencias planteado por el Congreso. De acuerdo con la misma, el Gobierno, al negar que el Congreso pudiese ejercer labor de control entre otras la comparecencia en la Comisión de Defensa cuya negativa fue origen del conflicto, menoscabó la función constitucional de control prevista en el 66.2. La Sentencia concluía recordando que la actuación de los dos órganos constitucionales, Gobierno y Cortes Generales deberían ejercerse “de acuerdo con el principio de lealtad institucional que ha de presidir las relaciones entre los órganos constitucionales”.

Si traigo a colación este suceso, que hoy puede parecer muy lejano, es porque creo que vuelve a ser manifestación evidente de nuestra cultura política. Más, de su peligrosa deriva. Y porque es un innegable precedente de la situación que se ha generado en las relaciones Gobierno/Parlamento alrededor de la pandemia, como inmediatamente intentaré explicar. No hay síntoma más elocuente de que se trata de una enfermedad que ha infectado a todo el sistema que el hecho de que los actores políticos se inviertan. Si entonces fue un Gobierno del Partido Popular quién erosionó severamente el ejercicio de las funciones parlamentarias, durante la pandemia ha sido un Gobierno del Partido Socialista. Si se analizase lo sucedido en las distintas Comunidades Autónomas, encontraríamos más argumentos para ratificar esta tesis. Los distintos gobiernos desdeñan el hacer parlamentario, con independencia de quién se encuentre al frente.

A continuación, realizaré un breve análisis del desenvolvimiento de la función de control por el Congreso de los Diputados durante la pandemia. Lo sucedido con el Gobierno en funciones de Mariano Rajoy sirve perfectamente de síntesis conceptual. No es sencillo que un gobierno acepte con normalidad el ejercicio de la función de control, incluyendo aquellos momentos en los que ésta les puede resultar más desagradable. Que directamente o a través de su Grupo Parlamentario trate de obstaculizar su ejercicio entra dentro de las pautas de la normalidad democrática. Durante muchos años, nuestro sistema se desarrolló en esa normalidad, si bien en demasiadas ocasiones la actuación de la mayoría llegó a suponer un lastre excesivo para un adecuado ejercicio de la función. Pero todo se desarrolló en el margen de la anormalidad “normal”, en el margen de las disfunciones asumidas y aceptadas por todo ordenamiento. Es esta línea roja la que se rompió cuando el Gobierno de Rajoy se negó a ser controlado y es la que se ha roto durante la pandemia. Con un denominador común que es preciso subrayar desde el primer momento. En ambos casos, el Gobierno se encontraba en una situación que exigía un mayor control. En un supuesto, precisamente, por encontrarse en funciones; en otra, por haber acumulado los poderes propios de un estado de alarma, amén de por especial gravedad de la situación.

En estas páginas, me voy a centrar en aspectos que bien pueden considerarse secundarios. La razón fundamental es que las cuestiones más relevantes han sido sobradamente tratadas, especialmente la prórroga de seis meses, aunque sobre este extremo realizaré una breve referencia (Garrido, 2021). Pero también porque las considero significativas de lo que se quiere denunciar en estas páginas. En todo caso, es preciso recordar la premisa de que cualquier

situación de excepción implica en un sistema constitucional el reforzamiento de los poderes del Parlamento. Y así lo entendió nuestro constituyente. Así, el párrafo 5º del artículo 116 de la Constitución bien puede considerarse como una cláusula de garantía del poder legislativo frente a la acción del ejecutivo en cualquiera de los estados de excepción. Al respecto, es preciso destacar que en el mismo se establecen dos significativas premisas. Por la primera, se impide al Gobierno disolver el Congreso estando vigentes cualesquiera de estos estados. Por la segunda, se impone la necesidad de actividad. Declarado cualquiera de ellos, las Cámaras quedarán inmediatamente convocadas si estuvieran fuera del periodo de sesiones y su funcionamiento no podrá ser interrumpido. En el caso de que el Congreso estuviese disuelto, se hace previsión expresa de que sus competencias serán ejercidas por la Diputación Permanente. Es la lógica de la democracia constitucional. A más poder, más control.

Tan sólo un breve apunte sobre la prórroga de seis meses. Como he indicado, no voy a analizar las dudas que plantea su constitucionalidad, que en mi parecer son muy importantes. Tan sólo quiero relacionar este plazo con la función constitucional que cabía esperar del Congreso durante la vigencia del segundo estado de alarma. Es difícil negar que si tuvo alguna relevancia durante el primero, fue por la necesidad de votar las sucesivas prórrogas. Cada una de ellas originó un intenso debate parlamentario. Hay que regresar a lo evidente. A lo que el debate parlamentario tiene de requisito para un adecuado funcionamiento de la democracia (Rico, 2013). En el debate, el gobierno plantea las razones que le impulsan a adoptar una determinada medida y la oposición las cuestiona y, en teoría, plantea sus alternativas. Todo ello se realiza con la máxima publicidad y con el pluralismo innato a la Institución. De esta manera, se coadyuva decisivamente a conformar la opinión pública. Durante los seis meses del segundo estado de alarma, no hubo ocasión al debate. Tan sólo algún sucedáneo devaluado. Y pocos. Así, más allá de las dudas estrictamente jurídicas, es claro que un plazo tan largo de prórroga afectó seriamente a la posición institucional del Congreso. En mi opinión, un argumento esencial para entender las dudas de constitucionalidad que plantea. También sorprende que salvo Vox, ningún Grupo Parlamentario votase en contra. Como sorprende que desde los órganos rectores de la Cámara no se realizase ninguna acción al respecto. Puede decirse que el desapoderamiento del Parlamento contó con la aquiescencia más o menos activa de la gran mayoría de sus protagonistas.

Este último dato se vincula directamente con la primera de esas cuestiones “menores” que tan significativas resultan como síntoma de la debilidad creciente de la Institución. Como es sabido, de forma súbita, el país se vio obligado a detenerse. La declaración del primer estado de alarma implicaba un confinamiento general de la población, con las lógicas repercusiones sobre la actividad general. A ello debía sumarse la oscuridad de las primeras semanas en las que una moderna peste parecía avanzar sin control. Lógicamente, el miedo y la confusión se apoderaron de muchos. Pero no todas las actividades podían detenerse. Los denominados “servicios esenciales” debían mantenerse plenamente activos.

Pues bien, sorprende que el Parlamento, en este caso los distintos Parlamentos españoles, no se considerasen desde el primer momento, servicio esencial. No lo hicieron y por un periodo más o menos largo de tiempo, su actividad se redujo a mínimos, llegando en algunos casos a “cerrar”, literalmente. Una decisión que si bien puede comprenderse por las circunstancias que rodearon los primeros momentos, no deja de ser significativa (García Escudero, 2020: 20-22). Por supuesto, su función constitucional aconsejaba, si no obligaba a una determinada actividad. Pero, además, también había un elemento de ejemplaridad

pública, mostrar a los ciudadanos la necesidad del Parlamento, solidarizarse con aquellos que no podían quedarse en casa. El Congreso llegó a autorizar el voto telemático a todos aquellos Diputados que quisieran ejercerlo. Es evidente que las Cámaras tenían que adoptar las medidas necesarias para preservar la salud de Diputados y personal. Pero la imagen que se obtiene de lo sucedido, de las sucesivas sesiones del Pleno con el hemiciclo casi vacío, no es positiva. El trabajo parlamentario es esencial por definición. Por ello, y desde la premisa de la necesidad de actuar con la necesaria cautela, hubiese sido conveniente que, actuando en coherencia, se transmitiese a los ciudadanos esa condición. No se hizo, redundando en la idea que también se transmite de la actuación de la Cámara en relación con la prórroga de los seis meses. Los parlamentarios no se valoran suficientemente. El Parlamento es una abstracción. A la postre, no es sino lo que sus miembros quieren que sea. Y de forma acumulativa demuestran que no acaban de entender el significado y trascendencia de su condición.

También merece una reflexión el papel de la oposición y el juicio que el mismo merece y ha merecido durante estos meses. Debo advertir que las líneas que siguen no se refieren a lo que ha hecho o dejado de hacer la oposición durante este tiempo. Es un juicio abstracto sobre lo que corresponde hacer a la oposición y lo que cabe esperar de la misma. El Parlamento es el hacer de la mayoría y el hacer de la oposición. Así, es preciso tener una imagen clara de cuál es el rol que la segunda debe desempeñar para poder aproximarse a un juicio completo de la Institución. Por supuesto, las muy particulares circunstancias de la pandemia deben ser tomadas en consideración. Precisamente, son las que creo que acaban de iluminar esta cuestión. El control, la crítica rigurosa, no puede verse como un obstáculo indeseable sino como una cualidad del sistema. En ello hay acuerdo, por lo que no merece la pena detenerse en este extremo. La parada viene dada porque durante los meses de la pandemia, en particular durante el primer estado de alarma, se extendieron consideraciones críticas sobre un hacer de la oposición que se consideraba "destrutivo" y, por tanto, particularmente dañino en esas circunstancias. En algunos casos, se llegaba a adoptar posturas comprensibles con posibles acciones que amortiguasen su expresión y publicidad. Quién alega que el problema es que la crítica no es ni rigurosa ni constructiva, puede llegar a tener razón en la descripción. Pero ello nunca es argumento suficiente para intentar reducir su campo de acción. Quienes sostienen estas tesis ignoran una vertiente fundamental del ejercicio de la función parlamentaria de control. Mediante la misma, la oposición critica al gobierno. Pero, a su vez, se somete al escrutinio de la opinión pública. Si objetivamente se ha realizado una crítica inconveniente, destructiva, los ciudadanos actuarán en consecuencia, sancionando semejante conducta. Lo esencial es que puedan formarse opinión tanto sobre lo que realmente sucede como sobre cuál es el parecer de sus representantes al respecto. El ejercicio de la oposición también es controlado por quienes tienen la última palabra en el juicio político, los ciudadanos. La acción de la oposición puede ser errónea o, incluso, irresponsable. Como la del Gobierno. El Parlamento es el foro por excelencia para que unos y otros se muestren. Enjuiciar el trabajo de cada cual sólo corresponde a los ciudadanos.

Un extremo particularmente relevante de las relaciones entre el Gobierno y el Parlamento, y sobre el que se ha llamado menos la atención, es el relativo a la concepción que del control parlamentario subyace en el texto del segundo estado de alarma y que fue aceptado por todos los Grupos, así como, una vez más por los órganos rectores de la Cámara. En concreto, me refiero a lo que el Real Decreto de 976/2020, y la solicitud de prórroga correspondiente, denominan "Rendición de cuentas", a la que se dedica el artículo 14. En la redacción

del Real Decreto, el artículo citado se limitaba a señalar que “en caso de prórroga, el Ministro de Sanidad comparecerá quincenalmente ante la Comisión de Sanidad y Consumo del Congreso de los Diputados para dar cuenta de la aplicación de las medidas previstas en este real decreto”. Este artículo fue uno de los que se enmendó en el Congreso, como contrapartida para obtener el voto favorable de alguno de los grupos de la oposición. En su redacción final, se establece en mensual el plazo de las comparecencias del Ministro y se fija que cada dos meses el Presidente del Gobierno solicitará la comparecencia ante el Congreso de los Diputados “para dar cuenta de los datos y gestiones del Gobierno de España en relación a la aplicación del Estado de Alarma”. Me parece una secuencia significativa que ayuda a comprender y valorar el papel del Congreso en la crisis.

En mi opinión, no se ha llegado a reparar suficientemente en el alcance de la redacción originaria. Más allá de la suficiencia o insuficiencia de su contenido, lo que llama poderosamente la atención es que el Gobierno se arroge la capacidad de determinar cuándo y dónde comparecerá el Ministro. Ello sólo puede explicarse por el error de confundir la función ordinaria de control con la intervención del Congreso en relación con el estado de alarma. La redacción final no altera demasiado este presupuesto. En su momento, algunos vieron en el compromiso adquirido por el Congreso una conquista parlamentaria. De nuevo, rige la confusión. Pero, con todo, lo más inquietante es que de esta normativa parece deducirse que es el Gobierno quien determina la forma y “cantidad” del control. El Parlamento renuncia a su iniciativa en esta materia y acepta aquello que el Gobierno tiene a bien conceder. De acuerdo con el citado artículo 14 ¿hay que entender que el Parlamento se comprometía a no solicitar la comparecencia ni del Ministro de Sanidad ni del Presidente del Gobierno fuera de los términos allí establecidos? En principio, la respuesta parece afirmativa. Cuestión diferente es que, obviamente, el Congreso, algunas de las formaciones políticas que lo integran, hayan alterado ese ritmo. Pero ello no resta gravedad al axioma que subyace a este planteamiento. Para el Gobierno, y para el propio Congreso, es al primero a quién corresponde determinar cómo se ejerce el control. Evidentemente, una conclusión aún más grave cuando se trata de determinar el control en una situación de poder excepcional que exigiría de un Parlamento reforzado. Siempre cabe reprochar a un Gobierno que no sea respetuoso con el Parlamento. Pero es mucho más grave que el propio Parlamento no se respete a sí mismo. De nuevo, el Congreso de los Diputados demuestra tener en poca estima el ejercicio de sus funciones. No se puede llegar a otra conclusión si a esta aceptación de las reglas del juego sobre el control ordinario se suma la aceptación de los seis meses de prórroga.

Junto a todo lo anterior, no puede obviarse el hecho de que durante el mes de enero de 2021, en un momento particularmente grave de la pandemia y bajo el estado de alarma, el Congreso activase el periodo vacacional y sólo celebrase dos sesiones de Diputación Permanente. La primera, el 25 de enero para dirimir una serie de solicitudes de comparecencias presentadas por la oposición y otra el 28 de enero para proceder a convalidar cinco reales decretos-leyes y realizar el debate de totalidad de la reforma de la LOPJ. Si bien es cierto que dos de esos decretos-leyes contenían medidas de apoyo a sectores afectados por la pandemia, ello no significa nada para el juicio que las dinámicas de la función de control merecen durante esta crisis. Más, creo que cuando menos es sorprendente que dada la situación, el Congreso no habilitase todo el periodo de sesiones para, al menos, la sustanciación de iniciativas relacionadas con la crisis. Una vez más, se manifiesta un Parlamento de perfil bajo, que lejos de ocupar el espacio que le corresponde y necesita la sociedad, se limita a

servir de órgano gestor de aquellas iniciativas del Gobierno que necesitan de su participación (Sáenz, 2021).

Finalmente, una última circunstancia debe ser traída a colación para explicar la debilidad del control parlamentario durante la pandemia. En este caso, no se trata de una mala práctica u omisión. Me refiero al modelo de gestión territorial de la pandemia que establecía el decreto del segundo estado de alarma. Como es sabido, de acuerdo con el mismo, la gestión se delegaba en los Presidentes de las Comunidades Autónomas. Inevitablemente, ello repercutía en el control del estado de alarma. Atribuida la gestión a los ejecutivos autonómicos, lógicamente el núcleo del control recaía en los correspondientes Parlamentos. Una aproximación benevolente podría encontrar en ello explicación a la sustancial inacción del Congreso de los Diputados. Los Parlamentos habrían sustituido al Congreso en esta función. Ello podría haber sido así, siempre con el importante matiz de la menor capacidad objetiva de estas instituciones para realizar un control eficaz. Pero más bien el resultado ha sido la difuminación del control. La responsabilidad sobre la gestión de la pandemia se situó en una zona gris a la que no llegó ni el Congreso ni los Parlamentos autonómicos.

Esta debilidad global del control parlamentario se ratifica si se recuerda lo sucedido con lo acordado por las diversas “comisiones de reconstrucción” que se crearon tanto en el Estado como en diversas Comunidades Autónomas. Estas comisiones fueron celebradas y anunciadas con todos los altavoces posibles. En ellas participaron fuerzas políticas y agentes sociales y, en la mayoría de los casos, se alcanzaron acuerdos si no unánimes, sí muy amplios. Pues bien, hasta la fecha, ni los distintos ejecutivos han dado cuenta del cumplimiento de los objetivos allí fijados ni desde los distintos Parlamentos se ha solicitado esa rendición de cuentas. Por supuesto, tampoco se ha realizado la auditoria demandada de forma generalizada por los científicos que comparecieron y que la estimaban imprescindible para evitar errores. El impulso de esta tarea de revisión de lo sucedido era, es, una de las tareas más relevantes que cabe atribuir al Parlamento en relación con lo sucedido. Una vez más, no es posible exponer resultados al respecto.

#### IV. Señales preocupantes. El Parlamento y las líneas rojas

La debilidad de la función legislativa, muy en particular la deriva del uso del Decreto-Ley y de la función de control no son novedad. Se lleva mucho tiempo denunciando estas circunstancias. En todo caso, se puede afirmar que lo sucedido durante los últimos meses refleja una aceleración del deterioro del proceso. Deterioro que sucede en un tiempo que exigía del Parlamento lo mejor de sí mismo. Por ello mismo, era preciso detenerse en las dos funciones más paradigmáticas del Parlamento. Pero no son las únicas señales preocupantes que nos depara este tiempo. Más allá del ejercicio de una determinada función, han sucedido una serie de hechos que son inquietantes, incluyendo alguno que supone quebranto de reglas que hasta ahora parecían indiscutibles. Si bien sería posible realizar una relación más amplia, me voy a detener a exponer algunas de las circunstancias que creo mejor ilustran un estado de situación poco halagüeño. En todo caso, más allá de la relevancia que cada uno de ellos puede tener aisladamente considerado, lo esencial es comprenderlos en su suma, como expresión de un ambiente de erosión de elementos básicos de la Institución y de los fundamentos que la sustentan.

En primer lugar, cabe referirse a alguna de las decisiones adoptadas durante la pandemia. Es obvio que muchas de ellas aun siendo poco ortodoxas

o, directamente, irregulares, pudieron estar justificadas por las especiales circunstancias del momento, especialmente durante el primer mes de vigencia del estado de alarma (VV.AA., 2020; VV.AA., 2021). Con todo, alguna merece ser destacada por ser signo de debilidad política del Parlamento. Y otras deben ser traídas a colación por ser de más difícil justificación o por el riesgo que pueden conllevar como precedente.

Ya hubo ocasión de aludir a la suspensión de la actividad parlamentaria, decretada durante algún tiempo en la mayoría de las Cámaras y que sólo puede entenderse como una reacción impulsiva al desconcierto de los primeros momentos. Pero si ello pudo ser hasta comprensible en los primeros días, tal y como demuestra la tampoco ejemplar experiencia comparada (Koëlling, 2020; Guerrero, 2020: 200-215), no lo es que se extendiese en el tiempo, hasta el extremo de que el Senado estuviese prácticamente paralizado durante casi un mes. En este punto, es importante subrayar que más allá de la dejación de funciones esenciales para el sistema democrático, la imagen de los Parlamentos cerrados o, incluso, con una mínima presencia, alejaba a la Institución del carácter “esencial” que tiene. En mi opinión, se debió hacer un mayor esfuerzo de presencialidad, en paralelo a un nítido mensaje de “esencialidad” de la actividad parlamentaria. Las dificultades eran objetivas. Pero, con todas las cautelas precisas, se debió intentar impedir la imagen de unos Parlamentos cerrados o con un funcionamiento bajo mínimos<sup>5</sup>.

Ningún Parlamento tenía un marco normativo adecuado para una situación como la que se vivió en particular durante los meses de marzo y abril de 2021. De forma súbita, y al margen de la consideración precedente, las condiciones ordinarias de desenvolvimiento de la Institución se veían profundamente alteradas. Había que mantener el trabajo parlamentario sin poder asegurar la presencia de Diputados o Senadores. Incluso, restringiéndoles obligatoriamente el acceso a las Cámaras. Como se ha visto, el presupuesto sobre el que trabajaron la totalidad de los Parlamentos fue el de o bien no era posible la presencialidad o bien solamente se podía asegurar a una parte muy reducida de sus miembros. Como mal menor se imponía acudir a la tecnología para buscar en la misma, fórmulas que permitiesen solventar esta situación. Inmediatamente, hay que decir que en general se realizó con éxito un esfuerzo extraordinario. Tampoco los medios tecnológicos de los que se disponía estaban adaptados a esta situación y, sin embargo, en un escaso periodo de tiempo se pudo comenzar a desarrollar un trabajo “virtual” que poco a poco a permitió a los parlamentarios desarrollar su quehacer. La pregunta obligada es cómo se desarrolló ese trabajo y bajo qué sustento normativo. No es objeto de estas páginas desarrollar este punto, sobre el que ya existe notable bibliografía (VV.AA., 2020; VV.AA., 2021). Sí lo es poner de manifiesto las cuestiones que se consideran más delicadas bien por su posible relevancia como precedentes bien por su manifiesta “heterodoxia”.

La imposibilidad de convocar a todos los miembros de la Institución conllevó de forma inmediata una drástica reducción de la actividad. La constatación de que esa situación no podía mantenerse por mucho tiempo y que la epidemia seguía viva, obligó a mirar a posibles fórmulas alternativas. Como es natural, el Congreso de los Diputados fue la primera Cámara obligada a reaccionar. En su caso, la propia declaración del estado de alarma le exigía desarrollar un mínimo

---

5 Se puede alegar que el Parlamento debía ser ejemplar en relación con la gravedad del momento y ser un ejemplo de las restricciones a la circulación que se impusieron al conjunto de los ciudadanos. Y, en general, creo que muchos Parlamentos se preocuparon más por transmitir esta imagen que por hacer notar a la ciudadanía que el quehacer parlamentario, siempre esencial, aún lo era más en esas circunstancias.

de actividad. Poco a poco, otros Parlamentos fueron recuperando un cierto ritmo de actividad, si bien de forma desigual. Para poder hacerlo, manteniendo las limitaciones de presencia, había tres fórmulas: voto telemático, voto delegado y realización de sesiones virtuales. Hasta la fecha, sólo algún Reglamento contemplaba la posibilidad del voto telemático, pero anudando el mismo a causas tasadas y en las que no tenía cabida la situación que se vivía. Como es obvio, el presupuesto constitucional en juego era de la máxima relevancia. Junto al adecuado ejercicio de las funciones parlamentarias, se encontraba la necesidad de garantizar el ejercicio de los derechos inherentes al “*ius ad officium*” de los parlamentarios. Al objeto de resolver esta situación, cada Parlamento ha actuado de una manera, si bien, lógicamente, se pueden encontrar similitudes y, en algún caso, coincidencias. Prescindiendo de un análisis detenido de las distintas soluciones aportadas y dado el objeto de estas páginas, quiero destacar las circunstancias que estimo no debieran normalizarse y que, ya en sí mismas fueron dudosas, por más que en algún momento pudieran llegar a ser comprensibles.

La primera de ellas es la generalización de la aprobación de normas que muchas veces no es que no tuviesen amparo reglamentario sino que, directamente, contradecían el Reglamento. Normas que, hay que insistir, se referían a cuestiones esenciales directamente relacionadas con los derechos más básicos de los Diputados. De nuevo, es preciso el matiz e indicar que aquello que pudo ser comprensible durante las primeras urgencias, pronto no lo fue. Habilitada la celebración de sesiones plenarias, parece que hubiese sido razonable pensar en una modificación de los reglamentos que diese una mínima cobertura normativa a las decisiones que pudiesen adoptar otros órganos (Garrido Mayol, 2021: 150-160). Aunque es cierto que no es positivo legislar en “caliente” (García Escudero, 2020: 25), esta cautela debe ceder cuando se incurre en decisiones contra *legem*. La larga extensión en el tiempo de la pandemia, con casi nueve meses de vigencia del estado de alarma, refuerza esa impresión. No era necesario incorporar una solución definitiva. Bastaba con establecer un mínimo de certeza y ortodoxia jurídica<sup>6</sup>. Esta situación de, en el mejor de los casos, confusión normativa, se encuentra generalizada. No es positivo por lo que supone en sí misma. Pero aún resulta más preocupante por lo que tiene de precedente, por lo que puede suponer de relativización del marco que impone el Reglamento. La tentación de abrir vías “imaginativas” para su interpretación, como inmediatamente se verá, puede estar abierta.

Una segunda consideración, directamente ligada con la anterior tiene más de llamada de atención que de denuncia concreta. Necesariamente, durante estos meses se ha producido un vigoroso empoderamiento de los distintos órganos de las Cámaras y muy especialmente de las Presidencias. Ante la parálisis inicial, la necesidad de dar respuestas inmediatas, concentró en los mismos la adopción de decisiones de particular relevancia. No hay nada de extraño en ello. Además, las escasas dificultades que conllevaba la celebración de reuniones virtuales de los órganos colegiados, Mesa y Junta de Portavoces, incrementó su protagonismo. Pero, de nuevo, hay que advertir contra el riesgo de generalizar lo excepcional. Y la tentación puede ser importante. La larga duración de la pandemia facilita la generación de costumbre. Es más, como se

6 Así, resulta sorprendente que en agosto de 2021, el Congreso no hubiera afrontado esta reforma normativa. Hasta la fecha, se han sucedido tres proposiciones de reforma en este sentido (una fue rechazada; otra, retirada; y la última se encuentra pendiente de toma en consideración).

indicó, es preciso revisar las decisiones adoptadas por estos órganos para, si es el caso, reconducirlas de acuerdo con las exigencias reglamentarias. Esta reflexión se debe extender a una de las consecuencias que desde la cultura parlamentaria más pueden preocupar. Me refiero al reforzamiento del poder de los Grupos frente a los Diputados individualmente considerados (Ripollés, 2021: 222). No creo una exageración decir que durante gran parte de este periodo, los Diputados como tales han sido testigos mudos y ciegos. Sus derechos han quedado restringidos a mínimos de acuerdo con lo establecido por los órganos rectores en aquiescencia con los Grupos. Cualquier decisión relevante ha sido adoptada por los órganos directivos de los Grupos sin consulta a los Diputados. Se puede decir que no hay nada nuevo bajo el sol, que ese dominio de los Grupos sobre los parlamentarios individuales es la pauta tradicional. Es así. Pero durante estos meses las circunstancias han invitado a dar un paso más. La irrelevancia de los Diputados ha sido en muchas ocasiones, absoluta. Me he referido a la cultura parlamentaria. Se trata de eso. De evitar que lo sucedido durante estos meses contribuya a fortalecer una tendencia que es directamente contraria a las necesidades del Parlamento.

En este orden de advertencias, cabe por último referirse a los riesgos que conlleva la “normalización” del voto telemático y del propio “Parlamento virtual”. Como se señalará en la conclusión, lo sucedido durante la pandemia no es un incidente coyuntural por grave que pueda considerarse. Ha enfrentado a la Institución a una situación insospechada y las respuestas exigidas se proyectarán una vez regrese la normalidad. Una de las cuestiones esenciales será medir el lugar que corresponde a ese espacio virtual. Adelanto que entiendo que no hay que cerrarse a la posibilidad de que se aprovechen las objetivas ventajas que este modelo de trabajar puede conllevar. Pero es una cuestión particularmente sensible y es preciso extremar la prudencia. La posible actividad virtual del Parlamento debería ser, en general, un plus de actividad. Por ejemplo, un instrumento para facilitar el desarrollo de comparecencias informativas con representantes de la sociedad civil, de modo que se favorezca la participación en sede parlamentaria. O para favorecer la relación del Diputado con su circunscripción. Y también puede ser instrumento idóneo para el desarrollo de las sesiones de algunos órganos de carácter casi rutinario, como las mesas de las Comisiones. Pero el Parlamento es deliberación y no hay deliberación sin presencia. Así, se debería mantener el carácter extraordinario del voto telemático. En relación con este extremo, una cuestión que trasciende estas páginas pero que debe ser apuntada porque merece reflexión es la relativa a la figura del Diputado suplente. Cuando las dificultades de un Diputado para asistir se prolonguen por cierto tiempo, es una alternativa con ventajas objetivas frente al voto telemático.

Junto a estas cuestiones, hay que hacer mención a la concentración de la actividad de la Cámara en la Diputación Permanente, algo que sucedió en algunos Parlamentos autonómicos. Creo que en este caso se traspasó una línea de difícil justificación (en contra, Carrasco, 2020). Como se sabe, la Diputación Permanente es un órgano tradicional de nuestro derecho parlamentario que tiene la función de asegurar la permanencia de la Cámara en los dos supuestos en los que su funcionamiento se ve alterado: vacaciones parlamentarias y disolución de la Cámara. La Constitución, Estatuto de Autonomía y los Reglamentos parlamentarios establecen cuáles son las funciones que le corresponden en cada caso. La regla es la excepcionalidad. La Diputación Permanente, por definición, no sustituye totalmente al Pleno. No puede ejercer en plenitud sus funciones por una razón sencilla. Su composición es limitada y, en consecuencia, no es el reflejo de la composición de la Cámara. La mayoría de los Diputados, no pueden

ejercer sus derechos. Por ello, cuando se trata de vacaciones parlamentarias, sus funciones son muy limitadas y se amplían cuando las Cámaras están disueltas. Así, es muy difícil aceptar su funcionamiento en supuestos que no sean los previstos por la Constitución y los Estatutos de Autonomía. Hay que insistir en que la suspensión de la actividad parlamentaria no era una solución necesaria. Más. Fue una alternativa equivocada. El Parlamento, como demuestra lo sucedido en el Congreso y en otras Cámaras autonómicas, podía seguir funcionando. En este caso, creo que no hay interpretación posible. Se contradice lo establecido por la Constitución y los Estatutos de Autonomía y se cercenan gravemente los derechos fundamentales de los Diputados. Es un buen ejemplo para acabar con el análisis de los problemas jurídicos planteados durante la pandemia. Sin duda, se necesitaba de la imaginación e ingeniería normativa y estas fueron usadas con generosidad. Pero todo tiene un límite. No se pueden contradecir normas esenciales y menos cuando afectan a derechos fundamentales. No sirve alegar la unanimidad de los Grupos<sup>7</sup>. Estos no pueden decidir sobre el ejercicio de los derechos de los Diputados (como estos no pueden renunciar al ejercicio de los mismos). Y hay que volver a insistir en lo que de preocupante tienen este tipo de decisiones como precedente.

Si lo descrito hasta ahora debe matizarse en el contexto de la pandemia y, en general, preocupa sobre todo por lo que puede tener de precedente y afección a la cultura parlamentaria, lo sucedido en el Parlamento de Andalucía al desarrollar el denominado pacto antitransfuguismo es mucho más grave y viene a dar la razón sobre los riesgos derivados de empezar a relativizar normas y principios esenciales. El 28 de abril, el Parlamento aprobó una reforma de su Reglamento con la intención de adaptarlo al III Adenda al Pacto antitransfuguismo. La reforma fue aprobada con el voto a favor de los grupos parlamentarios Popular; Socialista; Ciudadanos; y Adelante Andalucía; abstención de Vox; y voto en contra de los Diputados no adscritos expulsados de Adelante Andalucía. El presupuesto es la denuncia del transfuguismo como una práctica antidemocrática que altera las mayorías expresadas por las urnas. La reforma introduce una definición de transfuguismo algo más que generosa: “se entiende en situación de transfuguismo a los Diputados que, traicionando al sujeto político (partido político, coalición electoral o agrupación de electores) que los presentó a las elecciones, hayan abandonado el mismo, hayan sido expulsados o se aparten del criterio fijado por sus órganos competentes”. Es decir, cualquier Diputado que discrepe de “los órganos competentes” puede ser considerado tráfuga<sup>8</sup>. Y si es así, la ira de los Dioses cae sobre él. Porque las consecuencias que la nueva normativa anuda a la declaración de tráfuga son radicales. Prácticamente, se le extingue en su condición de Diputado. No hay exageración. Los diputados no adscritos no podrán ejercer ninguno de los derechos que corresponden a los grupos parlamentarios e, incluso, que en la Diputación Permanente y en las Comisiones se podrán establecer fórmulas “que repongan la representación política emanada del proceso electoral, incluida la del voto ponderado, sin que se produzca en ningún caso la sobrerrepresentación de los diputados no adscritos”. La evidencia de las dificultades para encajar en los parámetros de la Constitución estas normas ya fueron observadas por la Letrada Mayor que

7 La decisión fue adoptada por unanimidad, aunque posteriormente el Grupo Parlamentario Socialista impugnó un Decreto-Ley por haberse aprobado en una sesión de la Diputación Permanente.

8 Así, se establece expresamente que puede ser considerado a “aquél que se separe del criterio político fijado por sus órganos competentes del Diputado o Diputada que concurrió por la candidatura de la que trae causa el Grupo Parlamentario”.

advirtió de que la reforma podría ser contraria a la prohibición del mandato imperativo y al derecho a ejercer libremente el cargo representativo en condiciones de igualdad. Además, no puede pasarse por alto su carácter profundamente regresivo y contrario al principio democrático (Fernández Esquer, 2021). La reforma trasciende al Parlamento. Es un mensaje para cualquier militante. No cabe la discrepancia. Se exige una obediencia ciega. Lo paradójico es que semejante medida se adopta bajo la bandera de la regeneración democrática<sup>9</sup>.

Frente a la objetiva necesidad de reivindicar el rol del Diputado como instrumento esencial para la revitalización del Parlamento, esta reforma más que debilitarlo, acaba por anularlo. La posición que los Grupos se adjudican es coherente con lo sucedido durante la pandemia. Es posible que no exista continuidad. Pero lo que es innegable es que esta reforma mantiene la idea de que los Grupos son todopoderosos y los Diputados figuras inanes, sin personalidad ni derechos. Por lo demás, es preciso llamar la atención sobre la necesidad de reflexionar sobre el concepto de transfuguismo. Baste decir que el original Grupo Parlamentario de Adelante Andalucía se denomina hoy Unida Podemos por Andalucía, como reflejo de un evidente cambio político. Pues en el origen de la reforma está el rechazo de diversos Diputados, incluyendo quién encabezó la candidatura a ese giro. Hoy, en Unida Podemos se mantienen 6 Diputados. Once son diputados no adscritos, considerados “traidores”. En un caso como éste ¿quién ejerce el transfuguismo?

Como un reflejo adicional del quebrantamiento de reglas que parecían infranqueables, hay que recordar lo sucedido en el Parlamento de Cataluña con motivo de la designación de Senadores autonómicos. Correspondiendo la designación de 8 Senadores, en virtud de los resultados electorales y de acuerdo con todos los precedentes, al Grupo Parlamentario de Vox le correspondía uno de esos Senadores. En virtud de la política de “cordón sanitario” contra este Grupo, adoptada por la mayoría de los Grupos de la Cámara, se decidió impedir que pudiese designar a un Senador. Para ello, se buscó una fórmula de acuerdo con la cual el último Senador no correspondía a esta formación. Hay que resaltar el orden de los factores. El presupuesto es que el mencionado Grupo no pudiese designar el Senador que parecía corresponderle. Más allá de la decisión que el Tribunal Constitucional adopte (el acuerdo del Parlamento fue recurrido por el Grupo Parlamentario), esta decisión supone una evidente ruptura de las reglas democráticas, quebrando la representación que correspondía a un Grupo Parlamentario y, en consecuencia, los derechos de sus electores. Se trata de una nueva manifestación de subordinación del Derecho (y de los principios democráticos) a la decisión política de turno.

Finalizo este punto haciendo mención a tres cuestiones que no por generales dejan de reflejar déficits significativos en el funcionamiento de la Institución. La primera de ellas es el escaso desarrollo de los principios de transparencia y participación, en particular, la transparencia. La epidemia ha sido una oportunidad magnífica para desarrollar este principio, haciendo de los portales de las distintas instituciones parlamentarias el núcleo de los recursos informativos sobre esta cuestión. Al menos, deberían haber organizado con claridad toda la información parlamentaria sobre la epidemia. Ello hubiese contribuido de manera significativa a que los ciudadanos se hiciesen una idea más adecuada de lo realizado por la institución y por cada uno de los grupos parlamentarios. Ningún Parlamento español ha adoptado una iniciativa parecida y el principio

---

9 Para explicar la reforma, el portavoz de Adelante Andalucía llegó a decir que con esta reforma “se robustece la calidad democrática de la Cámara andaluza”.

de transparencia sigue languideciendo en su triste incorporación a la Institución parlamentaria.

Una segunda reflexión merece el comportamiento de los distintos órganos rectores. Ya se avanzó algo. Pero no sólo se trata de advertir sobre los riesgos de que estos órganos se arroguen excesivos poderes, suplantando los procedimientos debidos. Es necesario llamar la atención sobre la debilidad general para reivindicar una posición propia frente a los ejecutivos. La posición de casi sumisión no es nueva. Pero en este caso se ha llegado a un extremo que los ha dejado en evidencia. La razón es sencilla. La gravedad de las circunstancias exigía que el Parlamento tuviese un perfil propio. No hay mejor ejemplo que el plazo de seis meses para la prórroga del segundo estado de alarma. Hubiese sido más que deseable que se alzase la voz de la Institución, con independencia de su éxito o fracaso, para expresar la inconveniencia de semejante propuesta por el radical desapoderamiento de la Institución que ello conllevaba. No sucedió nada. Sólo silencio. Algo similar sucedió en la mayoría de los Parlamentos autonómicos. Si el Parlamento no se reivindica a sí mismo, no hay camino a recorrer.

Finalmente, se puede aludir a una cuestión que apenas ha sido tratada en nuestra doctrina. Me refiero a la ausencia de relaciones entre los distintos Parlamentos españoles. Es preciso insistir en que la realidad parlamentaria española es la suma del trabajo de diecinueve Cámaras, cada una en su posición y escala. Pero las distintas funciones parlamentarias y, muy particularmente, el control del poder son el resultado de la suma de su acción. De nuevo, las circunstancias de la pandemia sirven para poner en evidencia debilidades previas. Durante estos meses, la gestión de la pandemia ha exigido respuestas coordinadas de las distintas autoridades territoriales. Esa gestión debería haber tenido unos estándares mínimos comunes, fruto de la coordinación entre los distintos Parlamentos. Asimismo, también podrían haber sido la institución adecuada para la centralización de información, desarrollando el mencionado principio de transparencia parlamentaria. No se hizo y la radical divergencia de respuestas a los distintos problemas suscitados por la crisis es el mejor reflejo de esta carencia. El reparto del poder político en nuestro país exige la colaboración entre los distintos Parlamentos como condición para el mejor cumplimiento global de sus funciones.

## V. Reflexiones para un mañana que es presente

Es momento de concluir. En las páginas que anteceden he querido dar cuenta de algunos hechos que tienen en común que son reflejo de la debilidad de la Institución parlamentaria. Algunos son ya antiguos, aunque se hayan podido agravar en los últimos meses y otros son más recientes. Todos coinciden en reflejar una paulatina erosión del respeto que se debe a la primera institución del Estado. No puede alegarse la pandemia como explicación. Si bien en algunos casos, esta circunstancia puede matizar algún juicio, muchos hechos son anteriores; otros no tienen nada que ver con la misma; y la mayoría de los que directamente se relacionan con ella, bien podrían haber sido modulados de una forma más respetuosa con la Institución. Para comprender lo que sucede, más eficaz resulta tener presente el clima general de deterioro institucional en el que se desenvuelve nuestro país desde hace ya demasiados años. Se traspasan con frecuencia líneas hasta ayer rojas y las reglas que delimitan el funcionamiento de las instituciones son ignoradas, si no quebradas, con demasiada naturalidad. Los hechos que se han denunciado no tienen que ver con la tradicional crisis del Parlamento. Se encuentran directamente relacionados con el deterioro del

sistema institucional. Así, llamar la atención sobre los mismos debe entenderse como un mensaje que trasciende los muros de la Institución parlamentaria. El estado de las instituciones es un buen reflejo de la salud general de un país. Como es de sobra conocido, la de las nuestras es manifiestamente mejorable. Sólo un cambio profundo en la actitud de los distintos sujetos políticos podría trasladar un cierto halo de esperanza de cara al futuro. Inevitablemente, hoy hay que ser pesimista.

No se trata de reiterar, ni siquiera sintéticamente, lo expresado en las páginas anteriores. En estas líneas conclusivas sólo quiero advertir sobre alguna cuestión que considero de particular importancia. La primera de ellas es la que hace referencia a lo que se ha denominado “cultura parlamentaria”. El Parlamento, como cualquier institución, se desenvuelve sobre los fundamentos y anclajes que le proporciona un poso formado por el legado histórico y los valores que inspiran a aquellos que protagonizan su funcionamiento. No creo que sea exagerado decir que hoy esos cimientos se encuentran seriamente debilitados. Si es cierto que esa cultura lleva décadas no siendo lo suficientemente fuerte como para situar con éxito a la Institución en el lugar que le corresponde, no lo es menos que durante los últimos años se aprecia una objetiva aceleración de su erosión. La razón es doble. Por una parte, la situación general del sistema institucional y el paulatino desapego en relación con reglas esenciales del Estado de derecho. Por otra, la posición de los distintos sujetos parlamentarios en relación con la Institución. Su tradicional desapego se ha acentuado hasta el extremo de que casi cualquier otro interés político se impone a sus deudas como miembros de la institución representativa. Hoy, nadie defiende al Parlamento. El Parlamento son sus Diputados y los que estos quieren que sea. Si los Diputados no otorgan a la Institución una posición relevante entre sus preocupaciones, no habrá nada que hacer, por más que se puedan mejorar normas y procedimientos o incrementar los medios de la Institución.

En segundo lugar, y ligado a lo anterior, cabe realizar una reflexión sobre el papel que corresponde desempeñar a los órganos rectores de la Institución, Presidencia y Mesa. Como es sabido, en los dos casos sus funciones trascienden la política partidista para asumir la dirección y representación de la Cámara. Por supuesto, ello no significa que la política no esté presente en sus acciones. Sería absurdo pretender lo contrario. Pero los intereses de partido no pueden llegar a eliminar de hecho su función radical, la defensa de la Institución y de su rol en el sistema político. Desde que Gregorio Peces Barba renunciase a votar para objetivar el ejercicio de su cargo hasta hoy ha pasado mucho tiempo y todo ha cambiado en relación con la visión del papel de los órganos rectores. Por mucho que se pueda considerar que el gesto de Peces Barba fuese un brindis al sol, ya que su voto no era necesario para su partido, no cabe desconocer lo que ese gesto tenía de reflejo de una determinada concepción de su rol. Desde entonces y casi abruptamente, se fue diluyendo ese papel institucional hasta no haber reparos en trasladar la imagen de no ser sino un fiel reflejo de las distintas posiciones partidistas y, en su caso, de la voluntad del Gobierno. Creo que lo sucedido durante la pandemia en el Congreso de los Diputados es el reflejo más radical de ello, si bien los antecedentes, y con presidencias de todos los signos políticos, no estaban muy lejos. De nuevo, hay que advertir que no se cae en la ingenuidad. Es inevitable, y coherente con las reglas del sistema, que incluso en el ejercicio de tareas institucionales, los órganos de gobierno se orienten de acuerdo con criterios de partido. El problema se encuentra en las situaciones límite, en esas decisiones que suponen una quiebra objetiva de los principios esenciales de la Institución o que limitan seriamente el ejercicio de sus funciones. El ejemplo de la prórroga del estado de alarma por

seis meses es elocuente. En una situación similar, por más que se exija desde el poder ejecutivo (o desde la oposición), se deben anteponer los intereses de la Cámara. Nunca ha sido así, pero durante la pandemia ha quedado demasiado en evidencia. Hasta el punto de que hoy resulta obligado volver a plantearse su rol y condiciones de ejercicio de sus funciones.

Finalmente, es preciso advertir contra los riesgos de la unanimidad. La unanimidad es el caballo de Troya del derecho parlamentario. Hasta el extremo de que bien puede argumentarse que su valor en la práctica parlamentaria diluye la juridicidad de las normas parlamentarias o, al menos, la matiza severamente. Si bien cabe aceptar su utilidad como criterio para adoptar decisiones incluso contra la letra de la norma, inmediatamente hay que señalar que ello no puede suponer un cheque en blanco y que hay límites infranqueables, en particular los referidos a las decisiones relacionadas con derechos fundamentales o con principios esenciales de la Institución. Es preciso recordarlo hoy cuando las circunstancias han provocado que se hayan adoptado decisiones que en condiciones normales hubiesen resultado inimaginables. El largo tiempo transcurrido desde que se inició la pandemia, la todavía vigencia de la misma y la fuerza de la rutina para convertir lo extraordinario en ordinario, obligan a advertir que la unanimidad no es suficiente para contradecir reglas, principios y procedimientos previstos reglamentariamente. Si se desea incorporar nuevas formas de proceder, deberán reformarse las normas y siempre con el límite que implican las reglas esenciales de funcionamiento de la institución parlamentaria.

En relación con este punto, es preciso advertir sobre lo sucedido en el Parlamento de Andalucía. En este caso, se ha generado una nueva unanimidad, la resultante de excluir a los denominados tráfugas. Como se advirtió, ello no puede nunca conllevar la vulneración de derechos esenciales ni alterar las reglas esenciales de la representación como las relativas al voto. Todo ello coincide en una nueva señal de alarma para la Institución. Lo sucedido durante los últimos meses ha reforzado aún más el papel de los grupos parlamentarios. La tentación de consolidar esta posición es evidente, como demuestra la reforma del Reglamento del Parlamento de Andalucía. Se trata de la dirección contraria a la que es preciso adoptar si se quiere reforzar la Institución. Si se acaba por anular al Diputado individual, el Parlamento se verá abocado a abocarse por su propia necesidad en su actual configuración.

### **Bibliografía**

- Aragón Reyes, M. (2016). *Uso y abuso del Decreto-Ley. Una propuesta de reforma constitucional*. Madrid: Iustel.
- Aragón Reyes, M. (2017). *Legislatura fallida e investidura convulsa. Análisis y consecuencias*, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 109, 15-34. Disponible en: DOI: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.109.01>
- Astarloa Huarte-Mendicoa, I. (2017). *El Parlamento moderno. Importancia, descrédito y cambio*. Madrid: Fundación Alonso Martín Escudero-Iustel.
- Carmona Contreras, A. (1997). *La configuración constitucional del Decreto-Ley*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Carrasco Durán, M. (2020). *El Parlamento ante la pandemia de la Covid 19: el caso del Parlamento de Andalucía*. *Revista "Cuadernos Manuel Giménez Abad"*, Extraordinario 8, 28-36. Disponible en: [https://www.fundacionm-gimenezabad.es/sites/default/files/Publicar/publicaciones/documentos/monografia\\_8\\_junio\\_2020\\_1.pdf](https://www.fundacionm-gimenezabad.es/sites/default/files/Publicar/publicaciones/documentos/monografia_8_junio_2020_1.pdf)

- Fernández Esquer, C. (2021). Andalucía refuerza el dirigismo de las cúpulas partidistas. Disponible en: <https://agendapublica.es/andalucia-refuerza-el-dirigismo-de-las-cupulas-partidistas/>
- García Escudero, P. (2020). Actividad y funcionamiento de las Cortes Generales durante el estado de alarma por Covid-19. Revista "Cuadernos Manuel Giménez Abad", Extraordinario 8, 18-27. Disponible en: [https://www.fundacionmgimenezabad.es/sites/default/files/Publicar/publicaciones/documentos/monografia\\_8\\_junio\\_2020\\_1.pdf](https://www.fundacionmgimenezabad.es/sites/default/files/Publicar/publicaciones/documentos/monografia_8_junio_2020_1.pdf)
- García Roca, J. (2017). ¿Puede rechazar el control parlamentario un gobierno en funciones? En E. Aranda Álvarez (coord.), Lecciones constitucionales de 314 días con el Gobierno en funciones (pp. 131-150). Valencia: Tirant Lo Blanch.
- García Rocha, M.P. (2020). El procedimiento legislativo en lectura única. Madrid: Congreso de los Diputados.
- Garrido López, C. (2021). Decisiones excepcionales y garantía jurisdiccional de la Constitución. Madrid: Marcial Pons.
- Garrido Mayol, V. (2021). La Covid 19 también llegó al Parlamento: la excepcionalidad como excusa al Estado de derecho. Corts: Anuario de derecho parlamentario, Extraordinario 34, 139-174. Disponible en: [https://www.cortsvalencianes.es/sites/default/files/media/file\\_author/corts\\_34\\_02\\_III\\_1\\_139-174.pdf](https://www.cortsvalencianes.es/sites/default/files/media/file_author/corts_34_02_III_1_139-174.pdf)
- Greciet, E. (2012). El Parlamento como problema y como solución. Asamblea, Revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid, 26, 235-298. Disponible en: [https://www.asambleamadrid.es/documents/20126/64823/R.26\\_Esteban\\_Greciet\\_Garcia.pdf/40ffa0c0-710b-564c-5bc5-e8e56bf4a2ea](https://www.asambleamadrid.es/documents/20126/64823/R.26_Esteban_Greciet_Garcia.pdf/40ffa0c0-710b-564c-5bc5-e8e56bf4a2ea)
- Guerrero Vázquez, P. (2020). El sistema parlamentario británico ante la Covid-19. Revista "Cuadernos Manuel Giménez Abad", Extraordinario 8, 200-215. Disponible en: [https://www.fundacionmgimenezabad.es/sites/default/files/Publicar/publicaciones/documentos/monografia\\_8\\_junio\\_2020\\_1.pdf](https://www.fundacionmgimenezabad.es/sites/default/files/Publicar/publicaciones/documentos/monografia_8_junio_2020_1.pdf)
- Guillén López, E. (2019). Repensando la forma de gobierno. Constitucionalismo, democracia y parlamentarismo en contextos postnacionales. Madrid: Marcial Pons-Fundación Manuel Giménez Abad.
- Kölling, M. (2020). El Bundestag y el Bundesrat alemán en tiempos de Covid 19. Revista "Cuadernos Manuel Giménez Abad", Extraordinario 8, 189-199. Disponible en: [https://www.fundacionmgimenezabad.es/sites/default/files/Publicar/publicaciones/documentos/monografia\\_8\\_junio\\_2020\\_1.pdf](https://www.fundacionmgimenezabad.es/sites/default/files/Publicar/publicaciones/documentos/monografia_8_junio_2020_1.pdf)
- Paniagua, J.L. (2012). España: un parlamentarismo racionalizado de Corte Presidencial. En J. Lánzaro, (coord.), Presidencialismo y parlamentarismo. América Latina y Europa Meridional: Argentina, Brasil, Chile, España, Italia, México, Portugal y Uruguay (pp. 225-268). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Reviriego Picón, F. (2017). La permanencia en funciones del gobierno; algunas reflexiones tras 314 días de interinidad. En E. Aranda Álvarez (coord.), Lecciones constitucionales de 314 días con el Gobierno en funciones (pp. 151-176). Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Rico, C. (2013) El debate parlamentario: ¿Deliberación o agonismo? Disponible en: <https://aecpa.es/files/view/pdf/congress-papers/11-0/676/>
- Ripollés Serrano, M.R. (2017). Control en funciones y control parlamentario. En E. Aranda Álvarez (coord.), Lecciones constitucionales de 314 días con el Gobierno en funciones (pp. 103-126). Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Ripollés Serrano, M.R. (2021). ¿Un Parlamento por delegación? La experiencia de una Comisión permanente del Congreso de los Diputados durante la pandemia por la Covid 19. Corts: Anuario de derecho parlamentario, Extraordinario 34, 203-224. Disponible en: [https://www.cortsvalencianes.es/sites/default/files/media/file\\_author/corts\\_34\\_02\\_III\\_3\\_203-224.pdf](https://www.cortsvalencianes.es/sites/default/files/media/file_author/corts_34_02_III_3_203-224.pdf)

- Sáenz Royo, E. (2021). La incapacidad del Congreso durante la pandemia. Disponible en: <https://agendapublica.es/la-incapacidad-del-congreso-en-la-pandemia/>
- Tudela Aranda, J. (2020a), Crisis política (y social) y Derecho Constitucional. Teoría y Realidad Constitucional, 46, 173-210. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/trc.46.2020.29109>
- Tudela Aranda, J. (2020b). El Parlamento en tiempos críticos. Nuevos y viejos temas del Parlamento. Madrid: Marcial Pons-Ubijus.
- Visiedo, F., (2017), Un gobierno en funciones, no un Parlamento en funciones. En E. Aranda Álvarez (coord.), Lecciones constitucionales de 314 días con el Gobierno en funciones (pp. 177-202). Valencia: Tirant Lo Blanch.
- VV.AA. (2017). Lecciones constitucionales de 314 días con el Gobierno en funciones (E. Aranda Álvarez (coord.). Valencia: Tirant Lo Blanch.
- VV.AA. (2020). El Parlamento ante la Covid-19 (J. Tudela Aranda (coord.), Fundación Manuel Giménez Abad, Cuadernos Monografías, 8.
- VV.AA. (2021). El funcionamiento del Parlamento ante la crisis sanitaria, Corts: Anuario de derecho parlamentario, Extraordinario 34.

# II. DERECHO CONSTITUCIONAL EXTRANJERO

# Inseparabilidad entre salud pública y derechos humanos en democracia y las restricciones a los derechos en tiempos de COVID-19 en Brasil

*Inseparability between public health and human rights in democracy and restrictions on rights in COVID-19 times in Brazil*

**LILIAN BALMANT EMERIQUE**

Profesora de Derecho Constitucional.  
Universidad Federal de Río de Janeiro.  
lilian.balmant@direito.ufrj.br

DOI: <https://doi.org/10.7203/cc.2.22175>

Fecha de recepción: 01/10/2021

Fecha de aceptación: 29/10/2021

## Resumen

El artículo analiza la cuestión de las restricciones de derechos durante la pandemia de COVID-19 desde la perspectiva interdisciplinaria de la salud global y los derechos humanos, teniendo como eje principal de apreciación la inseparabilidad entre el derecho a la salud y los derechos humanos en la democracia. Para ello, se analizan aspectos relativos al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, con especial énfasis en la Resolución n° 01/2020 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de los Estados Americanos (CIDH - OEA) confrontando sus bases en términos de inseparabilidad entre salud y derechos humanos para la democracia. Por último, para ilustrar la relevancia del aporte de derechos humanos en salud en una lógica de afirmación democrática se analizan algunas normativas y medidas expedidas por el Gobierno Federal Brasileño durante la crisis sanitaria y que afectan a la salud, los derechos humanos y la democracia. Se utiliza el método deductivo y la metodología de investigación bibliográfica y normativa, además de los recursos de referencias recientes recolectados en sitios electrónicos sobre COVID-19, debido a su actualidad.

## Palabras clave

Democracia; derechos humanos; salud; COVID-19; inseparabilidad.

## Abstract

*The article analyses the issue of rights restrictions during the COVID-19 pandemic from the interdisciplinary perspective of global health and human rights, having as its main axis of appreciation the inseparability between the right to health and human rights in democracy. To this end, we analyse aspects related to international human rights law, with special emphasis on Resolution n. 01/2020 of the Inter-American Commission on Human Rights of the Organization of American States (IACHR - OAS) confronting its bases in terms of inseparability between health and human rights for democracy. Finally, to illustrate the relevance of the contribution of human rights in health in a logic of democratic affirmation, some regulations and measures issued by the Brazilian Federal Government during the health crisis that affect health, human rights and democracy are analysed. The deductive method and the methodology of bibliographic and normative research are used, in addition to the resources of recent references collected in electronic sites on COVID-19, due to their topicality.*

## Keywords

Democracy; human rights; health; COVID-19; inseparability.

**Sumario: I. Introducción. – II. La interdependencia entre los derechos humanos y la salud. – III. La Resolución nº 01/2020 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Pandemia y Derechos Humanos en las Américas. – IV. Algunos aspectos de las violaciones de los derechos humanos en el contexto de la pandemia de COVID-19 en Brasil. – V. Conclusiones. *Bibliografía.***

## **I. Introducción**

Desde la irrupción del estado de emergencia decretado en enero de 2020 por la Organización Mundial de la Salud (OMS) con respecto a la COVID-19, han surgido muchas cuestiones relacionadas con el Derecho, en particular sobre el derecho a la salud, como hacer del Derecho un mecanismo para evitar la propagación de la enfermedad, qué garantías tienen los afectados por las medidas de restricción y suspensión de derechos para contener el avance de la epidemia, como los derechos humanos en situaciones de crisis sanitaria pueden contribuir a la afirmación democrática, etc.

La crisis de salud pública provocó en varios países la adopción de alguna legislación o medida coercitiva en relación al problema. Como la ciencia, en los momentos iniciales, aún no tenía logrado ofrecer una solución más eficiente para la prevención y tratamiento de la enfermedad, las expectativas fueron dirigidas a la ley como mecanismo de regulación social de la conducta. En cierto modo, este proceso normativo siguió ocurriendo en todo el mundo, incluso en países donde no había, hasta el momento de las primeras producciones normativas, muchos casos notificados (este era el caso de Brasil cuando aprobó la “Ley de la cuarentena” en febrero de 2020).

Sin embargo, cuanto más se acercaron a la hoja de ruta de las medidas restrictivas de derechos adoptadas para intentar contener la crisis sanitaria al referente de los derechos humanos, más se tornaba necesario afirmar la democracia, mientras que la desalineación entre la salud y el aporte de derechos humanos podía servir como una señal de alarma para la posible reducción de la calidad democrática en el país.

Sin embargo, hay que reconocer la complicación de escribir en medio de una crisis causada por una pandemia, monitoreada en tiempo real, repleta de permutaciones periódicas en el marco nacional e internacional y la propia complejidad de acompañar la extensión de los hechos en torno al problema. La desactualización informativa es un riesgo enorme y el desarrollo de los acontecimientos sobrepasa la capacidad de involucrar todos los desdoblamientos posibles al panorama en construcción.

Así, los trabajos académicos en estas condiciones quedan marcados por la contingencia de los hechos hasta el momento en que son producidos y publicados y ante la mirada plausible en esta altura por la confrontación entre pasado

y presente para, de este modo, tratar de contribuir al futuro más inmediato. Por eso, es pertinente acoger la recomendación de Boaventura de Souza Santos para quien, delante de la realidad caótica y excepcional traída por la pandemia, lo mejor es entenderla en modo de sub teoría: "... el tiempo de los intelectuales de vanguardia ha terminado. Los intelectuales deben aceptarse como intelectuales de retaguardia, deben estar atentos a las necesidades y aspiraciones de los ciudadanos comunes y saber partir de ellas para teorizar" (Santos 2020: 14).

Por supuesto, la propuesta parte, inicialmente, de la construcción social en torno a la epidemia del coronavirus y la interdependencia entre derechos humanos y salud pública. A continuación, se hacen consideraciones y análisis sobre la Resolución nº 01/2020 (CIDH), particularmente relacionadas con las restricciones de derechos en democracias y, al final, se expone la inseparabilidad entre salud, derechos humanos y democracia. Se utiliza el método deductivo y la metodología de investigación bibliográfica y normativa del DIDH, además de los recursos de referencias recientes recogidos en sitios electrónicos por ser el repositorio más actualizado sobre el tema.

## II. La interdependencia entre los derechos humanos y la salud

La epidemia de COVID-19 no es la primera epidemia de proporción internacional que se produce en el siglo XXI, ya hemos pasado por otros cinco episodios epidémicos con la declaración de la OMS de Estado de Emergencia Internacional. Por lo tanto, la epidemia del coronavirus se produce en plena era de los derechos humanos, lo que, por sí solo, genera innumerables consecuencias, tanto en el campo simbólico, como en el campo de la práctica del Derecho.

Las autoridades y los profesionales de salud pública se enfrentan a un patrón complejo de elaboración e implementación de los programas de salud pública, en estos casos destinados a prevenir la transmisión del coronavirus. Los programas deben evitar enfoques tradicionales de salud, deben ser eficaces y promover el respeto a los derechos humanos.

La protección contra epidemias es una de las principales tareas de las autoridades públicas y emana del derecho humano a la salud previsto en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.<sup>1</sup> Además, la salud pública ha sido aceptada como base legítima para la limitación de los derechos humanos, conforme a lo dispuesto en los principios de Siracusa sobre cláusulas de limitación y derogación en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.<sup>2</sup>

La incorporación de los derechos humanos a las respuestas de salud pública a la epidemia no ha sido fácil. Por lo que se refiere al campo del Derecho,

1 El Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: "Art. 12 - §1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a disfrutar del más elevado nivel de salud física y mental. § 2. Las medidas que los Estados Partes en el presente Pacto deberán adoptar, con el fin de garantizar el pleno ejercicio de ese derecho, incluirán las medidas que se hagan necesarias para asegurar: 3. La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y otras, así como la lucha contra estas enfermedades."

2 Los Principios de Siracusa sobre cláusulas de limitación y derogación en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Anexo al U.N. Doc. E/CN.4/1985/4, 28 de septiembre 1984. "Salud pública - 25. La salud pública puede invocarse como motivo para limitar ciertos derechos a fin de permitir que un Estado adopte medidas para hacer frente a una amenaza grave a la salud de la población o de determinados miembros de la población. Estas medidas deben estar dirigidas específicamente a prevenir enfermedades o lesiones o a prestar atención a los enfermos y heridos. 26. Se tendrá debidamente en cuenta el Reglamento Sanitario Internacional de la Organización Mundial de la Salud."

los instrumentos de medición de la eficacia en el desempeño de las funciones jurídicas sociales exigen del jurista una constante aproximación con otros enfoques. Las relaciones entre el derecho y las ciencias sociales se han estrechado cada vez más en los últimos años. Por lo tanto, hay una necesidad de interconectar los saberes con apertura para diálogo entre Salud y Derechos Humanos y los estudios sobre democracia en el campo político y filosófico.

La primera pandemia que se produjo en la era moderna de los derechos humanos fue el SIDA, antes de ella, los países u organismos internacionales de derechos humanos raramente analizaban las leyes y medidas de salud pública a la luz de los criterios de los derechos humanos - si es que eso llegaba a suceder.<sup>3</sup> Cuando la pandemia del SIDA desencadenó una serie de medidas coercitivas y restrictivas relacionadas con la salud pública, muchas se mostraron incompatibles con los derechos humanos y este fue un incentivo para exámenes minuciosos de salud pública desde el punto de vista de los derechos humanos.

Jonathan Mann (1947-1998) fue uno de los exponentes que impulsó el debate en torno al enfoque de la salud pública sobre la base de los derechos humanos y tuvo un papel importante en el desarrollo de este enfoque en las décadas de 1980 y 1990 en la epidemia del SIDA (Gostin, 1998). El autor sostenía que las medidas de salud pública podrían violar derechos humanos (Mann, 1996), y, por eso, sería necesario detectar los medios por los cuales estos procesos podrían ocurrir, identificar y evaluar el impacto de estas violaciones y promover y proteger la salud y los derechos humanos conjuntamente. La interrelación entre salud y derechos humanos implica el reconocimiento mutuo de que la salud pública no puede prescindir de los derechos humanos y viceversa.

Desde entonces, el enfoque de salud pública basado en los derechos humanos ha ido ganando fuerza e inserción en documentos internacionales y nacionales. Más que el enfoque meramente centrado en el resultado, poco a poco el foco se puso en el proceso, considerado como un elemento crucial. Es decir, se amplió el entendimiento de que dar atención a las cuestiones de derecho antes de la implementación de medidas sanitarias contribuía para que no ocurrieran violaciones, por lo que ayudaba en la obtención de mejores resultados en la experiencia vivenciada por las comunidades más afectadas. La formación de recursos humanos (académicos y profesionales) con este alcance ha crecido bastante, de modo que la inserción de los derechos humanos en la salud se ha convertido en el estándar internacional preferentemente indicado para los casos de pandemia (Gruskin, 2019).

Según VanderPlaat el enfoque de derechos humanos en la salud implicaría: a) salvaguardar la dignidad de las personas, especialmente de los más vulnerables socialmente; b) promover la equidad y no-discriminación - la equidad en la salud significa la ausencia de diferencias en los aspectos de la salud concernientes a la población o subgrupo social, económico, demográfico y geográficamente definido, especialmente para los grupos vulnerables que tienden a soportar proporcionalmente más problemas de salud; c) Participación de los individuos y grupos en las cuestiones que les afectan (afirmación de la democracia en la construcción de las políticas de salud) - la universalización y la equidad de oportunidades, la mayoría de las veces, es un reflejo de la capacidad de las personas para participar en la sociedad civil - los espacios social/político que funcionan como mecanismos de mediación entre lo cotidiano de las personas (lo privado) y el ambiente sistémico (institucional y económico) donde viven (Vanderplaat, 2004).

3 Para mayores profundizaciones sobre la relación entre SIDA y derechos humanos consultar Emerique (2008: 57-80; 2006: 141-165).

Si toda esta construcción ha apoyado y contribuido al avance de la perspectiva de los derechos humanos en la salud, sin embargo, hay que considerar que, en los últimos años, con la expansión del conservadurismo, nacionalismo y populismo autoritario ha aumentado la resistencia contra la igualdad de género, sexualidad, libertad reproductiva y otros aspectos que tocan cuestiones de salud colectiva. Por lo tanto, hay un declive del debate en materia de salud y derechos humanos que tanto había avanzado en los últimos 25 años. En este escenario menos abierto al diálogo interdisciplinario, muchas cuestiones de peso están siendo dejadas de lado, o tratadas solo carácter técnico y burocrático, resultando en una reducción de la visibilidad, atención, acción y financiación, desviados hacia proyectos reduccionistas en términos de salud y derechos humanos. Este proceso en salud acompaña el panorama contemporáneo de erosión democrática en varios países.<sup>4</sup>

Por lo tanto, las peculiaridades del momento en el escenario marcado por una pandemia refuerzan la idea de que más que una interconexión momentánea y contingente entre salud y derechos humanos, lo que se vislumbra es la propia inseparabilidad entre estos elementos en una perspectiva de afirmación democrática, porque las afectaciones que derivan de medidas para contingencias pandémicas dependen no solo de su aspecto formal, de su contenido o del sujeto para el cual se dirigen, sino también de las implicaciones empíricas de las afectaciones y sus repercusiones directas e incuestionables sobre el goce de derechos, para el Estado de Derecho y para la democracia en una determinada sociedad.

Por consiguiente, los planteamientos y medidas adoptados para responder a los problemas diseñados por la pandemia de COVID-19 deben ser coordinados y primar la interdisciplinariedad en la construcción normativa, las políticas públicas y las decisiones jurídicas, uniendo saberes plurales, ya sea en el ámbito global, regional, nacional o local, a fin de no servir como obstáculos o excusas para reconfigurar el perfil democrático de una sociedad, por ejemplo, por medio de la ampliación excesiva de poderes de los gobernantes (por ejemplo: concesión a los gobernantes de poderes plenipotenciarios durante estados de emergencia o excepción sanitaria, gobernar mediante decretos, etc.) o por respaldar acciones deliberadamente o indirectamente equivocadas desde el punto de vista democrático y sin base científica (por ejemplo, la instalación obligatoria de aplicaciones de monitoreo de contagio), así como la violación de los derechos humanos y la dignidad de las personas afectadas (por ejemplo, la segregación de personas, grupos o etnias en la atención médica).

Por lo tanto, la coyuntura es preocupante en una pandemia. Mientras que los mapas epidemiológicos son actualizados en tiempo real y la población mundial siguió de cerca por los medios de comunicación y las redes sociales todos los detalles relacionados con la enfermedad, inicialmente era fácil pasar a un escenario apocalíptico, un espectáculo del miedo y del sufrimiento humano o la banalización de la enfermedad y de los cuidados preventivos necesarios, debido a las informaciones inadecuadas transmitidas en las redes sociales (*fake news*) o contribución a la exposición individual y colectiva fomentada por un tipo de inmadurez o ligereza de comportamiento que se niega a seguir las mejores prácticas preventivas y las recomendaciones de los órganos de salud basadas

4 No es el objetivo de este artículo profundizar en el debate en torno a la erosión democrática contemporánea, sin embargo, hay una abundante bibliografía. Solo en términos de ejemplo, consultar Crouch (2004), Levitsky y Ziblatt (2018), Ruciman (2018), Castells (2018) y Mounk (2019).

en datos científicos, o peor, crear un falso conflicto de intereses entre bienes de la salud y la economía.

De hecho, aunque las medidas preventivas pueden parecer alarmistas a los ojos de algunos y, para otros, insuficientes para reducir la propagación de los casos, ante un panorama complicado y aún sin respuestas claras del campo médico-científico en los primeros momentos, una nueva pandemia puede atraer tanto discursos direccionados hacia un enfoque tradicional en la medicina para frenar su progresión, así como medidas basadas en el sesgo de los derechos humanos y asociadas a los principios democráticos.

Lo que se observa es la preocupación en la ONU y en la OMS por que las medidas activadas en relación con la pandemia estén en consonancia con los derechos humanos.<sup>5</sup> Una orientación sustantiva de los organismos internacionales sobre cómo los países del continente americano pueden tomar decisiones de salud pública capaces de lograr la protección de la salud, respetando las directrices de derechos humanos en el caso de COVID-19 proviene de la Resolución n° 01/2020 de la CIDH, donde claramente se esboza una preocupación asociada entre salud, derechos humanos y democracia.

Así, ante reacciones del gobierno que pueden ampliar, en lugar de reducir la intolerancia, la discriminación y la exclusión y los crecientes temores públicos, la confusión, la desinformación y la erosión democrática, es imprescindible seguir los principios fundamentales de derechos humanos y las orientaciones que traen.

### III. La Resolución n° 01/2020 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Pandemia y Derechos Humanos en las Américas

Antes de explorar algunos elementos relacionados con la democracia, salud y derechos humanos contenidos en la resolución de la CIDH se hará una breve contextualización sobre la cuestión política. En América Latina el proceso de erosión democrática ya era un problema incluso antes de la crisis sanitaria actual. La erosión democrática se propaga en el interior de la democracia por medio de representantes elegidos legítimamente y se caracteriza por un proceso de declive sustancial, en los tres predicados básicos de la democracia: elecciones competitivas, derechos de libertades y Estado de Derecho. Este fenómeno contemporáneo generalmente comienza con la concentración de poderes en el Ejecutivo, y es seguido por el desmantelamiento gradual de la estructura de control.

En medio del contexto de progresiva degradación democrática, la pandemia ofreció a los líderes políticos y partidarios de estas prácticas una ventana de oportunidad para reafirmar o fortalecer sus propios poderes, especialmente por la adopción de medidas de emergencia o excepción para intentar contener los avances epidémicos, contribuyendo a reforzar el *hiperpresidencialismo* (contexto históricamente desequilibrado a favor del Presidente de la República) y la *hipernormatividad* por el ejercicio principal y excesivo de poderes normativos o regulatorios del Ejecutivo bajo el pretexto de conjurar la emergencia (Gargarella y Roa Roa, 2020).

---

5 La Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Michelle Bachelet, el 13/03/2020 reforzó la importancia de los derechos humanos en las respuestas al coronavirus dadas por los gobiernos y de acciones adicionales para intentar reducir el impacto potencialmente negativo de esas medidas en la vida de las personas. Disponible en <https://nacoes-unidas.org/coronavirus-direitos-humanos-precisam-estar-nocentro-da-resposta-bachelet/amp/>

En Brasil, en el ámbito federal, hasta el momento ya existen miles de disposiciones normativas referentes a la COVID-19, tanto de naturaleza primaria como secundaria (en mayor abundancia), siendo más del 70% de ellas de procedencia del Ejecutivo (ordenanzas, medidas provisionales, decretos, etc.).<sup>6</sup>

En la mayoría de los países, dadas las dificultades prácticas y políticas para hacer uso de los Estados de excepción constitucional por la declaración del estado de sitio o del estado de emergencia,<sup>7</sup> los presidentes prefirieron usar los poderes a su disposición para declarar situaciones administrativas de calamidad y/o emergencia en salud, a través de decretos ejecutivos.

La presencia de esta excepcionalidad de hecho puede ser reconocida prestando atención a tres elementos fundamentales que caracterizan una institución constitucional excepcional: i) la concentración de poderes en manos del ejecutivo; ii) la limitación de derechos fundamentales; y iii) la militarización del espacio público. En muchos países de América Latina, y bajo la égida de la emergencia, decisiones públicas relevantes están siendo tomadas por el Ejecutivo.

Esto representa un problema, sobre todo cuando se considera que muchas tratan de restricciones de los derechos constitucionales fundamentales (es decir, los derechos de libre circulación, reunión o protesta). Justamente en este escenario en ascenso es que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 11 de abril de 2020 expidió la Resolución nº 01 - "Pandemia y Derechos Humanos en las Américas".

La resolución tiene por objeto proteger el derecho a la vida y el derecho a la salud, además de dejar claro que las medidas adoptadas por los Estados para gestionar la crisis sanitaria provocada por el coronavirus deben basarse en la centralidad de los derechos humanos y también propone normas y recomendaciones con este fin. Una de las intenciones de la resolución es intentar evitar que la pandemia sirva de excusa para una mayor limitación de derechos, principalmente para que la dignidad humana de grupos de la población que sufren discriminación o presentan mayor vulnerabilidad de sus derechos no padezca un mayor deterioro en el contexto actual. No es la finalidad de este estudio analizar o comentar todo el rico contenido de la resolución, aquí se pretende destacar panorámicamente su alcance y señalar dos aspectos centrales relacionados con la pandemia de COVID-19: i) el enfoque de salud basado en los derechos humanos (DESCA y protección a los grupos en especial situación de vulnerabilidad); ii) la inseparabilidad entre salud y derechos humanos para la afirmación de la democracia, especialmente ante las restricciones y suspensiones de derechos determinadas para contener el avance de la crisis sanitaria. En líneas generales, lo que destaca en la resolución es que la base de la respuesta a la pandemia necesita articularse con la costura entre democracia y derechos humanos, so pena de traducirse en ineficiencia o ampliación de la agenda de problemas pendientes de solución. Preocupación que puede justificarse, incluso, por la experiencia histórica de diversos países del continente, debido a

6 De acuerdo con investigaciones realizada por instituciones académica y de la sociedad civil en enero de 2021 en Brasil ya había 3049 normas con respecto a la COVID-19. Los organizadores del Boletín informan: "Las 3.049 normas relativas a COVID-19 recopiladas por nuestra investigación en el ámbito de la Unión corroboran la idea de que donde hay el exceso de normas hay poco derecho." Boletim n. 10 - Direitos na Pandemia: Mapeamento e análise das Normas Jurídicas de Resposta à COVID-19 no Brasil: São Paulo: ene. 2021. Disponible en: [https://www.conectas.org/wp-content/uploads/2021/03/Boletim\\_Direitos-na-Pandemia\\_ed\\_10.pdf](https://www.conectas.org/wp-content/uploads/2021/03/Boletim_Direitos-na-Pandemia_ed_10.pdf)

7 Las autoridades políticas saben que la decisión de declarar un estado de excepcionalidad constitucional puede ser muy caro, a costa de su propia popularidad.

las severas arremetidas a sus democracias y a los derechos humanos durante los gobiernos autoritarios que acercaron la región hasta décadas recientes. Es decir, la premisa de la resolución es que una democracia sin derechos o derechos sin democracia son condiciones insostenibles, principalmente para el enfrentamiento de una pandemia.<sup>8</sup>

Existe en la Resolución, en distintos momentos y a lo largo de todo el texto, referencias directas a la democracia o a los institutos y aspectos propios del sistema democrático (por ejemplo: participación directa en la construcción o ejecución de medidas), entrelazados con las cuestiones de salud y derechos humanos tal como se observa: a) en la parte de contextualización el texto hace mención a los particulares problemas en las Américas relacionados con la tendencia a reprimir de forma desproporcionada el ejercicio del derecho a la manifestación y protesta; b) expresa su preocupación y advierte de la necesidad de una mayor atención en las declaraciones de estados de excepción para no servir como pretexto para comprometer el sistema democrático de los Estados; c) en la confirmación del DESCAs como “condición esencial para la democracia” con la indicación de que los planes de acción para guiar los procedimientos en este ámbito sean “transparentes, independientes, participativos, claros e inclusivos”, así como la evaluación de sus impactos y resultados (apartados 6 y 7); d) la afirmación de la necesidad de independencia y de actuación de los poderes públicos, instituciones de *Accountability* y poder legislativo y judicial, incluso durante la pandemia, es decir, garantía de funcionamiento de instituciones del Estado; e) admite que el control de la pandemia puede conducir a la adopción de medidas de excepción y que el distanciamiento social puede justificar la restricción de derechos<sup>9</sup> (por ejemplo, libertad de reunión y circulación) sin embargo, sostiene que los Estados deben promover acciones positivas de protección a los grupos socialmente vulnerables y más afectados por las medidas (por ejemplo prensa y defensores de derechos humanos); f) destaca en la prensa, en el acceso a Internet, la transparencia y el acceso a la información pública sobre la pandemia y la preservación de la privacidad y la protección de los datos personales; g) en relación con la cooperación internacional y el intercambio de buenas prácticas destaca la necesidad de participación de la sociedad civil en el proceso.

Todas estas alusiones sobre la importancia del respeto a los componentes democráticos previstos en la resolución denotan la inseparabilidad entre salud y derechos humanos para la afirmación democrática de una sociedad durante la crisis sanitaria de COVID-19.

---

8 Una de las preocupaciones de la CIDH es evitar que la pandemia sirva de justificación para la potenciación del proceso de *desconsolidación* democrática en los países que ya están pasando por este problema en el continente. Mounk (2019) presenta la actual crisis de la democracia que se plantea en términos de una lucha entre los derechos individuales y la voluntad popular. De modo que el dar y recibir se convirtió en la moneda de cambio político y alejó al pueblo de la toma de decisiones fundamentales, generando un sistema de derechos sin democracia. Por otro lado, los gobernantes antisistema defienden la restitución del poder al pueblo y la batalla contra los obstáculos institucionales, aunque implique una democracia sin derechos.

9 La Resolución nº 01/2020 de la CIDH, en la parte resolutive (nº 3 letras f y g), indica que los Estados deben guiar su actuación de acuerdo con los principios y obligaciones generales, tales como: en las medidas que restringen derechos o garantías deben ser ajustadas a los principios pro persona, proporcionalidad y temporalidad y la finalidad de cumplimiento estricto de objetivos de salud pública con la protección integral. Y, en caso de suspensión de derechos, cumplir con los requisitos: legalidad, necesidad, proporcionalidad y temporalidad, para evitar estados de excepción o emergencia ilegales, abusivos y desproporcionados “ocasionando violaciones a los derechos humanos o afectaciones del sistema democrático de gobierno”.

Por un largo período, ante la ausencia de mecanismos seguros ofrecidos por la ciencia para inmunización o tratamiento médico, hasta que la vacuna llegase a ser distribuida largamente, los países apelaron a las medidas de contención del virus, recurriendo en muchos casos a los estados de emergencia y restricciones de derechos de acceso a la información pública, la propiedad privada, la libertad de expresión, la libertad personal, la inviolabilidad del domicilio, y el uso de tecnologías de vigilancia para rastrear la propagación del coronavirus, y el almacenamiento masivo de datos. Sin embargo, los derechos humanos deben ser la línea maestra de estas acciones. No olvidando que los Estados Americanos reconocieron la importancia de la protección de los DESCAs como condición capital para la democracia, el Estado de Derecho y el desarrollo sostenible, formando parte de este conjunto, particularmente, del derecho a la salud.

El enfoque de los derechos humanos en la pandemia, como ya se ha dicho, no prescinde de la democracia. Este aspecto cobra especial importancia cuando, por el bien de una emergencia sanitaria, un Estado pone en funcionamiento los mecanismos de excepción, tal como es autorizado por los Principios de Siracusa ya referidos. Principalmente para evitar el oportunismo político de concentración excesiva de poderes incompatible con el objetivo de enfrentar el problema de salud y en flagrantes violaciones de los derechos humanos. En este aspecto la Resolución n° 01/2020 de la CIDH hace referencia a los “Estados de excepción, las libertades fundamentales y el Estado de Derecho”. Mediado el 2020 ya existían por lo menos 10 Estados de entre los 30 que forman parte de la OEA, con medidas de excepción debido a la pandemia.<sup>10</sup>

Por ello, más aún se justifica el cuidado en la aprobación y seguimiento de estas situaciones para evaluar si éstas siguen las disposiciones expresadas en la parte considerativa y en la resolutive conforme a las descripciones del cuadro abajo en cuanto a las restricciones a los derechos:

Tabla 1 - Requisitos y condiciones del Estado de Excepción conforme a la Resolución n° 01/2020 CIDH

Requisitos y condiciones del Estado de Excepción - Resolución n.º 01/2020 CIDH		
Requisitos y condiciones	Motivación del acto: justificación de la excepcionalidad de la situación de emergencia en cuanto a:	Gravedad Inminencia Intensidad Ser una amenaza real a la independencia o seguridad del Estado.
	Temporalidad: Suspensión de derechos y garantías por tiempo limitado.	
	Proporcionalidad: medidas proporcionales	Solo hay este medio para hacer frente a la situación (no puede ser enfrentada con atribuciones ordinarias de las autoridades estatales). Las medidas no generan una mayor asignación a los derechos suspendidos (equilibrio entre coste y beneficio).
	Adecuación a los marcos normativos (verificación de la conformidad y de la constitucionalidad): Compatibilidad de las medidas con las obligaciones de derecho internacional, constitucional y legal pertinente (indicación expresa de los derechos limitados, ámbito temporal y geográfico).	

<sup>10</sup> Argentina, Bolivia, Chile, Colombia, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Panamá y Perú remitieron comunicaciones a la OEA sobre los estados de excepción.

<b>Requisitos y condiciones</b>	No discriminación: Medidas no discriminatorias, especialmente por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.	
	Prohibición de desvío de finalidad: Estado de emergencia no debe ser pretexto para propaganda de guerra, apología de odio nacional, racial o religioso e incitación a la discriminación, hostilidad o violencia.	
	Derechos y garantías que no pueden suspenderse:	El derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal, la prohibición de la tortura, los tratos inhumanos, crueles y degradantes, la prohibición de la esclavitud y la servidumbre, el principio de legalidad y retroactividad, la libertad de conciencia y la religión, protección de la familia, derecho al nombre, derechos del niño, derecho a la nacionalidad y derechos políticos. Procedimientos judiciales que garanticen el pleno ejercicio de derechos y libertades: el <i>habeas corpus</i> , el amparo, debido proceso legal, etc.
	Adecuación a los postulados de la Ciencia: Medidas sustentadas en la mejor evidencia científica.	
	Protección a los grupos más vulnerables: Consideración en la planificación y ejecución de las medidas de los efectos particulares sobre grupos más vulnerables y adoptar medidas positivas necesarias para su protección.	
	Pluralismo e <i>interseccionalidad</i> : Medidas deben seguir perspectiva de género, <i>interseccionalidad</i> , dimensión lingüística e interculturalidad.	
	<i>Accountability</i> : Existencia de medios de control y evaluación de las medidas.	
	<i>Libertad</i> : No restringir el trabajo y circulación de periodistas/comunicadores y defensores de derechos humanos. Respetar la libertad de prensa y garantizar los medios para su protección.	
	Derechos de comunicación y acceso a la información, Internet y protección de datos:	Prohibición de censura y bloqueos de medios de comunicación, plataformas o cuentas privadas de Internet. Garantizar el acceso a Internet. Acceso a la información pública sobre la pandemia sin restricciones y de forma prioritaria. La previsión de responsabilidad ulterior por difusión inadecuada de información u opiniones sobre salud debe estar prevista en ley (proporcional y ajustada al objetivo legítimo). Declaraciones de las autoridades con diligencia y con base científica. Los gobiernos y las empresas deben combatir la información incorrecta, no basada en evidencia científica y noticias falsas sobre la pandemia. Protección del derecho a la privacidad y a los datos personales, especialmente los confidenciales. Cuando se recurra a las herramientas de vigilancia digital, éstas deben ser limitadas (propósito, tiempo) y deben proteger los derechos individuales, no discriminar y garantizar las libertades fundamentales. Los Estados deben actuar con transparencia sobre las herramientas utilizadas y su finalidad, instrumentalizar la supervisión independiente y los medios para denuncias y reclamaciones.
	<i>Garantías</i> : Garantía contra detenciones arbitrarias sujetas al control judicial de conformidad.	

Elaboración propia

En resumen, todos los requisitos y condiciones antes mencionados tienen el firme propósito de concretar el derecho a la salud basado en las premisas de los derechos humanos y la democracia, procurando evitar que la crisis sanitaria se convierta en una excusa o en un elemento que pueda profundizar en una posible crisis democrática o de derechos humanos, servir de instrumento para la persecución ideológica o de opositores políticos, provocar o intensificar procesos de erosión democrática y avance de democracia iliberales (Zakaria, 2005), articulados por gobernantes que aspiran a eliminar de forma gradual las restricciones al ejercicio del poder con la ampliación del poder ejecutivo (Gulboy, 2019).

Sostener que la salud pública en situaciones extremas solo puede ser protegida con medidas autoritarias e incumpliendo los derechos humanos sería lo mismo que sostener que el autoritarismo se justificara en situaciones excepcionales, lo que es incasable en un contexto democrático, siendo cierto que incluso en circunstancias excepcionales el derecho debe tener primacía. La regla general debe ser enfrentar la situación excepcional con la menor disminución democrática y respeto al estado de derecho (Silvero-Salgueiro, 2020), especialmente a los derechos humanos.

#### **IV. Algunos aspectos de las violaciones de los derechos humanos en el contexto de la pandemia de COVID-19 en Brasil**

El Estado brasileño se encuadra en el caso de los países con respuestas a la COVID-19 marcadas, en gran parte, por la ineficiencia en la promoción y protección a la salud, así como por varios problemas y violaciones en materia de derechos humanos y democracia. Las respuestas se han caracterizado hasta ahora por: i) omisiones, falta de información, opacidad, negación y estadísticas infundadas, si no directamente señaladas por mentiras públicas; ii) falta de coordinación y divergencia entre líneas de acción nacionales, regionales y locales; iii) inestabilidad institucional del Ejecutivo nacional (cambio de ministros de salud durante pandemia); iv) decisiones políticas no amparadas por base científica; v) corrupción en el uso de recursos públicos de emergencia; vi) oportunismo político durante la pandemia (aprovechar la situación de emergencia sanitaria para adoptar medidas controvertidas en áreas no afectadas por los impactos de la COVID-19 sin debate con la sociedad); vii) gobernar mediante medidas normativas creadas por el poder ejecutivo (ordenanzas, medidas provisionales, decretos, etc.); viii) crisis institucional entre poderes de Estado; ix) deliberada desestructuración del Sistema Único de Salud (SUS); x) dificultad de gestionar efectos de la crisis económica para grupos socialmente más vulnerables.

En este cuadro complicado siguen ocurriendo varias violaciones a los derechos humanos, especialmente de los grupos socialmente más vulnerables: mujeres, ancianos, niños y adolescentes, población afrodescendiente, pueblos indígenas, personas LGTB, periodistas, defensores de los derechos humanos, extranjeros desplazados temporalmente, migrantes y refugiados. Por lo tanto, en una crisis sanitaria que imprime la necesidad de aplicar medidas restrictivas de derechos, aún más se justifica que los mecanismos utilizados para enfrentar la situación excepcional sean amparados por bases científicas y se ajusten a los dictados de los derechos humanos para no comprometer la democracia en el país.

Así, el objetivo de esta investigación consiste en problematizar y ejemplificar al respecto algunas violaciones a los derechos humanos cometidas en Brasil en el contexto de la pandemia que denotan la importancia de la interfaz entre

salud, derechos humanos y democracia, configurando situaciones que guardan aproximaciones con lo que se ha denominado como constitucionalismo abusivo o legalismo autocrático, por lo que los gobernantes echan mano de instrumentos legalmente admisibles con el propósito, directo o indirecto, de extender poderes propios y reducir los mecanismos de control sobre sus actos, deteriorando la calidad de la democracia y de los derechos asociados a ella, acercándose más a democracias ilegítimas o regímenes autocráticos y más alejados del pluralismo político y con rupturas progresivas de los derechos humanos.

Antes de entrar en el análisis previsto, hay que advertir que los procesos de erosión democrática no han estallado con la pandemia de COVID-19. El fenómeno ya viene ocurriendo en tiempos que preceden a la pandemia y en varios países diferentes, con contextos históricos, políticos, económicos y sociales bien distintos. Sin embargo, en los países en los cuales el proceso de erosión ya estaba en curso, algunos gobernantes encontraron en la pandemia una ventana de oportunidad para expandir sus poderes e impulsar los procesos corrosivos sobre la democracia, impulsando cambios iliberales provocando el desmantelamiento del sistema constitucional (Scheppele, 2018: 548), o sea, el régimen democrático va entrando en colapso no por medio de golpes políticos o revoluciones, sino por medio de implosiones por dentro de sus fundamentos.

Los mecanismos por los cuales son operados los cambios en la calidad de la democracia rumbo al legalismo autocrático pasan por: i) reducción o desactivación de las instituciones o de los medios de ejercicio de control y rendición de cuentas (por ejemplo, blindaje de acceso a documentos públicos por información clasificada como de seguridad nacional mantenida en carácter confidencial); ii) reducción de controles sobre el Poder Ejecutivo; iii) debilitamiento de la oposición política (por ejemplo: intimidación, encarcelamiento, persecución mediática, etc.); iv) captura de magistrados (corrupción, coacción y nombramientos); v) fraude electoral o rechazo de las reglas del juego electoral (por ejemplo, no reconocimiento de derrota en elecciones, denuncias vacuas de fraude en elecciones o socavar la credibilidad de los métodos o instrumentos de recuento de votos); vi) destrucción y/o descalificación de los medios de comunicación y de la libertad de prensa (por ejemplo uso selectivo de los grandes medios de comunicación, persecución a periodistas, evasión de debates y conferencias de prensa, etc.); vii) reducción del papel del Poder Legislativo, especialmente en actividades de control sobre el Poder Ejecutivo; viii) reducción o eliminación de trabas para reelecciones; ix) el uso ampliado del poder normativo primario y secundario por el Poder Ejecutivo o el abuso de los mecanismos de urgencia en el procedimiento legislativo (por ejemplo, medidas provisionales, decretos, ordenanzas, etc.); x) reducción del espacio de participación de las organizaciones de la sociedad civil en la gobernanza y la sociedad; xi) concentración y monopolización del poder y de la toma de decisiones (incluidas las técnicas) bajo un manto ideológico y autoritario; xii) mordaza en instituciones ligadas al Poder Judicial (cortes constitucionales, ministerio público, abogados, etc.); xiii) decreto de estado de emergencia/excepción; xiv) golpes constitucionales; xv) interferencia en la organización del partido y de los procesos electorales; xvi) restricción progresiva de la libertad de expresión; xvii) discursos de odio y discursos reiterados contra valores democráticos y defensa de programas políticos extremistas, inflamando a los partidarios contra instituciones, grupos de personas o individuos disidentes (Scheppele, 2018; Levitsky y Ziblatt, 2018).

Los principales ataques se dirigen hacia los principios de separación de poderes, independencia del Poder Judicial, independencia y autonomía de los órganos de control y rendición de cuentas, publicidad de la Administración Pública y federalismo, además de los ataques permanentes a los derechos y

garantías de una democracia liberal, haciendo al Poder Ejecutivo más fuerte y con mayor concentración de poder, aunque existan resistencias institucionales que dificulten estos avances depredadores.

El cuadro anterior de degradación democrática y derechos humanos, especialmente los de libertad, se vio potenciado por la pandemia de COVID-19, convirtiéndose en una justificación para que los líderes con tendencias autocráticas ampliaran sus poderes y difundieran sus discursos de odio ante las incertidumbres y temores en torno a la crisis sanitaria.

En Brasil, la pandemia más allá de la cuestión de salud pública, provocó simultáneamente una tensión económica y social y potenció aún más el proceso corrosivo de la democracia bajo la dirección autocrática del actual Presidente de la República, generando una serie de violaciones a los derechos humanos en sucesivos ataques a la democracia, agravado por una de las peores gestiones mundiales de la crisis sanitaria que ha dejado un saldo de muertes alarmante.

Las afectaciones de la pandemia en cuestiones democráticas también se hicieron sentir en la organización del Estado, principalmente en el sistema federativo, en el debate, posteriormente llevado a la justicia sobre el reparto de competencias, sobre todo en relación con las normas y políticas sanitarias, cuestiones relativas a la compra y distribución de vacunas, etc., todo ello con consecuencias directas en materia de derecho a la salud.<sup>11</sup>

11 Acción Directa de Inconstitucionalidad n° 6341/DF, en la cual el Supremo Tribunal Federal reconoció en sede de medida cautelar el federalismo cooperativo. Sentencia: 15/04/2020: "TA: REFERÉNDUM EN MEDIDA CAUTELAR EN ACCIÓN DIRECTA DE LA INCONSTITUCIONALIDAD. DERECHO CONSTITUCIONAL. DERECHO A LA SALUD. EMERGENCIA SANITARIA INTERNACIONAL. LEY 13.979 DE 2020. COMPETENCIA DE LOS ENTES FEDERADOS PARA LEGISLAR Y ADOPTAR MEDIDAS SANITARIAS DE LUCHA CONTRA LA EPIDEMIA INTERNACIONAL. JERARQUÍA DEL SISTEMA SANITARIO ÚNICO. COMPETENCIA COMÚN. MEDIDA CAUTELAR PARCIALMENTE ACEPTADA. 1. La emergencia internacional, reconocida por la Organización Mundial de la Salud, no implica ni mucho menos autoriza el otorgamiento de discrecionalidad sin control o sin contrapesos típicos del Estado Democrático de Derecho. Las reglas constitucionales no solo sirven para proteger la libertad individual, sino también el ejercicio de la racionalidad colectiva, es decir, de la capacidad de coordinar las acciones de manera eficiente. El Estado democrático de Derecho implica el derecho a examinar las razones gubernamentales y el derecho a criticarlas. Los agentes públicos actúan mejor, incluso durante emergencias, cuando están obligados a justificar sus acciones. 2. El ejercicio de la competencia constitucional para las acciones en el ámbito de la salud debe seguir parámetros materiales específicos, a ser observados, por primera vez, por las autoridades políticas. Como esos agentes públicos siempre deben justificar sus acciones, es a la luz de ellas que el control a ser ejercido por los demás poderes tiene lugar. 3. El peor error en la formulación de las políticas públicas es la omisión, sobre todo para las acciones esenciales exigidas por el art. 23 de la Constitución Federal. Es grave que, bajo el manto de la competencia exclusiva o privada, se premien las inacciones del gobierno federal, impidiendo que Estados y Municipios, en el ámbito de sus respectivas competencias, implementen las políticas públicas esenciales. El Estado garante de los derechos fundamentales no es solo la Unión, sino también los Estados y los municipios. 4. La directriz constitucional de la jerarquización, constante del art. 198 no significó jerarquización entre los entes federados, sino mando único, dentro de cada uno de ellos. 5. [...] El ejercicio de la competencia de la Unión en ningún momento ha disminuido la competencia propia de los demás entes de la federación en la realización de servicios de salud, ni podría; al fin y al cabo, la directriz constitucional es la de municipalizar esos servicios. 6. El derecho a la salud es garantizado por medio de la obligación de los Estados Partes de adoptar medidas necesarias para prevenir y tratar las enfermedades epidémicas y los entes públicos deben adherirse a las directrices de la Organización Mundial de la Salud, no solo por ser obligatorias en virtud del Artículo 22 de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud (Decreto 26.042, de 17 de diciembre de 1948), sino sobre todo porque cuentan con la experiencia necesaria para dar plena eficacia al derecho a la salud. 7. Como la finalidad de la actuación de los entes federativos es común, la solución de conflictos sobre el ejercicio de la competencia debe guiarse por la mejor realización del

Las embestidas a los derechos fueron de múltiples naturalezas provocando una intensa proposición de acciones junto a la justicia. El Supremo Tribunal Federal en varias situaciones necesitó manifestarse, como en el caso de medidas con carácter antidemocrático tomadas en función de un “estado de emergencia” con la suspensión del plazo de respuesta a las solicitudes de acceso a la información de determinados órganos y entidades de la Administración Pública Federal en los que los funcionarios estuvieran en cuarentena, en un claro intento de comprometer el seguimiento de la sociedad de la evolución de los casos y propagar desinformación sobre la enfermedad en el país. La medida afrontaba la regla constitucional de transparencia y publicidad, convirtiéndola en excepción, cuando la constitución la disciplina como regla para el control social y político de la Administración Pública, siendo indispensable ante una crisis sanitaria para gestionar mejor las medidas de contención de la enfermedad que deben adoptar todos los entes federativos.<sup>12</sup>

En el campo legislativo, también fueron dictadas una enorme cantidad de normativas provenientes del Poder Ejecutivo, siendo alguna de ellas violaciones de los derechos humanos, la salud pública y la democracia. El Presidente de la República ha adoptado la Medida Provisional 966/2020 relativa a la responsabilidad de los agentes públicos en acciones relacionados con COVID-19, que presentaba la disposición de que los agentes públicos solo podrían ser responsabilizados en las esferas civil y administrativa en relación con las medidas de lucha contra la pandemia, en caso de dolo o error grosero, sin que hubiera precaución en cuanto a que las medidas se adoptaran en disconformidad con los aspectos técnico-científicos. La medida blindaba una serie de acciones controvertidas tomadas por el Ministerio de Salud en torno a recomendaciones de tratamiento precoz con uso de medicaciones no apropiadas para combatir la

derecho a la salud, amparada en evidencias científicas y en las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud. 8. Medida cautelar parcialmente concedida para dar interpretación conforme a la Constitución al art. 3º de la Ley 13.979, a fin de explicitar que, preservada la atribución de cada esfera de gobierno, en los términos del inciso I del artículo 198 de la Constitución, el presidente de la república podrá disponer, mediante decreto, sobre los servicios públicos y actividades esenciales.”

- 12 Acción de Incumplimiento de Precepto Fundamental nº 690. Órgano juez: Tribunal Pleno del Supremo Tribunal Federal. Sentencia: 15/03/2021. “CONSTITUCIONAL Y ADMINISTRATIVO. ACTOS DEL PODER PÚBLICO. RESTRICCIÓN A LA DIVULGACIÓN DE DATOS RELACIONADOS CON COVID-19. PRINCIPIOS DE PUBLICIDAD Y TRANSPARENCIA. DERECHO A LA VIDA Y A LA SALUD. NECESIDAD DE MANTENER LA DIFUSIÓN DIARIA DE LOS DATOS EPIDEMIOLÓGICOS RELATIVOS A LA PANDEMIA. CONFIRMACIÓN DE LA MEDIDA CAUTELAR REFRENDADA POR EL PLENO. PROCEDIMIENTO PARCIAL. 1. La Constitución Federal de 1988 prevé la salud como derecho de todos y deber del Estado, garantizando su universalidad e igualdad en el acceso a las acciones y servicios de salud, y consagra expresamente el principio de la publicidad como uno de los vectores imprescindibles a la Administración Pública, dándole prioridad absoluta en la gestión administrativa y garantizando el pleno acceso a la información a toda la Sociedad. [...] 2. La gravedad de la emergencia causada por COVID-19 exige de las autoridades brasileñas, en todos los niveles de gobierno, la efectivización concreta de la protección a la salud pública, con la adopción de todas las medidas posibles para el apoyo y mantenimiento de las actividades del Sistema Único de Salud, entre ellas el suministro de toda la información necesaria para la planificación y el combate de la pandemia. 3. La interrupción abrupta de la recopilación y difusión de información epidemiológica, imprescindible para el análisis de la serie histórica de evolución de la pandemia (COVID-19), caracteriza ofensa a preceptos fundamentales de la Constitución Federal y fundamenta el mantenimiento de la divulgación integral de todos los datos que el Ministerio de Salud realizó hasta el 4 de junio 2020, y el Gobierno del Distrito Federal hasta el pasado 18 de agosto, bajo pena de daño irreparable. 4. Juicio conjunto de las Argumentaciones de Incumplimiento de Precepto Fundamental 690, 691 y 692. Confirmación de la medida cautelar refrendada por el Pleno. Procedimiento parcial.”

enfermedad o evitar la contaminación (Aragão, Pack y Maggio, 2020). El Supremo Tribunal Federal se manifestó en el caso por la interpretación conforme de la medida provisional indicando que los agentes públicos en la crisis sanitaria deben buscar la autocontención aun existiendo dudas en cuanto a la eficacia de las medidas a ser implementadas, con la necesidad de que las decisiones se basen en opiniones técnicas fundadas en criterios científicos y cautelares.<sup>13</sup>

En adición, las instituciones se activaron y algunos asaltos autocráticos contra la democracia, los derechos humanos y la salud fueron contenidos. Sin embargo, la cantidad de medidas y operaciones abusivas y atentatorias contra los derechos humanos fueron tantas que la sociedad civil y las instituciones muchas veces acabaron por actuar bien en términos de medidas de reducción de los daños, que, en el exhaustivo y permanente desgaste para combatir los desórdenes practicados, muchas veces encubiertos por la legalidad estricta, pero sin guardar aprecio a los postulados de la democracia liberal y de los derechos humanos.

En materia de salud pública son ejemplos de arremetidas contrarias a los valores democráticos: i) los cambios de protocolo de medicamentos para tratamiento de COVID-19 sin apoyo técnico-científico apropiado; ii) la incitación a la población promovida por representantes del Gobierno para invadir hospitales públicos con el objetivo de ejercer un control social sobre las ganancias políticas de los gobernadores y alcaldes con una supuesta inflación de los casos de COVID-19 capaz de agotar la capacidad de los hospitales para dar cuenta de atenciones y hospitalizaciones provocadas por COVID-19 (Aragão, Pack y Maggio, 2020); iii) la no distribución en cantidades apropiadas de exámenes para diagnóstico como estrategia de maquillar la cantidad de casos de la enfermedad en el país, entre otras situaciones próximas al absurdo que han comprometido la gestión eficiente de la crisis, basada en valores democráticos, sensibles a los derechos humanos y a la protección de la salud de la población, rompiendo con la tradición brasileña y la escuela ya construida en contexto de otras pandemias de respuestas mucho más eficientes, humanas y responsables en términos de salud pública.

Por lo tanto, en múltiples situaciones la desconexión entre salud, derechos humanos y democracia ha agravado las condiciones de enfrentamiento eficiente de la pandemia y ha contribuido a violaciones de derechos humanos, corrosión democrática y aumento del número de casos y muertes en el país, muchas veces justificados por la urgencia y la necesidad de respuestas inmediatas. Aunque estas medidas solo pueden durar durante el período de crisis sanitaria, hay que considerar si de hecho eran los encaminamientos más adecuados, razonables, proporcionales en términos de mejores prácticas para hacer frente a la pandemia de COVID-19 o si han servido a otros propósitos que escapan a los intereses de salud pública, reduciendo la calidad democrática y afectando los compromisos con el Estado de Derecho y las libertades en una sociedad trayendo resultados negativos para las condiciones de vida de la población y en evidente oposición a las recomendaciones de los derechos humanos contenidas en legislaciones nacionales e internacionales, especialmente la Resolución n.º 01/2020 de la CIDH.

El mayor riesgo en salud pública en tiempos de corrosión democrática pasa por la contaminación de las medidas de emergencia epidemiológicas con encaminamientos político-ideológicos propagadores de respuestas de emergencia inadecuadas, innecesarias o desproporcionadas. Así, en una crisis sanitaria que

13 Consultar las Acciones Directas de Inconstitucionalidad n.º 6421, 6422, 6424, 6425, 6427, 6428 y 6431, actos de agentes públicos.

imprime la necesidad de aplicar medidas restrictivas de derechos, Aún más se justifica que los mecanismos utilizados para enfrentar la situación excepcional sean amparados en bases científicas y se ajusten a los dictados de los derechos humanos para no comprometer la democracia en el país.

Las situaciones de salud pública no traen meras conexiones ocasionales entre derechos humanos, democracia y salud pública, sino que existe una inseparabilidad intrínseca entre estos horizontes evidenciada más nítidamente durante las crisis sanitarias de proporciones pandémicas, principalmente en los contextos de los países en los que se puede observar una mayor corrosión de los procesos democráticos.

La salud pública no debe dissociarse de los derechos humanos, especialmente porque en las crisis sanitarias el pánico puede acabar por establecer asignaciones que repercutirán en el momento posterior a la pandemia y las medidas excepcionales, los estados de excepción y de emergencia deben seguir el marco establecido en las normas internacionales y nacionales para no comprometer los derechos humanos ni servir de pretexto para la extensión indebida del poder ejecutivo, especialmente en los Estados más atravesados por procesos de erosión democrática, como el caso de Brasil. La democracia necesita ser afirmada y defendida, principalmente en las situaciones de crisis para que ésta no sirva de instrumento oportunista para expansiones autoritarias de poder perpetradas por líderes electos con sesgo autoritario.

## V. Conclusiones

Desde la pandemia del SIDA, la primera epidemia en la era de los derechos humanos, ya deberíamos haber aprendido que la protección de los derechos humanos y la democracia no puede ser una reflexión tardía sobre las epidemias, so pena de una carga social elevadísima.

En medio del momento conflictivo provocado por la pandemia de COVID-19 es necesario aún más hacer efectivo el compromiso con la democracia, la centralidad de los derechos humanos en el debate de salud pública y evitar los posibles retrocesos en las conquistas proyectadas en los últimos 25 años en el escenario global y nacional. Por eso, es necesario reforzar la importancia de una producción normativa epidemiológica construida sobre la base democrática, de los derechos humanos, rompiendo con la práctica de producción normativa con permanencias autoritarias y puniciones, casuísticas, de emergencia y fragmentadas en múltiples documentos.

La crisis sanitaria del momento requiere una acción concertada y estratégica, no solo reactiva, y demanda una unión de esfuerzos independientemente de diferencias políticas pasadas y presentes. Hay que centrarse en el apoyo mutuo y en el fomento de la investigación, programación, prestación de servicios y activismo que puedan contribuir a garantizar la democracia, además de la salud y los derechos humanos de todas las personas y, por más sensible que sea la cuestión, mantenerse con audacia a pesar del momento político complicado.

La situación de pandemia justifica, por razones de salud pública, la restricción de ciertos derechos humanos. Sin embargo, las restricciones o suspensiones de derechos están sujetas a límites estrictos impuestos por el derecho internacional de los derechos humanos y deben seguir los caminos trazados en la Resolución nº 01/2020 de la CIDH. Si la observación de tales límites no es intransigente por los Estados Partes, la COVID-19 puede representar una amenaza para el futuro de la democracia, el Estado de Derecho y la protección de los derechos humanos. A pesar del carácter de *soft law* de la resolución, esta

confirma aspectos ya delimitados en los tratados de derechos humanos y sirve como un buen indicador de la comprensión y la interpretación que en el futuro será dispensada por los órganos multilaterales regionales con respecto a las cuestiones que implican violaciones a los derechos humanos y a los excesos cometidos por los Gobiernos en la contención de la pandemia y en la toma de posiciones que hieren los postulados del Estado de Derecho y de la democracia y los derechos humanos.

Teniendo en cuenta estos desafíos, resulta decisivo seguir la línea de las recomendaciones generales emitidas por la OMS y, particularmente, la recomendación de que eventuales medidas restrictivas deban basarse en evidencias científicas - lo que se puede mostrar con este estudio - deben evitar cualquier contaminación del contenido técnico por el sesgo político, a fin de fomentar una práctica que compatibilice las acciones de respuesta dadas a la crisis sanitaria de COVID-19 con los derechos humanos y la democracia.

En Brasil, un caso de violación a los derechos humanos puede ser vislumbrado en las sucesivas acciones, políticas y normalizaciones promovidas por el Poder Ejecutivo violadoras de los derechos humanos y de los postulados de la democracia.

Por lo tanto, el estudio buscó demostrar que las medidas activadas en momentos de crisis sanitaria necesitan tener en cuenta las construcciones consolidadas en el plano de la salud y derechos humanos, fortaleciendo los procesos democráticos y buscando una coordinación de esfuerzos en el plano nacional e internacional, sin perder de vista la centralidad de los derechos humanos y la construcción de respuestas democráticas para mejor alcanzar sus propósitos.

Muchos problemas, incluso los relacionados con el estado de erosión democrática en Brasil ya estaban en discusión antes de la pandemia. Pero ésta destacó la importancia del debate y la necesidad de respuestas más efectivas a los viejos problemas del *hiperpresidencialismo* y de la *hipernormatividad* proveniente del Ejecutivo, principalmente aquellas resultantes de momentos de emergencia.

Las perspectivas *postpandemias* mostrarán su carácter pedagógico si aprendemos la lección de que la salud y los derechos humanos son inseparables y juntos contribuyen a la afirmación democrática en una sociedad. Por ello, es necesario desconfiar de acuerdos institucionales que dejan sin poder, representación y posibilidad de rendición de cuentas a las personas y reflexionar sobre los profundos niveles de desigualdad institucional que conducen a la excesiva concentración de poder, especialmente durante las crisis.

Por último, el momento exige responsabilidad personal y colectiva ante los desafíos, la formación de redes de solidaridad y el compromiso de seguir las recomendaciones de los órganos internacionales y nacionales para prevenir y reducir la propagación del coronavirus en alianza con los postulados de derechos humanos, el Estado de Derecho y la democracia.

### **Bibliografía**

- Aragão, S. M., Pack, E. W. de L., y Maggio, M. P. (2020). COVID-19 como impulsora del Constitucionalismo Abusivo. *Revista Direito Público*, 17 (94), 50-74. Disponible en: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/4435/Arag%C3%A3o%3B%2OPack%3B%2OMaggio%2C%202020>
- Castells, M. (2018). *Ruptura*. Rio de Janeiro: Zahar.
- Crouch, C. (2004). *Post-democracy*. Cambridge: Polity



- Emerique, L. B. (2006). Derechos humanos, AIDS e a questão da identidade no Estado Democrático de Direito. En J. C. Buzanello y S. Guerra (orgs.), *Derechos humanos: una abordagem interdisciplinar*, Vol. II. Rio de Janeiro: Freitas Bastos.
- Emerique, L. B. (2008). Derechos humanos das pessoas portadoras do vírus HIV e dos doentes de AIDS. En S. Guerra y L. B. Emerique (orgs.), *Direito das minorias e grupos vulneráveis*. Ijuí: UNIJUI.
- Gargarella, R., y Roa Roa, J. E. (2020). Diálogo democrático y emergencia en América Latina. *MPIL Research Paper Series* n. 2020-21. Disponible en: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3623812](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3623812)
- Gostin, L. O. (1998). A Tribute to Jonathan Mann: Health and Human Rights in the AIDS Pandemic. *The Journal of Law, Medicine & Ethics*, 26:3, 256-258. Disponible en: <https://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1746&context=facpub>
- Gruskin, S. (2019). Reflexões sobre 25 anos de saúde e direitos humanos: história, contexto e necessidade de ação estratégica. *Health and Human Rights Journal*. (Miradouros), 10/12/2019. Disponible en: <https://www.hhrjournal.org/2019/12/reflections-on-25-years-of-health-and-human-rights-history-context-and-the-need-for-strategic-action/>
- Gulboy, M. L. (2019). Enemigos internos: democracia y amenazas de autocratización. *Nueva sociedad*, 282 (Ejemplar dedicado a: ¿Retrocede la democracia?), 135-146. Disponible en: <https://nuso.org/articulo/enemigos-internos-democracia-y-amenazas-de-autocratizacion/>
- Levitsky, S., y Ziblatt, D. (2018). *Como as democracias morrem*. Rio de Janeiro: Zahar.
- Mann, J. (1996). Saúde pública e direitos humanos. *Physis: Revista de Saúde Coletiva*. Rio de Janeiro: 6 (1/2), 135-145.
- Mounk, Y. (2019). *O povo contra a democracia*. São Paulo: Companhia das Letras.
- Ruciman, D. (2018). *Como a democracia chega ao fim*. São Paulo: Todavia.
- Santos, B. de S. (2020). *A cruel pedagogia do vírus*. Coimbra: Almedina.
- Scheppele, K.L. (2018). Autocratic Legalism. *The University of Chicago Law Review*, 85, 545-583. Disponible en: <https://lawreview.uchicago.edu/publication/autocratic-legalism>
- Silvero-Salgueiro, J. (2020). El impacto del COVID-19 en el sistema político paraguayo: ¿Hacia una democracia iliberal? En L. G. A. Conci (org.) *El derecho público en tiempos pandémicos* (pp. 131-144). São Paulo: Tirant Lo Blanch.
- Vanderplaat, M. (2004). Derechos Humanos: una perspectiva para a saúde pública. *Revista Saúde e Direitos Humanos*, 1-01-01, 27-33.
- Zakaria, F. (2005). *El futuro de la libertad*, 2ª ed. Lisboa: Gradiva.

# El nuevo orden constitucional para las autopistas después de la 62.a modificación de la Ley Fundamental alemana en 2017<sup>1</sup>

*The new constitutional order for highways after the 62nd amendment to the German Constitution in 2017*

MARTIN IBLER

Catedrático de Derecho Constitucional y Administrativo.

Universidad de Konstanz.

[martin.ibler@uni-konstanz.de](mailto:martin.ibler@uni-konstanz.de)

DOI: <https://doi.org/10.7203/cc.2.22174>

Fecha de recepción: 21/06/2021

Fecha de aceptación: 21/09/2021

## Resumen

La Constitución alemana sufrió un cambio importante en 2017. Con este se remodela la compensación financiera federal para mejorar el desempeño de las tareas en el orden federal. Asimismo, se modificó la disposición constitucional sobre las autopistas federales y las demás carreteras federales de largo recorrido. Surge un nuevo ordenamiento jurídico constitucional para las autopistas, las cuales durante mucho tiempo han sido objeto de deseos político-jurídicos de privatización. Esta parte de la reforma, que pretende aumentar la eficiencia de la administración de las autopistas, se presenta y evalúa en este artículo.

## Palabras clave

Ley Fundamental; reforma constitucional; autopistas; carreteras federales de largo recorrido; propiedad; Administración federal; Administración propia de la Federación; Administración por delegación; privatización; asociaciones público-privadas.

## Abstract

*In 2017 an important amendment of the German Basic Law rearranged the Federal Equalization payments intending to improve the fulfillment of tasks in the federal order. Therefore, it also altered the constitutional regulation concerning federal motorways and the other federal trunk roads. A new constitutional order for highways, which have been a long-time subject of political privatization request, arises. This part of the constitutional amendment, intending to improve the efficiency of the federal highway administration, is presented and evaluated in the following article.*

## Keywords

*German Basic Law; Constitutional amendment; Motorways; Other federal trunk roads; Property; Federal administration; Federal administration by own administrative authorities; Execution on commission; Privatisation; Public-private partnerships.*

<sup>1</sup> El autor le agradece a su doctoranda, la abogada Diana Sanabria Ramírez, LL.M. (Konstanz), por la traducción.

## Sumario

**I. El rango constitucional de la Ley Fundamental. – II. Reformas a la Constitución en la República Federal de Alemania. – III. Las autopistas y las demás carreteras federales de largo recorrido como objeto de regulación constitucional. 1. Iniciativas jurídico-políticas de modificación de la norma constitucional sobre las autopistas y las demás carreteras federales de largo recorrido. 2. La situación jurídica hasta 2017. 2.1. La propiedad de las carreteras federales. 2.2. La administración de las carreteras federales. 3. El inestable camino hasta la reforma del art. 90 LF. 4. El nuevo artículo 90 LF. 4.1. El nuevo régimen de propiedad de las autopistas y las demás carreteras federales de largo recorrido. 4.2. La nueva administración federal de autopistas (art. 90 párr. 2 LF). 4.2.1. “Administración federal” (*Bundesverwaltung*): un nuevo tipo de administración en la Ley Fundamental. 4.2.2. Administración federal de autopistas con la ayuda de una sociedad de derecho privado bajo propiedad inalienable de la Federación y con la ayuda de sociedades filiales. 4.2.3. Administración de las autopistas con ayuda de asociaciones público-privadas. – IV. Conclusión. *Bibliografía*.**

### I. El rango constitucional de la Ley Fundamental

La Ley Fundamental (LF) de 1949, la Constitución de la República Federal de Alemania, no es un programa político o un ideal, sino que establece un derecho vinculante (Wahl, 2001: 1043). Como demuestra su texto en varias ocasiones, sus normas jurídicas son del más alto rango en la jerarquía nacional de normas. Por ejemplo, el art. 20 párr. 3 LF vincula el poder legislativo al orden constitucional, el art. 1 párr. 3 LF vincula los poderes legislativo, ejecutivo y judicial a los derechos fundamentales de la Constitución, y el art. 79 LF, en sus párrafos 1 y 2, establece requisitos más elevados para una reforma constitucional que para la adopción o reforma de leyes ordinarias<sup>2</sup>. También existe una jerarquía de normas dentro de la propia Constitución, porque el art. 79 párr. 3 LF declara inadmisibles las reformas constitucionales mediante las cuales sean afectados determinados fundamentos constitucionales, por ejemplo, la dignidad humana, la separación de poderes o la división de la Federación (*Bund*) en Estados federados (*Länder*).

---

2 Más ejemplos en Lepsius (2018: 951 y ss.).

## II. Reformas constitucionales en la República Federal de Alemania

Una ley reformadora de la Constitución debe expresamente modificar o complementar el texto constitucional (art. 79 párr. 1 fr. 1 LF), y se requieren dos tercios de los miembros del *Bundestag* y dos tercios de los votos del *Bundesrat* (art. 79 párr. 2 LF). A pesar de estas barreras, la Ley Fundamental ha sido modificada hasta ahora sesenta y cinco veces<sup>3</sup>. La 62ª reforma, operada en 2017, reordenó, entre otros aspectos, los requisitos constitucionales para las autopistas federales y tal es el objeto del presente artículo. En vista de las muchas reformas a la Ley Fundamental, se puede hablar de una tradición de reforma constitucional en la República Federal. Una de las razones de ello es que la Ley Fundamental –a diferencia, por ejemplo, de la Constitución Española moldeada por la *Transición*– acostumbra a utilizar términos jurídicamente claros –aunque, ciertamente, esto no es siempre así– y, por lo tanto, pone más límites a la interpretación de lo que lo haría un texto constitucional más amplio lingüísticamente. También es habitual buscar acuerdos más allá de la lógica partidista y, especialmente, entre las fuerzas parlamentarias que respaldan al gobierno y la oposición.

No obstante, no hay necesidad de grandes acuerdos cuando, excepcionalmente, una fuerza política en tiene mayoría de dos tercios el *Bundestag* y en el *Bundesrat*. Tal situación excepcional existió en el *Bundestag* durante la “Gran Coalición” de la Unión Cristianodemócrata y la Unión Socialcristiana (CDU/CSU) con los socialdemócratas (SPD) en la 18.ª legislatura del *Bundestag* (2013-2017), al final de la cual la Ley Fundamental fue modificada por 62.ª vez. Las fracciones gubernamentales en el parlamento tenían 502 de los 630 diputados. En el *Bundesrat*, los Estados federados gobernados por la CDU, la CSU y el SPD recibieron 59 de los 69 votos.

Que un gran acuerdo contribuya a la racionalidad de una reforma constitucional no es algo evidente, sobre todo si se trata de una gran reforma, y todavía es menos evidente cuando (como sucedió en 2017) el futuro de la coalición gubernamental es incierto<sup>4</sup>. Si una reforma amplia se realiza bajo esa presión, se aceptan modificaciones para que el socio de la coalición esté de acuerdo que de otro modo no se habría aceptado o se habría hecho en otras condiciones. El nuevo derecho constitucional de las autopistas y otras carreteras federales es un ejemplo de ello. Esta modificación fue aprobada poco antes del final de la legislatura, en el marco de una reforma más amplia, declarada como de urgente necesidad, sobre el “rediseño de la equalización financiera federal”<sup>5</sup>, frente a la que aquella recibió mucho menos peso político y atención.

3 A la fecha del 18 de mayo de 2021.

4 Véase, por ejemplo, la encuesta de opinión del Instituto *Allensbach* del 20 de junio de 2017, disponible en: <https://www.wahlrecht.de/umfragen/allensbach.htm>

5 La justificación del gobierno (2017) hizo hincapié en que las regulaciones de equalización financiera existentes entre la Federación y los Estados federados expiraban en 2019. Citado según el impreso del *Bundestag* (BT-Drs.), es decir, de la propuesta que se negocia en el *Bundestag* y el número de la legislatura, numerada después de su entrada en el parlamento y el número exacto de páginas del documento: BT-Drs. 18/11131, pp. 1, 11. Véase también <https://www.bundestag.de/drucksachen>.

### III. Las autopistas y las demás carreteras de largo recorrido federales como objeto de regulación constitucional

La Ley Fundamental regula ciertos aspectos con bastante detalle. Contiene disposiciones que muchos otros Estados disponen en sus leyes ordinarias. Es el caso de la infraestructura de transportes del Estado. La Constitución alemana no solo distribuye las facultades legislativa y administrativa en el derecho vial, de vías fluviales, de ferrocarriles y de transporte aéreo entre la Federación y los Estados federados, sino que también establece regulaciones sustanciales sobre estas instituciones, que son indispensables para el bienestar del interés general, la economía y la prosperidad. Sólo de manera complementaria la legislación federal ordinaria regula detalles adicionales, por ejemplo, a través de la Ley Federal de Carreteras de Largo Recorrido (*Bundesfernstraßengesetz*).

El art. 90 LF, la norma constitucional para los dos tipos más importantes de carreteras alemanas –autopistas y otras carreteras federales de largo recorrido– se mantuvo sin cambios durante casi setenta años. La norma, que a partir de 1990 también regía en los cinco nuevos Estados federados, ni siquiera fue modificada cuando, después de la reunificación, la red de carreteras de la antigua RDA tuvo que ser renovada por encontrarse en un estado desastroso después de cuarenta años de socialismo. Sin embargo, la infraestructura de la República Federal de Alemania se enfrenta a grandes desafíos. En particular, la red de autopistas y demás carreteras federales de largo recorrido está deteriorada en todo el país. Muchas carreteras, especialmente los puentes, están decrepitas y necesitan ser reemplazadas<sup>6</sup>. Las razones que lo dificultan son en parte financieras, en parte políticas, sociales y jurídicas. Una mayor conciencia medioambiental en la sociedad y en la política, pero sobre todo las medidas de protección del medio ambiente reforzadas por la normativa europea, dificultan la planificación y la construcción de grandes proyectos de infraestructuras. En este contexto, crecieron las críticas a las regulaciones sobre carreteras contenidas en el art. 90 LF.

#### 1. Iniciativas jurídico-políticas de modificación de la norma constitucional sobre las autopistas y las demás carreteras federales de largo recorrido

Las críticas culparon principalmente al orden de propiedad y a la administración de las carreteras federales por su financiación deficitaria<sup>7</sup>. Dado que la Constitución concedió a la Federación la propiedad de las antiguas autopistas y carreteras del *Reich* (Imperio alemán), su privatización –en una opinión controvertida, pero correcta– fue descartada (Ibler, 2018: n. m. 61)<sup>8</sup>. Sin embargo, sobre todo, se criticó que la Constitución (de nuevo hostil a la privatización) prescribiera una administración estatal para la planificación, construcción y mantenimiento de las autopistas y demás carreteras federales de largo recorrido e, incluso, el extraño modo administrativo de “administración por delegación” en la Federación alemana, es decir, una administración llevada a cabo por los Estados federados, en la que la Federación tiene facultades especiales de supervisión e instrucción.

6 Véase, por ejemplo, el informe final de una comisión independiente de expertos creada por el ministro federal de transportes y el ministro federal de finanzas (2000). Disponible en: [https://www.vifg.de/downloads/service/infrastrukturfinanzierung-und-ppp/2000-09-05\\_Abschlussbericht-der-Paellmann-Kommission.pdf](https://www.vifg.de/downloads/service/infrastrukturfinanzierung-und-ppp/2000-09-05_Abschlussbericht-der-Paellmann-Kommission.pdf)

7 Véase, por ejemplo, BT-Drs. 18/11135, p. 3.

8 La abreviatura „n. m.” hace referencia aquí y en adelante a „nota marginal”.

En general, la situación constitucional de las carreteras federales se entendía demasiado complicada y engorrosa.

## 2. La situación jurídica hasta 2017

### 2.1. La propiedad de las carreteras federales

En 1949, la Ley Fundamental estipuló, en su art. 90 párr. 1, que las carreteras que habían sido autopistas y carreteras del *Reich* hasta el final de la dictadura nacionalsocialista serían, en la República Federal de Alemania, propiedad de la Federación. Ni los Estados federados ni los municipios, mucho menos los particulares, podían entonces ser o convertirse en propietarios de una antigua autopista o carretera del *Reich*, ni siquiera cambiando las leyes federales (ordinarias). Por lo que respecta al régimen de la propiedad de las carreteras construidas después de 1949, la Constitución guardó silencio hasta 2017; sin embargo, la Ley (ordinaria) Federal de Carreteras designó a la Federación como propietaria de éstas y, así, excluyó a otros de la propiedad.

### 2.2. La administración de las carreteras federales

Hasta 2017, la administración de las autopistas y otras carreteras federales, en particular su planificación, construcción y mantenimiento, no era responsabilidad de la Federación, sino de los Estados federados, por delegación de la Federación (art. 90 párr. 2 LF versión antigua). Por lo tanto, las autoridades de los Estados federados eran responsables de la administración de ambos tipos de carreteras federales, pero el gobierno federal podía influir sobre los Estados federados dictando disposiciones administrativas generales y las autoridades federales supremas podían influir mediante instrucciones (art. 85 párr. 2, 3 LF). Al mismo tiempo, la Federación pudo vigilar que los Estados federados gestionaran las carreteras federales legal y oportunamente (art. 85 párr. 4 fr. 1 LF). Así, por ejemplo, el ministro federal de transporte tenía permitido prescribir a las autoridades de los Estados federados responsables de la planificación vial. La decisión de la Constitución de la administración por parte de los Estados federados por delegación de la Federación descartó la posibilidad de que las autopistas u otras carreteras federales fueran gestionadas por particulares.

## 3. El inestable camino hasta la reforma del art. 90 LF

La crítica al derecho constitucional de las autopistas propició que varios ministerios federales plantearan la necesidad de cambios. En 2004, un informe de la Oficina Federal de Auditoría Fiscal recomendó que la administración de ambos tipos de carreteras federales llevada a cabo por los Estados federados por delegación de la Federación fuera abolida y sustituida por una administración federal propia, sin embargo, también consideró “formas mixtas” que conservaban una administración por delegación, es decir, una administración por los Estados federados bajo la supervisión de la Federación, o que preveían una administración propia de la Federación para las autopistas, pero para las demás carreteras federales preveían la propiedad, así como la administración solo en cabeza de los Estados federados (Präsident des Bundesrechnungshofes,

2004: 38 y ss.). En 2007, un nuevo informe recomendó una administración de la Federación para la construcción y administración de las autopistas, mientras que, en el caso de las demás carreteras federales de largo recorrido, los Estados federados deberían “hacerse cargo” de la propiedad y la administración y recibir una compensación financiera por ello (Präsident des Bundesrechnungshofes, 2007: 43 y ss., 60, 71). Una administración por parte de los Estados federados por delegación de la Federación no sería adecuada especialmente para las demás carreteras federales de largo recorrido, porque a menudo entrarían en conflicto entre sí los diferentes intereses de la Federación y de los Estados federados –los Estados federados y los municipios a menudo desearían un aumento en los estándares de ampliación, especialmente para las desviaciones, aunque la Federación tendría que pagar por ello– (Präsident des Bundesrechnungshofes, 2007: 67 y ss.)<sup>9</sup>. Esta opinión fue reiterada en 2016 en un nuevo informe (Präsident des Bundesrechnungshofs, 2016: 22 y ss.).

En el proceso legislativo de reforma de la Constitución, ninguna de estas propuestas prosperó. Pero la crítica a la situación constitucional de las carreteras federales en que se fundamentaron los informes citados hasta ahora conllevó que se preparara la reforma constitucional. En 2015, el Ministerio Federal de Transporte presentó un informe sobre la “reforma de la administración por delegación en el ámbito de las carreteras federales”, a partir del cual ya se podía entrever el objetivo deseado del gobierno (Bundesministerium für Verkehr und Infrastruktur, 2015: 5). Las autopistas y las demás carreteras federales de largo recorrido deberían seguir siendo propiedad de la Federación, y (solamente) las autopistas deberían ser retiradas de la administración por delegación de los Estados federados, en favor de la Federación. Sin embargo, las autopistas no deberían ser gestionadas por las autoridades federales, sino que deberían ser operadas por una sociedad de infraestructuras propia de la Federación, manejada como una empresa, preferiblemente una sociedad de responsabilidad limitada.

En particular, el plan de dar a una sociedad de derecho privado la responsabilidad de las autopistas determinó el debate en el Parlamento. Dos facciones parlamentarias de la oposición, “Alianza 90/Verdes” y “La Izquierda”, sostuvieron que una privatización amenazaría esta infraestructura tan importante para el Estado<sup>10</sup>. Posteriormente, la facción parlamentaria-gobernante del Partido Socialdemócrata (SPD) expresó también preocupaciones similares<sup>11</sup>. Como resultado, hubo una disputa en el parlamento sobre los límites de la privatización de las autopistas federales<sup>12</sup>. Sin embargo, miembros del gobierno y miembros de las facciones parlamentarias de los partidos de gobierno aseguraron que la privatización no sería ni deseada ni planeada<sup>13</sup>.

---

9 Véase BT-Drs. 18/11131, pp. 3 y 15.

10 Véase el Informe estenográfico de la 218ª sesión del Bundestag del 16 de febrero de 2017, acta de la plenaria 18/218, págs. 21770 y s., 21777 y s., 21780 y s.

11 Véase el Informe estenográfico de la 218ª sesión del Bundestag del 16 de febrero de 2017, acta de la plenaria 18/218, págs. 21780, 21782 ss.

12 Véase el Informe estenográfico de la 218ª sesión del Bundestag del 16 de febrero de 2017, acta de la plenaria 18/218, págs. 21768 y s.

13 Véase el Informe estenográfico de la 218ª sesión del Bundestag del 16 de febrero de 2017, acta de la plenaria 18/218, págs. 21769, 21780, 21783.

#### 4. El nuevo art. 90 LF

La reforma a la norma constitucional para las carreteras de larga distancia, que finalmente se aprobó, regula en su párrafo 1 la propiedad de las autopistas y de las demás carreteras federales de largo recorrido, el nuevo párrafo 2 solamente se refiere a las autopistas federales y cambia fundamentalmente su administración. Los siguientes párrafos de la norma fueron adaptados y completados por una disposición transitoria en el artículo 143e.

##### 4.1. El nuevo régimen de propiedad de las autopistas y las demás carreteras federales de largo recorrido

El nuevo art. 90 párr. 1 fr. 1 LF estipula: “La Federación sigue siendo propietaria de las autopistas federales y de las demás carreteras federales de largo recorrido”. Las antiguas autopistas y carreteras del *Reich* ya no se mencionan. La propiedad de las autopistas y las carreteras federales, que anteriormente le correspondía a la Federación solo por ley ordinaria, a saber, por la Ley Federal de Carreteras, ahora tiene rango constitucional. También es nueva la frase 2 de la disposición: “Esta propiedad es inalienable”.

Estas dos frases concisas son claras y al tiempo no lo son puesto que el art. 90 LF tampoco especifica el término “propiedad” o el del “propietario”, aunque la Constitución también habla de “propiedad” en otros lugares y en otro sentido, por ejemplo, en el derecho fundamental de propiedad del art. 14 LF. La legislación ordinaria y el uso común del idioma también entienden la “propiedad” de manera diferente (Ibler, 2018: n. m. 23, 24, 31,122). Sin embargo, saber qué cubre exactamente esta “propiedad inalienable” en el sentido del art. 90 párr. 1 LF (¿también las áreas de servicio y otras “instalaciones auxiliares” de las autopistas?), es importante porque la reforma constitucional tiene la intención de restringir la privatización<sup>14</sup>.

Actualmente prevalece con razón la opinión de que la propiedad en el sentido del art. 90 párr. 1 LF debe entenderse como propiedad privada (Gröpl, 2019: n. m. 12; Hermes, 2018: n. m. 15, 21; Ibler, 2018: n. m. 24; Sachs, 2021: n. m. 7; Remmert, 2020, n. m. 1; Faßbender, 2018, n. m. 79 y ss.). Además, se está de acuerdo con que la propiedad privada de la Federación sobre las autopistas y las demás carreteras federales de largo recorrido no está protegida por el art. 14 LF (Gröpl, 2019: n. m. 16; Ibler, 2018: n. m. 31; Remmert, 2020: n. m. 3; Faßbender, 2018: n. m. 85), pues este solamente protege la propiedad de los titulares de derechos fundamentales<sup>15</sup>. Entre estos no se encuentra la Federación, pues esta no es titular de derechos fundamentales, sino que está obligada por ellos (art. 1 párr. 3 LF)<sup>16</sup>. Además, el concepto y el contenido de la propiedad del art. 14 LF se han desarrollado históricamente de manera diferente que en el caso del art. 90 párr. 1 LF. El art. 14 LF protege como propiedad todo derecho patrimonial privado en manos de un titular de derechos fundamentales, es decir, a diferencia del derecho civil, también protege el derecho a exigir el

14 Sobre el límite a la privatización en el art. 90 párr. 2 LF, véase: BT-Drs. 18/11186, p. 2; BT-Drs. 18/12588, p. 32.

15 BVerfGE 61, 82, 108 y ss. La abreviatura “BVerfGE” hace referencia aquí y en adelante a la gaceta judicial del Tribunal Constitucional Federal alemán. Los números que siguen a la abreviatura se refieren respectivamente: al tomo, a la primera página de la sentencia y a la página exacta de la cita.

16 Véase BVerfGE 128, 226, 244 y ss.

precio en la compraventa y otras pretensiones<sup>17</sup>, derechos de autor, acciones y participaciones sociales (“propiedad por acciones”)<sup>18</sup>, el derecho de tenencia de un inquilino<sup>19</sup>, incluso las autorizaciones de derecho público si han sido adquiridas por el propio rendimiento del titular de los derechos fundamentales, como los derechos y las expectativas en materia de pensiones<sup>20</sup>. Esta protección adicional, en comparación con el entendimiento de la propiedad en el derecho civil, pretende asegurar patrimonialmente la libertad privada de los titulares de derechos fundamentales para que puedan diseñar sus vidas sin determinación externa y bajo su propia responsabilidad<sup>21</sup>; con este objetivo, pueden incluso, si es necesario, hacer valer su derecho fundamental a la propiedad con el recurso de amparo. Tal propósito de protección de la libertad no es perseguido por el art. 90 párr. 1 LF. Su propósito es el mantenimiento de un stock de carreteras (terrenos de carreteras) para la Federación, de modo que pueda seguir cumpliendo con la tarea administrativa soberana de asegurar la infraestructura de las autopistas y las demás carreteras federales de largo recorrido para la previsión de los bienes y servicios públicos<sup>22</sup>.

También existen dudas en cuanto a si la expresión “sigue siendo propietario” solo abarca las autopistas y las demás carreteras federales de largo recorrido en virtud del art. 90 párr. 1 LF que ya existían en el momento de la reforma constitucional. Una interpretación estricta supondría que las carreteras que se construyan con posterioridad a la reforma constitucional no son propiedad inalienable de la Federación (Remmert, 2020: n. m. 9 f.; Faßbender, 2018: n. m. 72). La interpretación correcta es que también las futuras autopistas y las demás carreteras federales de largo recorrido, en virtud del art. 90 párr. 1 fr. 1 LF, (se convierten y) se mantienen como propiedad de la Federación (Ibler, 2018: n. m. 19, 56 f.; Gröpl, 2019: n. m. 11, 17, 21; Hermes, 2018: n. m. 24; Sachs, 2021: n. m. 12)<sup>23</sup>. Esta es la única manera de garantizar que la Federación conserve permanentemente un stock de carreteras con las que pueda cumplir con la tarea administrativa soberana de asegurar la infraestructura para la previsión de los bienes y servicios públicos (“*Daseinsvorsorge*”). Por cierto, el art. 90 párr. 1 LF no excluye ninguna parte de estas carreteras, por ejemplo, las gasolineras o áreas de servicio de las autopistas<sup>24</sup>.

Tampoco parece clara la nueva disposición del art. 90 párr. 1 fr. 2 LF, “Esta propiedad es inalienable”. Ya existe una disputa sobre si esta frase también prohíbe constitucionalmente la concesión de servidumbres reales y usufructos en autopistas y carreteras federales (Kment, 2020: n. m. 3; Faßbender, 2018a: 1585, 1588). La respuesta debe ser “sí”, porque de lo contrario la propiedad que le queda a la Federación podría ser erosionada económicamente (Gröpl, 2017: 115 y ss., 122; Faßbender, 2018a: 1588)<sup>25</sup>.

Después de todo, también puede inferirse del art. 90 párr. 1 LF que en Alemania deba haber de forma permanente autopistas y las demás carreteras federales de largo recorrido de propiedad de la Federación. La Constitución reconoce que ambas clases de carreteras, como parte central de la infraestructura, son los

17 Véase BVerfGE 45, 142, 179; 68, 193, 222; 83, 201, 208, 210.

18 BVerfGE 14, 263, 276 y ss.; 25, 371, 407; 50, 290, 341 y ss.; 100, 289, 301; 114, 1, 55 y ss.; 132, 99, 119.

19 BVerfGE 89, 1; sobre esto véase. Ibler (1997).

20 Véase BVerfGE 53, 257, 289 f.; 116, 96, 121.

21 Véase BVerfGE 30, 292, 334; 89, 1, 6.

22 Véase también Gröpl (2019: n. m. 20 f) e Ibler (2018: n. m. 61).

23 En su conclusión también Jarass (2019: 467).

24 Otra opinión en Reidt Zwanziger (2019: 44) y Jarass (2019: 467).

25 Dudando: Sachs (2021, n. m. 15); y divergente: BT-Drs. 18/11131, p. 15.

cimientos funcionales de la comunidad actual. En este sentido, la disposición puede regir como una “garantía institucional” (*Einrichtungsgarantie*), similar a como la Ley Fundamental también conoce otras garantías institucionales (por ejemplo, para la autoadministración de los municipios en el art. 28 párr. 2<sup>26</sup>, para las universidades estatales en el art. 5 párr. 3<sup>27</sup>, para la jurisdicción contencioso-administrativa en el art. 19 párr. 4<sup>28</sup>). Por lo tanto, al legislador, tanto más a la administración, se le niega el derecho a abolir sin reemplazo las autopistas y las demás carreteras federales de largo recorrido; tampoco pueden rebautizar estas carreteras, por ejemplo, como “Autopistas Europeas de Largo Recorrido”, para eliminarlas del régimen constitucional de propiedad.

En vista de las dudas esbozadas sobre el nuevo régimen de propiedad para autopistas y las demás carreteras federales de largo recorrido, uno se pregunta sobre el significado de esta reforma de la Ley Fundamental. El nuevo estatus de la propiedad de las carreteras federales, que solo estaba protegido por una ley ordinaria antes de la reforma constitucional, no ha cambiado mucho aparentemente. La importancia de la reforma parece radicar en la eliminación de la propiedad sobre las antiguas autopistas y carreteras del “Reich” en el sentido que le atribuía la antigua versión del art. 90 párr. 1 LF<sup>29</sup>. El rango constitucional de esta protección impidió su privatización, pero esta barrera a la privatización ha sido eliminada por la reforma constitucional. El hecho de que en su lugar no haya una limitación a la privatización equivalente o más fuerte con la propiedad inalienable de las autopistas “federales” y de las demás carreteras “federales” de largo recorrido, se mostrará a continuación.

#### 4.2. La nueva administración federal de autopistas (art. 90 párr. 2 LF)

El nuevo art. 90 párr. 2 LF ordena que la administración de autopistas esté “a cargo de la administración federal” (*Bundesverwaltung*), es decir, no a cargo de la administración de los Estados federados por delegación de la Federación (*Landesverwaltung im Auftrag des Bundes*), como sucedía antes. Dado que para las demás carreteras federales de largo recorrido no hay cambios en la administración por parte de los Estados federados por delegación de la Federación, de conformidad con el art. 90 párr. 3 LF (versión nueva), los Estados federados deben mantener autoridades funcionales para ello, mientras que la Federación primero debe erigir su administración de autopistas. El período previsto para la transición (art. 143e párr. 1 LF: “como máximo hasta el 31 de diciembre de 2020”) es ilusoriamente corto. Desde el 1 de enero de 2021, una autoridad federal superior nueva, la Oficina Federal de Carreteras de Largo Recorrido (*Fernstraßen-Bundesamt*), cumple con los deberes soberanos de la administración federal de autopistas, incluida la supervisión estatal de legalidad y oportunidad con respecto a la recién creada sociedad de responsabilidad limitada de la Federación, la *Autobahn GmbH*<sup>30</sup>. Pero en la nueva Oficina Federal y en la nueva *Autobahn GmbH*, muchos puestos de trabajo siguen vacantes (Delhaes, 2020). Por eso son previsibles los retrasos en la construcción de autopistas, a expensas de los usuarios de las carreteras, la economía (nacional) y el medio

26 Véase BVerfGE 79, 127, 143; 56, 298, 312.

27 Véase Stern (1988: § 68 IV 4); Geis (2011: n. m. 9).

28 Véase Schmidt-Aßmann (2020: n. m. 14); Ibler (2002: n. m. 19 y ss.).

29 Véase la apreciación al respecto de *Faßbender* (2018a: 1587 y ss.).

30 [https://www.fba.bund.de/DE/Ueber\\_das\\_FBA/ueber-das-fba\\_node.html;jsessionid=34DFFAF-BEF681DAEB1AEF169320BF19C.internet571](https://www.fba.bund.de/DE/Ueber_das_FBA/ueber-das-fba_node.html;jsessionid=34DFFAF-BEF681DAEB1AEF169320BF19C.internet571)

ambiente. Los costos adicionales en los que se incurra, también para las futuras “dobles estructuras” en la administración de carreteras de largo recorrido<sup>31</sup>, corren a cargo de los contribuyentes.

#### 4.2.1. “Administración federal” (*Bundesverwaltung*): un nuevo tipo de administración en la Ley Fundamental

Para las autopistas la “administración federal” es nueva, esta también difiere de la “administración propia de la Federación”, la cual, por ejemplo, ordenan el art. 87 párr. 1 fr. 1 LF y el art 89 párr. 2 LF para las vías navegables federales, y el art. 87e párr. 1 LF para la administración de los ferrocarriles de la Federación. Excepto en el título VIII (“La ejecución de las leyes federales y la administración federal”), la Ley Fundamental solo habla de “administración federal” (por primera vez desde 2009) en el art. 87d párr. 1 LF en el caso de la navegación aérea. La elección de las palabras “administración federal” en lugar de “propia de la Federación” no obliga a la Federación a administrar las autopistas exclusivamente por sus propias autoridades (autoridades federales), es decir, por entes sin capacidad jurídica, integrados en su estructura organizativa de derecho público. Por el contrario, la Federación podrá en el futuro “recurrir a una sociedad de derecho privado para el cumplimiento de sus tareas” (art. 90 párr. 2 fr. 2 LF). “Esta sociedad es propiedad inalienable de la Federación” (art. 90 párr. 2 fr. 3 LF) y puede tener sociedades filiales (cf. art. 90 párr. 2 fr. 4 LF).

#### 4.2.2. Administración federal de autopistas con la ayuda de una sociedad de derecho privado bajo propiedad inalienable de la Federación y con la ayuda de sociedades filiales

Tal “regulación de la propiedad” referida a una empresa es inusual: la Constitución designa a una empresa de derecho privado como un objeto adecuado de propiedad de la Federación y también declara que esta propiedad es inalienable. En primer lugar, pensado por el legislador constitucional, previsto en la ley ordinaria y ya fundada, es una sociedad de responsabilidad limitada (la “*Autobahn GmbH des Bundes*”); también se habría considerado una sociedad anónima (Ibler, 2018: n. m. 117; Remmert, 2020: n. m. 15; Faßbender, 2018: n. m. 145). Aunque esta nueva regulación de la propiedad en el art. 90 párr. 2 fr. 3 LF suena como la del art. 90 párr. 1 LF, que declara que la propiedad de autopistas y carreteras federales es inalienable, se refiere a un objeto completamente diferente. El art. 90 párr. 2 LF no tiene que ver con la propiedad física sobre una cosa. Un concepto de propiedad de derecho privado no entra en consideración. La “propiedad” de una empresa o de acciones de una empresa no existe en virtud del derecho civil alemán (Gröpl, 2017: 123; Hermes, Weiß y Beckers, 2016: 1, 11). Incluso una idea poco técnica de “propiedad económica”<sup>32</sup> no contribuiría, porque no tiene contorno, a la comprensión del art. 90 párr. 2 fr. 3 LF<sup>33</sup>. Para ello, sin embargo, la sistemática y el telos de la norma constitucional continúan.

31 Véase al respecto Hermes y Weiß (2016: 5, 22); Faßbender (2018: n. m. 100); Meier (2018: 271); Gröpl (2019: n. m. 47).

32 Véase BT- Drs. 18/11135, pp. 108, 113 y ss., 155 con la noción “propiedad económica” se desprendería y traspasaría de la propiedad en el sentido del art. 90 párr. 1 LF, por ejemplo, mediante un usufructo.

33 Sobre esto véase Ibler (2018: n. m. 121); Faßbender (2018a: 1588, 1592); Gröpl (2017: 115 y ss.).

En ella se complementa el conocido pero estrecho modelo administrativo de una “administración propia de la Federación” construida a partir de sus propias autoridades con el de una “administración federal”. Su organización no se limita a las autoridades, sino que al mismo tiempo tiene por objeto garantizar que sea una verdadera administración (soberana) de la Federación que sea digna de ese nombre. La propiedad inalienable de la Federación en la sociedad de derecho privado tiene por objeto permitir a la Federación hacer uso de una empresa privada en la administración de las autopistas, sin omitir así su carácter de administración de la Federación. El texto constitucional (“Esta sociedad es propiedad inalienable de la Federación”) no se opone a ello. Lingüísticamente, permite (en este sentido como el art. 14 LF) entender la propiedad de manera amplia, es decir, como un dominio completo de una persona sobre un objeto (incluso incorpóreo). Por lo tanto, la sociedad de derecho privado en propiedad inalienable de la Federación no es ni una nueva forma de propiedad en virtud del derecho civil ni un nuevo tipo del derecho societario, sino que más bien da forma al nuevo tipo administrativo<sup>34</sup> de “administración federal” en el derecho constitucional alemán.

Como resultado, “propiedad” en el sentido del art. 90 párr. 2 fr. 3 LF denota un amplio señorío de la Federación sobre la compañía. “Inalienable” obliga a la Federación a abstenerse de cualquier cosa que pueda abolir este dominio en su totalidad o en parte. Solo serían admisibles medidas de la Federación que preserven su control sobre la compañía. Si es verdad que la “administración federal” debe ampliar las posibilidades de organización de la Federación comparadas al tipo administrativo bien conocido de la “administración propia de la Federación” sin preguntar ni cuestionar su señorío, entonces, este “poder de dirección” no debe ser más débil en la administración federal que el de la Federación en la administración propia de la Federación. El hecho de que será más difícil hacer valer este poder de dirección frente a una persona jurídica de derecho privado, incluso con solo una privatización formal, es otra cuestión<sup>35</sup>. El propósito del art. 90 párr. 2 fr. 3 LF es que la Federación pueda cumplir de manera sostenible sus tareas en la administración de las autopistas federales y el mandato constitucional de infraestructura asociado, incluso en el caso de que haga uso de una empresa de derecho privado.

Sobre la base de este propósito, la “propiedad” de esta compañía y su “inalienabilidad” pueden concretarse aún más. No se puede conceder usufructo a terceros sobre la sociedad o sus acciones, derechos y otros objetos, como tampoco un nuevo tipo de usufructo de derecho público<sup>36</sup> inicialmente previsto en el procedimiento de modificación constitucional, pero luego rechazado, porque eludiría el orden de inalienabilidad. La “propiedad inalienable” prohíbe además, por ejemplo, la venta de los activos de la empresa a otra persona que continúe sus actividades total o parcialmente en el marco de la administración de las autopistas federales. Un contrato a los efectos de esa transferencia sería nulo; a este respecto, la frase 3 es una prohibición legal en el sentido del § 134 del Código Civil alemán. No obstante, la frase 3 del art. 90 párr. 2 LF no impide a la compañía vender algunos de sus activos, siempre que esto corresponda a transacciones comerciales normales y que se mantenga la certeza de que la compañía puede participar permanentemente en la administración de las autopistas.

34 Otra opinión en Hermes (2018: 42) y Remmert (2020: n. m. 14), que consideran las frases 2-4 del párrafo 2 como una “obviedad constitucional”.

35 Véase, sobre esto, Meier (2018: 272) y Gröpl (2017: 118).

36 Véase BT-Drs. 18/11135, p. 114; BT-Drs. 18/12589, p. 153.

Sin embargo, el art. 90 párr. 2 fr. 4 LF también es sorprendente: la Constitución no sólo permite una sociedad de derecho privado para la administración de autopistas, sino también que esta sociedad tenga sociedades filiales. Para estas también aplica la exclusión de una participación de terceros. En el texto constitucional no se aclara ni la relación de las filiales con la sociedad matriz ni con la Federación; ¿qué “estructuras corporativas” permite la administración federal? El texto constitucional también guarda silencio sobre si también existe la propiedad de las filiales y si también son inalienables. Aunque el art. 90 párr. 2 LF puede contribuir a aclarar la situación. No está permitido erosionar el poder de dirección de la Federación; esto también debe existir con respecto a las filiales de la sociedad de derecho privado. Cualquier estructuración del grupo empresarial, según leyes ordinarias, que sea contraria al control de la sociedad o de sus filiales y a la supervisión de la Federación queda constitucionalmente excluida.

El hecho de que la propiedad de la compañía de derecho privado sea inalienable probablemente también tendría que aplicarse a las participaciones sociales en la sociedad de responsabilidad limitada, si es que tales participaciones sociales pueden existir, lo que es bastante dudoso debido al art. 90 párr. 2 fr. 4 LF que introduce la nueva regla: “Se excluye la participación directa o indirecta de terceros en esta sociedad y sus filiales”.

Después de todo, con esta sociedad de derecho privado, la administración federal de autopistas puede describirse como –en parte– formalmente privatizada. Como dos nuevas leyes (ordinarias), que se aprobaron con ocasión de la modificación constitucional, la empresa de derecho privado debe planificar, construir, operar y mantener las autopistas bajo la supervisión de la Federación, mientras que la Oficina Federal de Carreteras de Largo Recorrido debe emitir los actos soberanos necesarios –véase § 1 párr. 1 de la Ley de Establecimiento de Empresas de Infraestructura (*Infrastrukturgesellschafterrichtungsgesetz*) y § 2 párr. 2 de la Ley de Establecimiento de la Oficina Federal de Carreteras de Largo Recorrido (*Fernstraßen-Bundesamt-Errichtungsgesetz*)–. Sin embargo, las dobles estructuras en ambos lugares aquí<sup>37</sup> tampoco se excluirán (Meier, 2018: 272). Aunque una persona privada nunca debe poder participar en la compañía, el camino a la privatización material será entonces bloqueado a largo plazo, y aunque la compañía no escape el poder de dirección de la Federación, los empleados de la sociedad de responsabilidad limitada pueden ser mejor remunerados que según tarifas del servicio público. ¿Vale la pena esta enmienda constitucional? Al mismo tiempo, la “narrativa” propagada en el gobierno y el parlamento del nuevo art. 90 LF como una barrera importante para la privatización muestra las primeras grietas.

#### 4.2.3. Administración de las autopistas con ayuda de asociaciones público-privadas

La frase 5 de la nueva regla en el art. 90 párr. 2 LF también es sorprendente: “La participación privada en el marco de las asociaciones público-privadas quedará excluida para las redes de rutas que abarcan la totalidad de la red federal de autopistas... o partes sustanciales de su territorio”. Por primera vez, y solo aquí, la Ley Fundamental habla de asociaciones público-privadas. Sin embargo, el texto de la Constitución no especifica ni el concepto ni la materia. En general,

---

37 Sobre las “dobles estructuras” de la administración federal de las autopistas y de la administración de los Estados federados de las carreteras federales por delegación de la Federación.

en esta frase es más importante lo que parece callar, lo que el gobierno federal y las facciones parlamentarias de la coalición habían subrayado de antemano, que la nueva regulación no debería permitir la privatización<sup>38</sup>. Es cierto que la primera mitad de la frase 5 del art. 90 párr. 2 LF, declara excluida la participación de particulares en el contexto de las asociaciones público-privadas. Pero la siguiente mitad de la frase limita esta exclusión a “las redes de rutas que abarcan la totalidad de la red federal de autopistas... o partes sustanciales de su territorio”. Si, por el contrario, no se trata de partes sustanciales de toda la red de autopistas, la Constitución acepta la participación de particulares en el marco de asociaciones público-privadas, en otras palabras, una privatización (funcional) después de todo<sup>39</sup>. Lo que es una parte esencial de toda la red de autopistas no se aclara en el texto constitucional; esto ya es polémico (Hermes, 2018: n. m. 38; Remmert, 2020: n. m. 19; Faßbender, 2018: n. m. 161; Gröpl, 2019: n. m. 67; Meier, 2018: 274). El § 5 párr. 2 de la Ley de Establecimiento de Empresas de Infraestructura permite a los particulares participar en proyectos con un alcance total de hasta 100 kilómetros. Esto deja suficiente espacio para muchas cosas que pueden hacer atractiva la privatización, como el uso de la fuerza financiera y la perspicacia empresarial de los particulares, pero también para lo que puede hacerla peligrosa (Bauer, Meier, 2020: 47 y ss.), por ejemplo, una pérdida de influencia estatal<sup>40</sup> y legitimidad democrática (Gröpl, 2017: 118 y ss.) en la administración de las autopistas. En cualquier caso, el nuevo art. 90 LF no erige una barrera de privatización eficaz.

#### IV. Conclusión

La decisión sobre la modificación del art. 90 LF que se ha debatido aquí es, después de todo, cuestionable. Como resultado, en Alemania, se vuelve más complicado y costoso la tarea estatal de asegurar la infraestructura, y la seguridad jurídica se resiente. Ni siquiera la promesa de las facciones parlamentarias de coalición y del gobierno de que no habrá privatización de las autopistas federales en el futuro se refleja con suficiente claridad en la redacción de la nueva regulación. Lo que es molesto es que las debilidades descritas no se pueden reparar tan rápido como han surgido. No se puede ver si actualmente existe una voluntad política de reparación y podría traer consigo las mayorías necesarias para una enmienda constitucional. Por lo tanto, dependerá de cómo la nueva regulación sea interpretada por la ciencia jurídica y la jurisprudencia en el futuro –este artículo pretende contribuir a la interpretación correcta–. En general, sin embargo, la nueva regulación del artículo 90 de la Ley Fundamental puede declararse como un ejemplo de advertencia de una enmienda constitucional, que solo se produjo de esta manera y no de otra manera, porque en una constelación inusual de poder político para un compromiso bajo presión de tiempo, se podría lograr la mayoría para modificar la Constitución.

38 BT-Drs. 18/11135, p. 100; BT-Drs. 18/11186, p. 2; BT-Drs. 18/11185, p. 8; BT-Drs. 18/12588, p.15 y ss. y 32.

39 Así también Bauer y Meier (2020: 46 y ss.); Remmert (2020: n. m. 18); Hermes (2018: n. m. 36); Gröpl (2019: n. m. 68); Faßbender (2018: n. m. 156); Reidt, Zwanziger (2019: 45).

40 Sobre ello, en general, Kämmerer (2008: 1007).

**Bibliografía**

- Bauer, H. y Meier, M. (2020). Freie Fahrt für PPP auf deutschen Autobahnen? *Die öffentliche Verwaltung*, 73, 41-51.
- Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur (2015). Bericht zum Thema „Reform der Auftragsverwaltung im Bereich der Bundesfernstraßen“, Ausschuss für Verkehr und digitale Infrastruktur, Ausschussdrucksache 18 (15) 287.
- Delhaes, D. (2020). Autobahn GmbH. Viele Projekte auf Deutschlands Autobahnen sind in Gefahr, *Handelsblatt* 29-10-2020. Disponible en: <https://www.handelsblatt.com/politik/deutschland/autobahn-gmbh-viele-projekte-auf-deutschlands-autobahnen-sind-in-gefahr/26407752.html?ticket=ST-1307534-7WW0IBnOc3Td96zEelce-ap2>
- Dünchheim, T. y Gräler, S. (2019). Die (Un)veräußerlichkeit des Eigentums an Bundesautobahnen und ihrer Nebenbetriebe. *Deutsches Verwaltungsblatt*, 134, 877-883.
- Faßbender, K. (2018). Art. 90. En W. Kahl, C. Waldhoff y C. Walter (eds.). *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*. Heidelberg: C.F. Müller.
- Faßbender, K. (2018a). Verfassungsfragen der neuen Regelungen zu den Bundesautobahnen und den sonstigen Bundesfernstraßen des Fernverkehrs. *Deutsches Verwaltungsblatt*, 133, 1585-1592.
- Geis, M.-E. (2011). Autonomie der Universitäten. En D. Merten y H.-G. Papier (eds.). *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, IV, § 100. Heidelberg: C.F. Müller.
- Gröpl, C. (2019). Art. 90. En T. Maunz y G. Dürig (eds.). *Kommentar zum Grundgesetz*. München: C.H. Beck.
- Gröpl, C. (2017). Über das Ziel hinaus: zur geplanten Privatisierung der Bundesautobahnen nach dem Regierungsentwurf vom Februar 2017. *Zeitschrift für Gesetzgebung*, 32,114-124.
- Hermes, G. (2018). Art. 90. En H. Dreier (ed.), *Grundgesetz Kommentar*, GG, tomo III, 3.<sup>a</sup> ed. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Hermes, G., Weiß, H. (2016). Rechtliches Kurzgutachten zur geplanten Änderung des Art. 90 GG. Disponible en: <https://www.gemeingut.org/wp-content/uploads/2016/06/Rechtsgutachten-Art.-90-GG-Hermes-Wei%C3%9F.pdf>
- Hermes, G., Weiß, H. y Beckers, T. (2016). Kurzgutachten - Verhindert der Vorschlag der Bundesregierung vom 24.11.2016 zur Neufassung des Art. 90 GG eine Privatisierung der Bundesautobahnen? Disponible en: [https://www.w2k.de/fileadmin/medien/pdf/news/2016/ZDB\\_-\\_Kurzgutachten\\_Beurteilung\\_Art-90-GG-Entwurf\\_der\\_Bundesregierung\\_hinsichtlich\\_Privatisierungsschranken-v90.pdf](https://www.w2k.de/fileadmin/medien/pdf/news/2016/ZDB_-_Kurzgutachten_Beurteilung_Art-90-GG-Entwurf_der_Bundesregierung_hinsichtlich_Privatisierungsschranken-v90.pdf)
- Ibler, M. (2018). Art. 90 GG. En H. v. Mangoldt, F. Klein, C. Starck (eds.). *Grundgesetz Kommentar*, 7.<sup>a</sup> ed. München: C.H. Beck.
- Ibler, M. (2002). Art. 19 IV GG. En K. H. Friauf y W. Höfling (eds.). *Berliner Kommentar zum Grundgesetz*. Berlin: Erich Schmidt Verlag.
- Ibler, M. (1997). Die Eigentumsdogmatik und die Inhalts- und Schrankenbestimmungen i.S.v. Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG im Mietrecht. *Archiv für die civilistische Praxis*, 197, 566-588.
- Institut Allensbach (2017). Meinungsumfrage 20-6-2017. Disponible en: <https://www.wahlrecht.de/umfragen/allensbach.htm>
- Jarass, H. D. (2019). Bedeutung des einfachen Rechts für die Bestimmung verfassungsrechtlicher Begriffe. *Die Öffentliche Verwaltung*, 72, 457-468.
- Kämmerer, J. A. (2008). Privatisierung und Staatsaufgaben – Versuch einer Zwischenbilanz. *Deutsches Verwaltungsblatt*, 123, 1005-1016.

- Kment, M. (2020). Art. 90. En H. D. Jarass y B. Pieroth, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar*, 16.<sup>a</sup> ed. München: C.H. Beck.
- Lepsius, O. (2018). Normenhierarchie und Stufenbau der Rechtsordnung. *Juristische Schulung*, 58, 950-954.
- Meier, M. (2018). Beteiligung Privater im Fernstraßenbau - Infrastrukturgesellschaft und Öffentlich-Private Partnerschaften auf dem Prüfstand. *Die Öffentliche Verwaltung*, 73, 268-278.
- Präsident des Bundesrechnungshofes (2004), Gutachten zur Neuordnung der Verwaltung im Bundesfernstraßenbau.
- Präsident des Bundesrechnungshofes (2007). Modernisierung der Verwaltungsbeziehungen von Bund und Ländern.
- Präsident des Bundesrechnungshofes (2016). Gutachten zu Organisationsformen und Finanzierungsvarianten für die Bundesfernstraßen.
- Reidt, O., Zwanziger, X. (2019). Wem gehören die Autobahnen? *Umwelt- und Planungsrecht*, 39, 41-46.
- Remmert, B. (2020). Art. 90. En V. Epping y C. Hillgruber (eds.). *Beck'scher Online Kommentar GG*. München: C.H. Beck.
- Sachs, M. (2021). Art. 90. En M. Sachs (ed.), *Grundgesetz, Kommentar*, 9.<sup>a</sup> ed. München: C.H. Beck.
- Schmidt-Aßmann, E. (2020). Art. 19 Abs. 4. En T. Maunz y G. Dürig (eds.). *Kommentar zum Grundgesetz*. München: C.H. Beck.
- Schlussbericht einer vom Bundesverkehrsminister und vom Bundesfinanzminister eingesetzten unabhängigen Sachverständigenkommission (2000).  
Dsiponible en: [https://www.vifg.de/downloads/service/infrastrukturfinanzierung-und-ppp/2000-09-05\\_Abschlussbericht-der-Paellmann-Kommission.pdf](https://www.vifg.de/downloads/service/infrastrukturfinanzierung-und-ppp/2000-09-05_Abschlussbericht-der-Paellmann-Kommission.pdf)
- Stern, K. (1988). Die Einrichtungsgarantien. En K. Stern (ed.). *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, III,1, § 68, (pp. 751-887). München: C.H. Beck.
- Wahl, R. (2001). Elemente der Verfassungsstaatlichkeit. *Juristische Schulung*, 41, 1041-1048.



# Acciones positivas y principio de especialidad. Reflexiones desde la teoría de las fuentes

*Positive actions and the principle of specialty. Reflections from the theory of sources*

**ANDREA PISANESCHI**

Catedrático de Derecho Constitucional.  
Università degli Studi di Siena.  
andrea.pisaneschi@unisi.it

DOI: <https://doi.org/10.7203/cc.2.21224>

Fecha de recepción: 25/06/2021

Fecha de aceptación: 16/09/2021

## Resumen

El artículo reconstruye las acciones positivas basándose en la teoría económica de los bienes escasos y de las medidas compensatorias que el Estado debe establecer en base al principio de igualdad sustancial. Las acciones positivas, además, se han de calificar como *lex specialis*. Ello permite evitar, desde el punto de vista dogmático, la eventual confrontación entre las acciones positivas y el principio de igualdad formal. Pues ellas, en efecto, disciplinan unos concretos supuestos especiales que no derogan el principio general, por cuanto se aplican los principios que regula las relaciones entre normas generales y normas especiales. La calificación de la acción positiva como norma especial permite además poder determinar su duración. Las mismas, como todas las normas especiales, han de cesar cuando cesan las razones que justificaron su adopción.

## Palabras clave

Acciones positivas; principio de igualdad; bienes escasos; bienes vitales; ley especial; temporalidad.

## Abstract

*The article reconstructs the positive actions based on the economic theory of scarce goods and the compensatory measures that the State must introduce, based on the principle of substantial equality. Furthermore, positive actions are qualified as *lex specialis*. This makes it possible to avoid, from a dogmatic point of view, the possible contrast of positive actions with the principle of formal equality. In fact, they govern a special case and do not derogate from the general principle, in application of the principles governing the relationship between general norms and special norms. The qualification of the positive action as a special rule also allows determining their duration. They, like all special norms, must cease when the reasons that justified their adoption cease.*

## Keywords

*Positive actions; principle of equality; scarce goods; goods of life; *lex specialis*; temporariness.*

## Sumario

### I. Acciones positivas. II. Igualdad formal e igualdad material. III. Acciones positivas y “lex specialis”. IV. Breves conclusiones. *Bibliografía.*

#### I. Introducción. Justicia y medios de comunicación

Es sabido que las acciones positivas vieron la luz en los Estados Unidos de Norteamérica y en particular en el período kennedyano, cuando en 1961 el Presidente Kennedy dictó la *Executive Order* 10925, que inauguró, precisamente, la era de las *affirmative action policy* (Jones, 1985; Chang, 1991: 790 y ss.; Drake y Holsworth, 1996). Desde entonces, las acciones positivas se han difundido ampliamente en Europa, en América Latina y en general en todo el mundo, y se utilizan para corregir varias hipótesis de situaciones históricamente discriminadas o para igualar (o reequilibrar) posiciones de desventaja (Drake y Holsworth, 1996; Harris, 1996: 326).

Se definen de formas diversas pero en general puede decirse, adaptando la terminología desde la perspectiva de la regulación económica, que una acción positiva consiste en la atribución de un bien escaso a un grupo humano que históricamente ha tenido un acceso restringido o limitado a ese determinado bien (Gianformaggio, 1988: 33 y ss.).

El concepto de bien puede entenderse en el sentido más variado (desde los bienes de naturaleza económica a bienes conexos con situaciones jurídicas subjetivas y a derechos de diversos tipos, hasta incluso los bienes inmateriales como por ejemplo el tiempo, ejemplo clásico de las acciones positivas acordadas en favor de los trabajadores y de las trabajadoras padres o madres). Veremos después que la definición más coherente es probablemente aquella procesalista de bien vital (*bene de la vita*) que resume sintéticamente una amplia variedad de situaciones jurídicas subjetivas.

El concepto de lo “escaso” también es, a su vez, muy variable. Es escaso un bien que por naturaleza es finito, pero es escaso también un bien que la normativa de aplicación lo considera de acceso limitado (la representación política, la representación en los Consejos de administración de las sociedades o el mismo acceso al proceso que la ley solo considera posible cuando concurren determinadas situaciones subjetivas). El concepto de escasez es, en cualquier caso, un concepto relativo, necesariamente ligado al momento histórico, al país y al concreto grupo de que se trate (Conrad, 1995: 5 y ss.; Goldman, 1979: 141 y ss.; Verkerke, 1989: 1499).

Existen bienes que pueden ser escasos en un determinado país y en absoluto sean escasos en otros. Los grupos humanos pueden a su vez ser de distinta naturaleza. Puede tratarse de un grupo determinado por el género (el caso clásico es la diversidad hombre-mujer) o de raza, o un grupo étnico, o de minoría lingüística. Lo que ello viene a demostrar es que por una parte la Constitución determina un concreto grupo como merecedor de protección, ya lo sea de modo general o incluso indirecta. A la determinación constitucional subyace una valoración preliminar sobre la situación histórica de desventaja, merecedora por ello de una intervención redistributiva. Por ejemplo, la Constitución italiana en el art. 3 dispone que “todos los ciudadanos tienen la misma dignidad social y son iguales ante la ley sin distinción de sexo, raza, lengua, religión, opinión

política o condiciones personales o sociales”, refiriéndose con ello, implícitamente, a diferentes grupos humanos históricamente discriminados.

Por estas respectivas características la acción positiva parece plantear una tensión y hasta un conflicto entre las dos dimensiones de la igualdad que generalmente suelen contemplarse en las constituciones contemporáneas: la dimensión formal y la material. Mientras el aspecto formal postula la igualdad de los ciudadanos ante la ley, en el sentido de que las diferencias no pueden constituir un motivo de tratamiento normativo diferente, la igualdad material impulsa a la ley a realizar un trato diferente para poder lograr un determinado objetivo (Rosenfield, 1991: 5 y ss.; Livingston, 1979).

En tanto que la igualdad formal excluye la diferencia en el tratamiento por razones de sexo, raza, religión, etc., la igualdad material toma como punto de partida el propio sexo, la raza o la religión para determinar el tratamiento jurídico de los individuos y sus grupos y, por consiguiente, de su concreta posición social. Se trata, en el fondo, de la paradoja advertida por el juez Scalia en el famoso voto particular a la sentencia *Johnson v. Transportation Agency*: mediante una intervención de soporte a los grupos débiles, la garantía para que la raza y el sexo deban ser jurídicamente indiferentes, se convierte en su opuesto. Y, por lo demás, es por esta misma razón que en la literatura americana –por parte de los críticos de las acciones positivas- dichas acciones hayan sido definidas como discriminación inversa (“*reverse discrimination*”) con el fin de sostener que tales acciones se fundamentan en una discriminación, esto es, en la violación del principio de igualdad.

La expresión “*reverse discrimination*” que, por lo demás, ha trascendido al lenguaje común para indicar sintéticamente las acciones positivas, es merecedora de alguna reflexión, que después haremos, precisamente en la medida en que a la misma subyace una distinción-contraposición entre la igualdad formal y la igualdad material, contraposición que, sin embargo, por las razones que se verán, no es tan fuerte como se quisiera (Ballestrero, 1988; Amedeo y Dolso, 1988: 1221 y ss.). Otra cuestión es, no obstante, sostener que los dos conceptos –igualdad formal e igualdad material- deban considerarse diferentes. Pues ellos, de hecho, tienen una diversa matriz histórica y una diferente funcionalidad; además de que se aplican con diferentes modalidades (Rosenfield, 1991: 15).

Bajo el primer punto de vista, en efecto, la igualdad formal postula una visión, por así decir, estática de la igualdad, coherente con una forma de Estado de tipo liberal, no intervencionista, socialmente homogénea o por lo menos considerada tal desde el punto de vista de la relevancia jurídica. Por el contrario, la igualdad material postula una visión dinámica de la igualdad que se corresponde con una forma de Estado de tipo social, fuertemente intervencionista y socialmente muy heterogénea. En la igualdad sustancial se halla, además, implícita una finalidad: en efecto, es función del Estado remover algunas desigualdades concretas.

Bajo el segundo punto de vista de la igualdad formal se deriva la prohibición de discriminaciones directas e indirectas. Son discriminaciones directas aquellas situaciones en las que una norma excluye expresamente a una categoría de sujetos del disfrute de un derecho o que les somete a un tratamiento inferior. La discriminación indirecta, en cambio, se manifiesta siempre que la norma para el disfrute de un derecho o el ejercicio de una facultad establezca la concurrencia de determinados requisitos con lo que, indirectamente, se excluye de la disposición de aquellos derechos a una determinada categoría de personas que no se halla dotada de tales requisitos exigidos. Piénsese en una ley que establezca para el acceso a los cuerpos de bomberos una determinada altura mínima sin que haya diferencias en base al sexo, pero discriminando con ello, obviamente, al sexo femenino que se halla caracterizado por alturas medias

inferiores a las previstas por la norma (la ley fue declarada inconstitucional por el Tribunal Constitucional italiano por sentencia núm. 163, de 1993) (Ainis, 1993: 891 y ss.; Anzon, 1993: 901 y ss.).

Es decir, que la igualdad formal desarrolla la función de sancionar un comportamiento legislativo, directo o indirecto, que tiene naturaleza de exclusión. Por el contrario, la igualdad sustancial desarrolla la función diferente de prescribir una determinada acción con el fin opuesto de llevar a cabo una inclusión que el ordenamiento no ha sido capaz de efectuar sin más. Desde una perspectiva dogmática puede, por tanto, incluso decirse que la igualdad formal tiene una naturaleza esencialmente descriptiva porque impone al legislador un “no hacer” (no realizar discriminaciones ni directas ni indirectas) mientras que la igualdad sustancial tiene por el contrario una naturaleza prescriptiva porque impone un “hacer” determinado al legislador (Caravita di Toritto, 1984; Ainis, 1992: 582 y ss.).

También son normas funcionalmente distintas: la igualdad formal promueve la no discriminación; la igualdad sustancial atribuye la utilización de un bien, un derecho o una facultad, a quien con relación a aquel bien, derecho o facultad quedó históricamente excluido. Pero ambas tienden a aplicar la igualdad en las dos dimensiones de no discriminación y de inclusión.

## II. Igualdad formal e igualdad material

Sentado, pues, que la igualdad formal y la material se refieren a supuestos ontológicamente diversos, es oportuno realizar alguna precisión sobre las diversas modalidades de aplicación de los dos principios.

Ya quedó dicho que la igualdad formal se manifiesta a través de medidas negativas (prohibiciones, proscripción de discriminaciones) mientras que la igualdad sustancial a través de intervenciones positivas (incentivos, compensaciones...) (Jori, 1977: 405; Lumia, 1978: 431 y ss.; Gavazzi, 1983: 37 y ss.). Por consiguiente, la primera se basa en un esquema tradicional –típico del Estado decimonónico y de la concepción autoritaria del derecho- mandato-sanción, mientras que la segunda se basa en un modelo bastante diferente definido como de “sanciones positivas” (Bobbio, 1971: 237; Lombardi, 1976: 98 y ss.). La sanción positiva, debiendo salir al paso de una inaplicación del ordenamiento en cuanto al disfrute de un bien, derecho o facultad, tiene por objeto su atribución a una categoría desventajada de aquel bien, derecho o facultad. Tratándose de una exigencia o, incluso de un conjunto de exigencias, tal como ya se ha afirmado, puede usarse la definición normalmente utilizada en el ámbito del proceso “*de bienes vitales*”. El bien de la vida representa simplemente aquel conjunto de relaciones jurídicas que el actor solicita en el ámbito de la estructura procesal. El bien vital en este caso concreto es aquel bien escaso al que tiene un limitado acceso un determinado grupo social.

Y no es menos significativo que en concreto ese bien vital pueda presentar importantes variables. Piénsese en las llamadas cuotas electorales en las que la acción positiva puede ser entendida como una posibilidad que el ordenamiento atribuye a un determinado grupo que se considera históricamente en desventaja para obtener un resultado determinado, o bien que se considere como un propio y verdadero “derecho al resultado” que se reconoce para aquel grupo concreto.

En el primer sentido se orientó en el pasado por ejemplo el Tribunal Constitucional italiano que en una sentencia de 1995 (la núm. 422) afirmó que las acciones positivas en favor de sujetos desventajados en materia electoral, no podían producir un resultado determinado, teniendo que limitarse en cambio a disponer de los medios para que tales sujetos que se hallaban en desventaja

podrían lograr aquel resultado. En otras palabras, la ley no habría podido establecer una reserva de puestos sino solo una reserva de candidaturas para poder proporcionar a todos la paridad de *chances*. La pertenencia a un sexo u otro no podía por lo tanto convertirse en un requisito para la elección. La persistencia de la infrarrepresentación femenina en materia electoral ha ido, sin embargo, conduciendo con el tiempo al Alto Tribunal italiano a precisar dicha orientación en el sentido de que –en presencia de una previsión constitucional que hace del equilibrio en la representación una verdadera y propia obligación- las leyes que imponen la presencia de ambos sexos en las listas electorales no solo son admisibles, sino que además han de ser tales que puedan realizar dicho equilibrio sancionado por la Constitución<sup>1</sup> (Brunelli, 2002: 615).

En el segundo sentido (es decir, si se concibe como derecho a un resultado y no simplemente como una posibilidad) se ha orientado mucha legislación de carácter electoral en América Latina y en América central. En México por ejemplo, se halla prevista una acción positiva indígena interpretada como una vinculación muy fuerte para los partidos, los cuales son obligados a presentar solo candidaturas indígenas en los distritos donde concurra una concentración indígena que supere el 60% de la población total (Bindi, Groppi y Pisaneschi, 2018: 215 y ss.).

Volviendo a los principios generales, aun cuando se habla de incumplimiento –que generalmente supone un comportamiento culpable- el incumplimiento que justifica la acción positiva no es necesariamente un incumplimiento imputable (es decir, como consecuencia de una culpa) porque puede depender –y normalmente depende- de variadas circunstancias, históricas, sociales, culturales... Ello no obstante, frente a una previsión constitucional de inclusión, cuando se debe recurrir a la acción positiva esta representa un efecto implícito de que el ordenamiento jurídico no ha sabido poner remedio a tales violaciones constitucionales de las que se acaba derivando en la “sanción” de la acción positiva. Esta, por tanto, no diversamente a cuanto significa la sanción, se configura como *extrema ratio* cuando las medidas generales de incentivo social ordinario, que el Estado haya puesto en marcha para remover la desigualdad, no han producido el resultado esperado.

En todo caso, de ello deriva una primera diferencia fundamental entre la igualdad formal y la material que se refleja en el objeto de las acciones positivas (Bobbio, 1978). Mientras la igualdad formal es una igualdad abstracta en el punto de partida, que tutela un derecho preexistente ya en toda persona (el derecho a no ser discriminado negativamente), la igualdad sustancial, y por consiguiente la acción positiva, atribuye un “bien de la vida” (o bien jurídicamente protegido) a quienes se hallan privados de tal bien, realizando así la igualdad en el punto de llegada (o de resultado) y no en el punto de partida. Desde el punto de vista civilista la acción positiva podría, por tanto, ser asimilada no a una obligación de proporcionar medios sino a una obligación de lograr un resultado. Existe, además, una segunda diferencia entre los instrumentos para realizar la igualdad formal y las acciones positivas: la igualdad formal tiene por objeto al individuo aislado, mientras que, por el contrario, la acción positiva tiene por objeto al grupo.

Baste pensar en el clásico *incipit* típico de la definición de igualdad formal (“todos los ciudadanos son iguales ante la ley”) del que se deriva claramente que el objeto de la norma son los sujetos individuales. Ciertamente, ello no impide que dicha norma pueda ser aplicada también a grupos de ciudadanos pero, al tiempo, no hay duda de que la misma va prioritariamente destinada a

1 Corte costituzionale, sentenza núm. 49 de 2003.

los individuos en particular. Por el contrario, la acción positiva se dirige exclusivamente a la protección de un grupo social conformado por una determinada característica que, por razones históricas, culturales, sociales, etc., es suficiente para atribuir a dicho grupo una unidad identitaria, cuyo valor es constitucionalmente reconocido. Importa también destacar que la acción se dirige a un grupo concreto y determinado y no, en hipótesis, a varios grupos reunidos por el hecho de hallarse en desventaja. De hecho, la acción positiva es necesariamente selectiva y ello la distingue por ejemplo de las medidas generales de incentivo, de promoción, de desarrollo, etc., que no se refieren a un grupo específico sino al contrario, a diversos grupos sociales.

Si, por lo tanto, el beneficiario de la acción positiva es un grupo mientras que el beneficiario de la igualdad formal es el particular, también las acciones necesarias para atribuir las dos igualdades diversas son bastante diferentes. Las acciones para la defensa de la igualdad formal se basan, de hecho, en la generalidad y la abstracción y tienden a producir principios unificadores. Ellas están fundadas en situaciones abstractas de la "ley igual para todos" y es en la generalidad y abstracción de la ley donde reside efectivamente, la garantía mínima de la no discriminación. Si la norma no se dirige a una persona particular, sino a una generalidad de personas, y además es abstractamente repetible, cada uno queda garantizado por un tratamiento igual y previsible (Cartabia, 1996: 65).

Por el contrario, en la acción positiva la norma tiene un nivel de generalidad y abstracción atenuado porque la misma se dirige a un grupo social determinado. No es, por tanto, general en su esencia pues no regula hechos o comportamientos sin referencia a situaciones o sujetos determinados; pero no tiene tampoco naturaleza provisional puesto que se dirige, no a una persona determinada, sino a un grupo social entendido como ente exponencial (un grupo étnico, un grupo religioso, etc.) y no como conjunto o suma de individuos particulares. En efecto, el grupo es variable pudiendo ampliarse o reducirse con el tiempo siendo ello jurídicamente irrelevante ya que la acción positiva no tutela a las personas aisladas que componen el grupo sino al grupo en sí mismo considerado (Romano, 1945). También la abstracción, entendida como la *repetibilidad* de la regla durante un tiempo indeterminado, es limitada (Crisafulli, 1935; Bobbio, 1958). Tal como veremos, la acción positiva se ejerce en un tiempo determinado. Aun cuando no se trate de una hipótesis de *sunset legislation*, (según el modelo americano) en la que algunas leyes tienen un plazo de caducidad previsto ya en la misma ley, las acciones positivas se hallan fisiológicamente caracterizadas por un plazo fijado en torno al logro del objetivo que se pretende.

No es, ciertamente, un fenómeno nuevo ni típico exclusivamente de las acciones positivas: la pérdida de las características propias de las normas jurídicas y la existencia de zonas grises de frontera entre lo que es normativo y lo que no lo es deriva de las características de la sociedad actual, fragmentada en grupos sociales diferentes que necesitan de tratamientos a su vez diferenciados. Por lo demás, el procedimiento de producción del derecho se halla hoy en día fuertemente *contratualizado*. Intervienen en él sujetos portadores de intereses particulares (desde los sindicatos a las organizaciones profesionales, o a los grupos de presión, etc.) con la consecuencia de que el resultado normativo a menudo se halla caracterizado más por elementos de particularidades que por la "histórica" generalidad y abstracción.

Por consiguiente, igualdad formal e igualdad sustancial delimitan tipos distintos; los instrumentos para realizar la igualdad sustancial son diferentes y en algunos casos opuestos (baste pensar en el tema de la generalidad y la abstracción); las acciones positivas, en la medida en que atribuyen un bien de la vida "escaso", constituyen un -aunque no solo- instrumento para realizar

la igualdad sustancial. Y ello es así porque, mientras la igualdad formal tiene una naturaleza meramente descriptiva abstracta, la igualdad sustancial tiene una naturaleza prescriptiva pero, además, intrínsecamente valorativa. Es la diferencia que Dworkin subrayaba entre la igualdad que considera a los hombres como “equal” (es decir, como si fuesen iguales), respecto de la igualdad que los trata “equally” (Dworkin, 1982: 297; Bobbio, 1978: 18 y ss.).

Llegados a este punto se nos plantea inevitablemente una cuestión. Siempre puede haber conflictos entre diversas normas, siempre pueden surgir conflictos entre derechos constitucionalmente protegidos, aun cuando la Constitución los reconozca sin conflicto entre ellos. El conflicto, por tanto, no se refiere exclusivamente a la posición activa respecto de la posición pasiva de un derecho según el esquema de facultad-obligación, o de poder-subordinación. Sino que se refiere a posiciones activas constitucionalmente tuteladas. Sería posible por lo tanto un conflicto entre el principio de igualdad formal y el principio de igualdad material; un conflicto entre el principio que proclama que todos los ciudadanos son iguales ante la ley y la posibilidad de tratar diferenciadamente mediante la atribución de un bien jurídicamente protegido, y determinado, a algunos grupos sociales. Este conflicto normalmente se resuelve a través de la técnica del balance con una suerte de *prius* valorativo en favor de la igualdad material.

Con la igualdad material, se dice, la Constitución lleva a cabo una opción valorativa seleccionando expresa y apriorísticamente las posiciones más débiles merecedoras de tutela. Esta opción es condicionante precisamente porque la opción valorativa que se lleva a cabo selecciona, destacándola hacia arriba, determinadas relaciones a disciplinar y regular caracterizando, por lo demás, la misma forma de Estado. Si el derecho por definición siempre constituye una alteración del estado de naturaleza, la igualdad material constituye una alteración más fuerte aun al establecerse en ventaja de concretas situaciones subjetivas cuyo valor a tutelar se considera prioritario. De ello deriva, por consiguiente, que la acción positiva, como aplicación del principio de igualdad material, es a la vez expresión de una norma constitucional propositiva y valorativa que no podría dejar de prevalecer (siempre que se adopte con pleno respeto de las reglas necesarias) en el balance que confronte la igualdad formal con la material (Ainis, 1999: 359).

### III. Acciones positivas y “lex specialis”

En realidad, a resultados análogos puede llegarse también a través de un razonamiento menos neoconstitucionalista, menos relativista (y, por lo tanto, menos opinable e intrínsecamente político) y más atento en cambio a las características formales de las normas que contienen la acción positiva.

En efecto, se ha sostenido hasta ahora que la igualdad material regula unos supuestos diferentes a los de la igualdad formal aun persiguiendo el mismo fin (la aplicación de la igualdad). En particular, determina situaciones específicas merecedoras de intervención redistributiva de cuya aplicación se hace cargo la acción positiva. La igualdad formal, en cambio, determina la regla general de no discriminación. Encuadrada en estos términos la relación entre la igualdad formal y la igualdad material no puede, sin embargo, más que llevarnos a la conclusión de que la igualdad formal constituye la regla general mientras que la igualdad material –y por tanto la acción positiva– es la excepción. Y, por lo demás, también en esto la literatura es concorde. Las concreciones para las cuales se requiere la intervención positiva se hallan determinadas ya sea

subjetivamente (como grupos concretos), ya sea objetivamente a través de la atribución de aquel *bien vital* que el Estado debe atribuir para reequilibrar las posiciones.

Pero, de ser así, no parece ilógico configurar la relación entre la igualdad formal y la igualdad material como una relación de *genus* y *species*. La igualdad formal constituiría el *genus* mientras que la igualdad material sería la *species*. La primera es norma general mientras la segunda es norma especial. Por consiguiente, la acción positiva en la medida en que atribuye mediante un “hacer” un determinado bien vital a un determinado grupo social, no es en realidad sino una ley especial, mientras que la normativa que en ese concreto ámbito aplica el principio negativo de no discriminación configura la norma general.

Si se realiza esta construcción y se la comparte, el primer efecto, bastante relevante desde el punto de vista teórico, es que no pueda haber conflicto entre igualdad formal e igualdad material, del mismo modo que no se plantea un conflicto jurídico entre la ley general y la especial. Pues se trata de ámbitos o áreas materiales con regulación distinta.

Los dos ámbitos no interfieren uno en otro, como por lo demás se expresaba claramente en el derecho romano cuando se afirmaba que “*lex specialis per generalia non derogatur*”, principio en el que se pone de relieve implícitamente el diferente ámbito material regulado por las normas y por consiguiente la no superposición ni tampoco la posible contraposición entre ellas. La ley especial, en la teoría de las fuentes, aun estableciendo reglas deferentes a las de la ley general, no genera una antinomia –por ejemplo una derogación– con la ley general precisamente porque los ámbitos materiales que se regulan son diferentes (Gavazzi, 1959; Bobbio, 1967).

Es cierto que la ley especial debe encontrar un fundamento justificativo “fuerte” que le permita llevar a cabo esa función de “legítima derogación” en relación con los principios generales. Pero queriendo prescindir de los principios constitucionales, y acogiéndose una vez más a la teoría de las fuentes, también es sabido que las normas especiales se someten a varias limitaciones. El primer límite, generalmente compartido y a menudo incluso codificado, se sustancia en el principio de que las leyes especiales no se aplican más allá de los casos y los tiempos a que ellas mismas se someten precisamente en cuanto que son especiales respecto de la normativa que se considera general. Este principio como se sabe implica dos efectos.

El primero es que las leyes especiales son normalmente leyes temporales. En la medida en que derogan un principio general para un fin predeterminado, el objetivo es lograr esa finalidad y, por lo tanto, no tienen por qué tener una duración indeterminada. La especialidad produce inevitablemente una limitación temporal que va conectada al logro del objetivo que la propia ley se propone alcanzar y en función del cual se justifica la derogación de la regla general.

El segundo es la prohibición de la interpretación analógica. Si la norma es especial, lo es en razón del concreto supuesto de dicha regla, pues solo ella es merecedora del tratamiento diferenciado. De tal modo que sería una contradicción lógica evidente que se extendiera analógicamente a otros supuestos una norma que es especial. Se observa que estos dos primeros requisitos se aplican perfectamente a las acciones positivas. Siempre se ha dicho que las acciones positivas no pueden tener una duración indeterminada y para corroborarlo se recurre normalmente a principios sociológicos, económicos, politológicos, etc. Lo cierto es que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, las acciones positivas son por su propia naturaleza fisiológicamente temporales, pues, de otro modo, simplemente perderían el carácter de especialidad. Pero entonces sí que se plantearía un conflicto irresoluble con el principio de igualdad formal.

También la prohibición de interpretación analógica resulta perfectamente coherente con la naturaleza de las acciones positivas. La acción positiva, en efecto, se halla estrechamente vinculada a la tutela de los supuestos previstos en la constitución, previamente seleccionados y que el legislador decide, en determinados ámbitos, tutelar con normas especiales. La normativa en este caso no falta por definición, porque existe la regla general que es el principio de igualdad formal. En ausencia de una específica acción positiva, por lo tanto, simplemente deberá aplicarse el principio negativo de no discriminación, dado que evidentemente el legislador no ha considerado necesario adoptar la “sanción positiva” especial.

La normativa especial, además, en cuanto es derogatoria del derecho ordinario, desde el punto de vista del control de la constitucionalidad, debe ser ampliamente justificada por el legislador (tanto es así que precisamente respeto de las leyes especiales se ha sostenido la admisibilidad del vicio de exceso de poder legislativo como contradicción entre los fines declarados y los fines logrados) y sometida a un riguroso control de razonabilidad. La motivación constituye la razón de la intervención especial: justamente es en este momento cuando entran en juego factores sociológicos, económicos, históricos, etc., que legitiman la acción positiva. Tales factores constituyen la esencia de la motivación de la norma especial y sirven para establecer los límites de la motivación. No redundan, como a veces puede parecer en la literatura sociológica, en genérico primado de valores respecto de la igualdad formal, cosa que aun supondría un contraste entre igualdad formal e igualdad material. Pero ellos son fundamentales también para consentir el control jurisdiccional de la opción escogida según los tradicionales principios de control lógico-jurídico de la motivación (contradicción, falta de lógica, incoherencia).

También el control sobre la razonabilidad y sobre la proporcionalidad de la medida es necesario y debe basarse en cánones consolidados acerca de la necesaria coherencia entre situación de hecho y previsión normativa y sobre el ya consolidado test de proporcionalidad.

#### IV. Breves conclusiones

Evidentemente la reconstrucción de la acción positiva en el ámbito del principio de especialidad tiene, además, la función de poder determinar cierta forma de jerarquía entre la igualdad formal y la igualdad sustancial. La atribución del *bien de la vida* – o del bien escaso- a un determinado grupo social implica la sustracción de algunos casos al principio de igualdad formal. Y ello, como se ha dicho, es absolutamente legítimo cuando concurren algunas circunstancias, de naturaleza sustancial, que limitan el principio de igualdad. No en vano la acción positiva es *lex specialis* legitimada precisamente por la existencia de un principio general, cual es la igualdad, pero suspendido en relación a un determinado supuesto hasta su reposición cuando hayan cesado las exigencias que justificaron la acción positiva.

Es así como puede superarse la paradoja del juez Scalia acerca del hecho de que, a través de la intervención de sostén a los grupos débiles, la garantía de que la raza y el sexo deban permanecer jurídicamente indiferentes se convierte en su propio opuesto (“*reverse discrimination*” o discriminación inversa).

**Bibliografía**

- Ainis, M. (1992). Azioni positive e principio di eguaglianza. *Giurisprudenza costituzionale*, 582-608.
- Ainis, M. (1993). L'eccezione e la sua regola. *Giurisprudenza costituzionale*, 891-896.
- Ainis, M. (1999). Cinque regole per le azioni positive. *Quaderni costituzionali*, 359-372.
- Amedeo, S. y Dolso, G. P. (1988). La Corte costituzionale e le discriminazioni alla rovescia. *Giurisprudenza costituzionale*, 1221-1248.
- Anzon, A. (1993). L'additiva di principio nei giudizi in via principale. *Giurisprudenza costituzionale*, 891-911.
- Ballestrero, M. V. (1988). Azioni positive e discriminazioni alla rovescia. Una importante sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti. *Lavoro e diritto*, 1988, 53-78.
- Bindi, E.; Groppi, T.; y Pisaneschi, A. (2018). *La democrazia a juicio. Estudio comparativo de la jurisprudencia del TEPJF en el proceso electoral 2017-2018*. Pisa: Pacini.
- Bobbio, N. (1958). *Teoria della norma giuridica*. Torino: Giappichelli.
- Bobbio, N. (1967). Sui criteri per risolvere le antinomie. *Studi in onore di Antonio Segni*. Milano.
- Bobbio, N. (1971). Sulle sanzioni positive. En *Scritti dedicati ad Antonio Raselli* (pp. 229-249). Milano: Giuffrè.
- Bobbio, N. (1978). Eguaglianza ed egualitarismo. En AAVV, *Eguaglianza e egualitarismo*. Roma: Armando.
- Brunelli, G. (2002). Un "ombrello" costituzionale per le azioni positive elettorali. *Quaderni costituzionali*, 3, 615-617.
- Caravita di Toritto, B. (1984). *Oltre l'eguaglianza formale: un'analisi dell'art. 3 comma 2 della Costituzione*, Padova: Ist. dir. pubbl. Fac. giur.-Univ. Roma.
- Cartabia, M. (1996). Le azioni positive come strumento del pluralismo? En R. Bin y C. Pinelli (eds.), *I soggetti del pluralismo nella giurisprudenza costituzionale*, Torino: Giappichelli.
- Chang, D. (1991) Discriminatory Impact, Affirmative Action and Innocent Victims: Judicial Conservatism or Conservative justice? *Columbia Law Review*, 91, 790-844. Disponibile en: [https://digitalcommons.nyls.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1306&context=fac\\_articles\\_chapters](https://digitalcommons.nyls.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1306&context=fac_articles_chapters)
- Conrad, C. A. (1995). The economic cost of affirmative action: a review of the evidence. En M. C. Simms (ed.), *Economic perspectives on affirmative action* (pp. 31-54), Washington: University Press of America.
- Crisafulli, V. (1935). *Sulla teoria della norma giuridica*. Roma: Anonima Romana Editoriale.
- Drake, W. A., y Holsworth, R. D. (1996). *Affirmative Action and the Stalled Quest for Black Progress*. Chicago: University of Illinois Press.
- Dworkin, R. (1982). *I diritti presi sul serio*. Bologna: Il Mulino.
- Gavazzi, G. (1959). *Delle antinomie*. Torino: Giappichelli.
- Gavazzi, G. (1983). Diritto premiale e diritto promozionale. En AAVV, *Diritto premiale e sistema penale*. Milano: Giuffrè.
- Gianformaggio, L. (1988). *Eguaglianza, donne, diritto*. Bologna: Il Mulino.
- Goldman, A. H. (1979). *Justice and reverse discrimination*, Princeton: Princeton University Press
- Harris, L. (1996). The future of Affirmative Action. En G. E. Curry (ed.), *The affirmative Action debate*. Reading: Basic Books.
- Jones, J. (1985). *Equality and Prohibition of Discrimination in Employment: USA*.

- Bulletin of Comparative Labour Relations*, 14, 207-231. Disponible en: <https://repository.law.wisc.edu/s/uwlaw/media/22805>
- Jori, M. (1977). *Esiste una funzione promozionale del diritto*. *Dir. Soc.* 1977, 405-419.
- Livingston, J. C. (1979). *Fair game? Inequality and affirmative actions*. San Francisco: W. H. Freeman and Company.
- Lombardi, G. (1976). *Funzione promozionale del diritto, Pubblica Amministrazione e sanzioni positive*. *Amministrare*, 1, 98 y ss.
- Lumia, G. (1978). *A proposito di struttura, funzione e ideologia nel diritto*. *Sociologia del Diritto*, 2, 431-439.
- Romano, S. (1945). *L'ordinamento giuridico*, Firenze: Sansoni.
- Rosenfield, M. (1991). *Affirmative action and justice. A philosophical and Constitutional inquiry*. New Haven-London: Yale University Press.
- Verkerke, J. H. (1989). *Compensating victims of preferential employment discrimination remedies*. *The Yale Law Journal*, 98, 1479-1499. Disponible en: <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=7221&context=ylij>



# La Suprema Corte de Justicia de México ante la penalización del aborto: una valoración de urgencia

*The Supreme Court of Justice of Mexico before the criminalization of abortion: an urgent assessment*

**MIGUEL REVENGA SÁNCHEZ**

Catedrático de Derecho Constitucional.  
Universidad de Cádiz  
miguel.revenga@uca.es

**ROCÍO GUADALUPE QUIÑONES ANDRADE**

Investigadora en la Universidad de Cádiz.  
Profesora de Derecho Constitucional.  
Universidad Iberoamericana  
rocio.quinones@uca.es

DOI: <https://doi.org/10.7203/cc.2.22176>

Fecha de recepción: 28/10/2021

Fecha de aceptación: 11/11/2021

## Resumen

El artículo analiza las recientes decisiones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana sobre la inconstitucionalidad de aquellas regulaciones estatales que penalizan de manera absoluta el aborto. Expone los argumentos de la Corte y se plantea el problema de los efectos que pueden tener estas sentencias, teniendo en cuenta que son bastantes los Estados de la Unión que tendrán que introducir reformas legislativas para adaptarse a lo establecido por esta Corte Constitucional.

## Palabras clave

Derechos reproductivos y sexuales; aborto; México; Suprema Corte de Justicia de la Nación.

## Abstract

*The article analyzes the recent decisions of the Supreme Court of Justice of the Mexican Nation on the unconstitutionality of the State regulations that absolutely penalize abortion. It sets out the arguments of the Court and raises the problem of the effects that these judgments may have, considering that many States of the Union will have to introduce legislative reforms to adapt to the provisions of the Constitutional Court.*

## Keywords

*Reproductive and sexual rights; abortion; Mexico; Supreme Court of Justice of the Mexican Nation.*

## SUMARIO

**I. Introducción. – II. Panorama del derecho al aborto en México. – III. Declaración de la inconstitucionalidad de la criminalización absoluta del aborto en México: un paso necesario. – IV. Despenalizado el aborto, ¿qué sigue? *Bibliografía.***

### I. Introducción

Transcurridos casi 50 años desde que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos abordó la cuestión del aborto como un problema constitucional, no parece que la interrupción voluntaria del embarazo sea, en el panorama comparado, un asunto en el que se aprecie una respuesta unívoca y prevalente. En *Roe versus Wade* el Tribunal Supremo sentó las bases para un entendimiento gradual del proceso de gestación en el transcurso del cual, y en función de la evolución del mismo, los juicios ponderativos sobre el conflicto entre la necesidad de proteger al *nasciturus* y el reconocimiento de un margen de autonomía decisoria en favor de la gestante deberían dar lugar a soluciones diversas, pero salvaguardando en todo caso la prevalencia de tal margen de autonomía durante los tres primeros meses del período de gestación. El Tribunal llegó a esa conclusión mediante un planteamiento del asunto no en clave del respeto que la mujer merecía como un sujeto autónomo para tomar decisiones sobre su embarazo, sino más bien desde el punto de vista de las restricciones que el debido proceso imponía a la actuación de los poderes públicos para no incidir en la intimidad de la mujer de manera inconstitucional.

Bajo la estela de ese juicio seminal, las respuestas que los legisladores y los jueces han ido dando aquí y allá han ido evolucionando, pero siempre desde una estación de partida en la que el imperativo de la protección de la vida del *nasciturus* situaba de lleno al aborto en la órbita del Derecho penal. En 1975 el Tribunal Constitucional alemán sentó las bases para que los derechos fundamentales de la gestante pudieran ser tenidos en cuenta, si bien la sentencia de aquel año –que prelude la más extensa recaída de 1993 en un recurso de inconstitucionalidad contra la Ley de Ayuda a las Familias del año anterior– consideró que estos nunca podían llevarse al extremo de anular el deber estatal de dispensar una protección adecuada a la vida del concebido. En el caso alemán ello se tradujo en la exigencia de una serie de disuasiones estatales y deberes asistenciales con respecto a la mujer gestante dirigidas al cumplimiento por su parte de una especie de “deber de maternidad” compatible a partir de la referida ley de 1992 con una despenalización parcial del aborto practicado dentro de las 12 primeras semanas del embarazo. Por lo que se refiere a España, la decisión del Tribunal Constitucional plasmada en la STC 53/1985 se pronunció sobre la despenalización parcial realizada por el legislador en base a los tres indicadores (terapéuticos, eugenésicos y éticos) cuya concurrencia en el caso concreto

exige, según dicha sentencia, el establecimiento de las suficientes cauciones estatales dirigidas a evitar decisiones fraudulentas o insuficientemente meditadas por parte de la mujer gestante. Frente a dicha vía de despenalización por indicaciones, la Ley de 2010 de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo ha supuesto un cambio radical de perspectiva al posibilitar que la autonomía de decisión de la mujer pase a situarse, durante las primeras 14 semanas, en el núcleo dirimente del sistema. En el momento de escribir estas líneas, a finales de 2021, continuamos a la espera de la respuesta que pueda dar el Tribunal Constitucional a las dudas de constitucionalidad que se le plantearon en un recurso para cuya resolución tendrá que “dialogar” con su propia jurisprudencia (la de la STC 53/1985) con el fin de determinar hasta qué punto necesita actualizarla a la vista del giro normativo.

En las páginas que siguen analizamos la manera en la que la Suprema Corte de Justicia la Nación mexicana acaba de “rescatar” la cuestión del aborto de los rigores de un Derecho penal que continúa siendo en bastantes de los Estados de México la única respuesta, radical y en términos casi absolutos, a la cuestión del aborto. Se trata de una innovadora interpretación constitucional desarrollada en una serie de sentencias que llegan en un momento en el que el aborto parece haberse convertido –aunque quizá nunca ha dejado de serlo– en el epicentro de las pugnas ideológicas relacionadas con la pretensión de incrustar ciertas concepciones morales y/o de carácter religioso en los fundamentos de la Constitución asestando así un golpe que se pretende definitivo al carácter de esta como una norma concebida para concitar un consenso básico situado por encima de tales concepciones parciales.

## II. Panorama del derecho al aborto en México

De conformidad con los datos brindados por la Organización Mundial de la Salud (2020), entre 2015 y 2019 hubo en el mundo un promedio anual de 73,3 millones de abortos provocados, en condiciones de seguridad o sin ellas. Por cada 1000 mujeres entre 15 y 49 años, hubo 39 abortos provocados. Además, 3 de cada 10 embarazos, concluyeron con un aborto inducido, es decir, el 29 por ciento de estos. Del total de los abortos inducidos, uno de cada tres, se realizó en condiciones que pusieron en riesgo la vida de la persona gestante. Estos datos evidencian que la realidad representa un enorme desafío para la legislación de aquellos Estados que aún prohíben la interrupción voluntaria del embarazo, como es el caso de México.

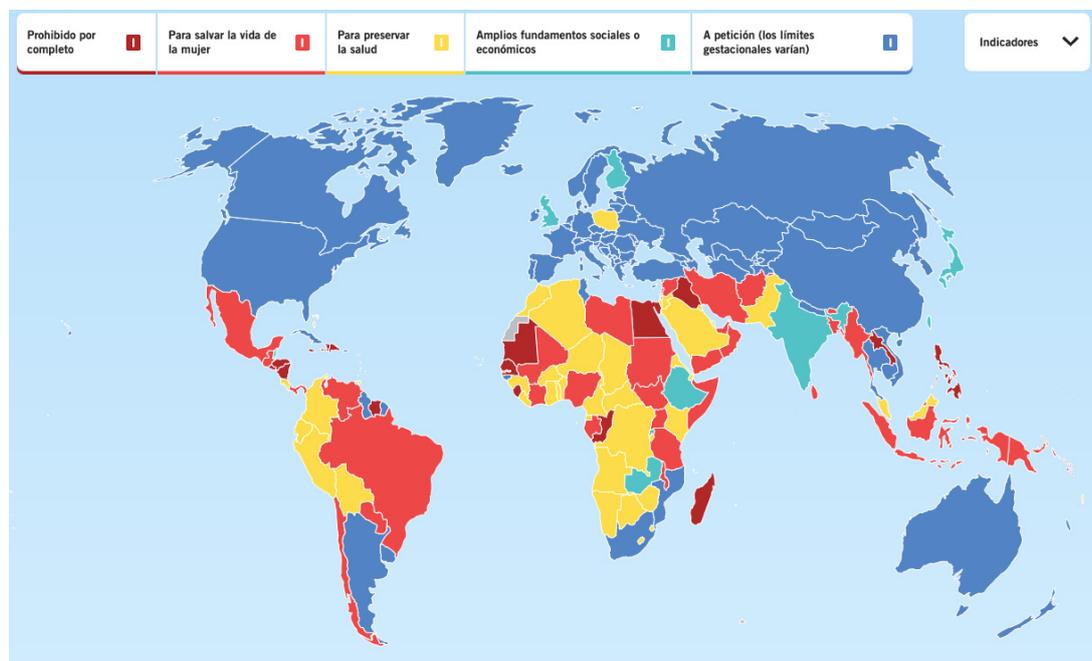
En las últimas décadas más de 50 países han despenalizado parcial o totalmente el aborto. Y si nos fijamos en los años más recientes, el debate sobre la posible legalización del aborto en el período de tiempo comprendido entre las diez y las catorce semanas de gestación, ha estado presente en muchos lugares del mundo. En octubre de 2019, por ejemplo, el aborto hasta las doce semanas de gestación se despenalizó en Irlanda del Norte, y el 31 de marzo de 2020 entró en vigor un nuevo marco legal que permite a las personas acceder a los servicios médicos públicos para interrumpir su embarazo (Amnistía Internacional, 2021). Con ello, un país tan tradicionalmente renuente en la materia ha dado un paso importante en la protección de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres.

Otro caso destacable es el de Argentina. Después de años de lucha por parte de movimientos feministas y Organizaciones no Gubernamentales, enfrentados a grupos reunidos en torno al eslogan “por el derecho a la vida” (Gudiño Bessone, 2012) a finales de 2020 el Senado legalizó el aborto hasta las catorce semanas

de gestación, y sin límite en caso de violación. La ley obtuvo 38 votos a favor frente a 29 en contra y una abstención, un resultado que indica a las claras la gran división en las opiniones al respecto.

Al igual que los citados, muchos otros países han dicho sí a la despenalización del aborto, brindando una protección mayor a los derechos sexuales y reproductivos de la mujer, aunque todavía son también muchos los que criminalizan y se niegan a admitir el ámbito de autodeterminación de una mujer gestante para decidir sobre su cuerpo. Las legislaciones que impiden la realización del aborto en cualquier momento del embarazo sólo consiguen aumentar las tasas de clandestinidad y abortos inseguros, dificultan el acceso a una atención médica que en la mayoría de los casos tiene carácter urgente y acaban infligiendo un daño directo a los grupos marginados y de escasos recursos. Parece por ello incontestable que la penalización del aborto se convierte en un factor que exacerba la desigualdad social.

Como puede apreciarse gráficamente en el mapa elaborado en 2021 por el Centro de Derechos Reproductivos sobre la situación del derecho al aborto en el mundo, México aparece dentro del grupo de países en los que el aborto sigue estando penalizado para la mayoría de la población, permitiéndose sólo en los casos de grave riesgo para la vida de la mujer.



La legislación mexicana en materia de aborto discurre a contracorriente de la realidad social apreciable en todas sus entidades federativas, generando, como decimos, clandestinidad y situaciones de grave riesgo para la vida de miles, o cientos de miles de mujeres, sobre todo de bajos recursos. A día de hoy, los correspondientes Códigos Penales de 28 de los 32 Estados de la Federación contemplan el aborto, en cualquier momento del embarazo, como un delito. Uno de los Estados que criminaliza la interrupción del embarazo de forma absoluta, es Coahuila. El artículo 195 de su Código Penal prescribe que “*comete aborto quien causa la muerte al producto de la concepción, en cualquier momento del embarazo*”. Así mismo, el artículo 196 del mismo cuerpo legal, impone una condena de uno a tres años de prisión a la mujer que voluntariamente se provoque un aborto, e impone la misma pena para quien lo practique contando con el consentimiento de la gestante. El artículo 198 contempla una pena mayor, si las personas que ayudaron a abortar a la persona gestante son personal sanitario; y el artículo 199, en fin, señala que, en caso de violación, inseminación artificial o

implantación indebida de óvulo, solo es posible realizar un aborto legal dentro de las 12 primeras semanas del embarazo.

Los 28 Códigos Penales estatales que actualmente establecen la penalización del aborto en todo momento del embarazo, salvo casos excepcionales, recurren a tipificaciones muy parecidas a las que acabamos de reproducir, si bien algunos son más rigurosos que otros, por ejemplo exigiendo requisitos adicionales para interrumpir el embarazo, como la comprobación de los hechos de la violación, o bien, la autorización del padre, para practicarlo.

La criminalización del aborto es, en definitiva, un estigma con el que las mujeres tienen que convivir a diario en México (Lerner, 2016). Y la cultura machista subyacente, que aún predomina en el país, no ayuda en absoluto al entendimiento del derecho al aborto como algo que pertenece a la esfera de la autodeterminación individual de la mujer para decidir sobre su cuerpo.

En términos de reparto competencial, hay que tener en cuenta que la cláusula de competencia residual establecida en el artículo 124 de la Constitución, ha sido utilizada por los Estados para legislar sobre el derecho a la vida. En virtud de ella, las facultades que no están expresamente reservadas por la Constitución a los funcionarios federales, se entienden conferidas a los Estados. Al no estar reservadas para la Federación las cuestiones sobre el alcance del derecho a la vida, los Estados lo han entendido como un ámbito disponible para ellos. Y como consecuencia se ha (mal)entendido el derecho de la mujer para decidir sobre su cuerpo como una vulneración del derecho a la vida, lo cual está en la base de aquellas posturas favorables a la criminalización absoluta del aborto, que son las que hoy prevalecen en las entidades federadas.

Es verdad que, según la Constitución, cada uno de los Estados que conforman la República Mexicana se aparece como libre y soberano; ello implica la facultad de legislar lo conducente en las materias que no sean competencia exclusiva de la federación, lo que trae como consecuencia acusadas diferencias en la protección de los derechos de la mujer. En la Ciudad de México, desde 2007, se permite la interrupción voluntaria del embarazo hasta las doce semanas de gestación, mientras que catorce años después, en 2021, continua habiendo una criminalización casi absoluta del aborto en los Estados de Aguascalientes, Baja California, Baja California Sur, Campeche, Coahuila, Colima, Chiapas, Chihuahua, Durango, Guanajuato, Guerrero, Jalisco, México, Michoacán, Morelos, Nayarit, Nuevo León, Puebla, Querétaro, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sinaloa, Sonora, Tabasco, Tamaulipas, Tlaxcala, Yucatán, y Zacatecas. En contraste, las movilizaciones sociales que se produjeron en Oaxaca en 2019 y este mismo año 2021 en Veracruz y en Hidalgo han llevado a dichos Estados a seguir la estela de Ciudad de México, declarando que el aborto tan sólo es punible si se realiza a partir de la décimo segunda semana de gestación.

Si bien estas reformas han sido un avance importante, lo cierto es que han sido insuficientes. Actualmente existen abiertas 432 carpetas de investigación en 27 Estados de la República Mexicana por delitos relacionados con el aborto, según datos de la Secretaría de Gobernación y la Comisión Nacional para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres (Secretaría de Gobernación, 2021).

El debate sobre los derechos reproductivos y sexuales de la mujer ha llegado finalmente hasta la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN). Diferentes entes estatales y personas físicas han presentado, respectivamente, un conjunto de acciones de inconstitucionalidad y amparos, en los que se pone en cuestión las diversas legislaciones estatales en la materia. Una norma que limita el tiempo para practicar el aborto en caso de violación (Código Penal del Estado de Chiapas); otra que criminaliza de forma absoluta el aborto (las citadas del

Código Penal del Estado de Coahuila); una más que establece el derecho a la vida desde la concepción (Constitución Política del Estado de Sinaloa); y, por último, la que concede una objeción de conciencia incondicionada para negarse a atender a las personas que deseen practicarse un aborto (Ley General de Salud, a nivel federal).

Los asuntos instados ante los estrados de la SCJN han dado lugar a que se declare la invalidez o inconstitucionalidad de todas y cada una de dichas normas. Con ello se sienta un precedente que constituye, sin duda, un verdadero punto de inflexión y quién sabe si el inicio de una nueva era para la protección de los derechos reproductivos y sexuales de las mujeres en la República Mexicana.

### **III. Declaración de la inconstitucionalidad de la criminalización absoluta del aborto en México: un paso necesario**

La SCJN ha impulsado el cambio en el reconocimiento y protección de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres y “demás personas gestantes” (tal y como lo dice literalmente la SCJN en sus resoluciones). Las sentencias que ha dictado sobre este tema parecen haber tomado nota de la obsolescencia de muchas de las concepciones subyacentes en las normas cuestionadas, dejando atrás conceptos sobrepasados que claramente violaban los derechos humanos de las mujeres, para dar paso a una sociedad más justa y equitativa.

La SCJN no ha pretendido dar una relevancia mayor al derecho a decidir de las mujeres que al derecho a la vida. Por el contrario, establece que la discusión no se centra en el derecho a la vida en sí, sino en el error de concebir a un embrión como una persona y por ello, asumir que es titular de los mismos derechos que un ser humano que ya ha nacido. Mediante ese simple cambio de perspectiva, la SCJN ha zanjado un debate de muchos años. Además, ha establecido las directrices bajo las cuales se deben conducir las autoridades en este tema, y ha puesto el foco de atención sobre los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres.

La sentencia que abrió la senda fue la dictada el 7 de julio de 2021. La primera sala de la SCJN resolvió el amparo en revisión 438/2020, determinando por unanimidad la inconstitucionalidad del plazo de noventa días para llevar a cabo la interrupción voluntaria del embarazo en caso de violación. Esta limitación, que se establece en el artículo 181 del Código Penal del estado de Chiapas, tal como dispuso la SCJN, “desconoce la naturaleza de las agresiones sexuales y las afectaciones a la salud mental que éstas generan en las víctimas de los delitos sexuales, particularmente, en el caso a (sic) las mujeres”. Además, determinó que “la propia preñez produce lógicamente volver a vivir permanentemente la violación de la que fue objeto, lo cual indudablemente le provoca un sufrimiento adicional que permanece mientras subsista esa condición” (SCJN, 7-07-2021: 52). La SCJN tiene en cuenta el hecho de que el embarazo fue algo por completo ajeno a la voluntad de la mujer, así como el acto traumático de una violación sexual. Por ello considera que el hecho de negarle el acceso a la interrupción voluntaria de su embarazo constituye un acto de violencia que se sobrepone al padecido por la mujer víctima de la violación.

Al igual que Chiapas, ocho entidades federativas más (Baja California, San Luis Potosí, Tabasco, Coahuila, Colima, Chihuahua, Michoacán y Quintana Roo), establecen plazos semejantes en la misma circunstancia. La resolución de este asunto implica, en consecuencia, que todas las autoridades judiciales de los Estados de México deben garantizar el derecho al aborto en caso de violación en cualquier momento del embarazo.

El camino hacia la adecuada protección de los derechos reproductivos y sexuales de las mujeres iniciado por esta sentencia cobró un rumbo más acentuado mediante la decisión anunciada el 7 de septiembre de 2021. En esa resolución el máximo tribunal nacional declaró inconstitucional la penalización absoluta del aborto, al resolver la acción de inconstitucionalidad 148/2017, promovida por la otrora Procuraduría (hoy Fiscalía) General de la República en contra de los Poderes Legislativo y Ejecutivo de Coahuila

En la resolución se argumentó en favor de la inconstitucionalidad de los artículos 195, 196 y algunos fragmentos de los artículos 198 y 199 del Código Penal del Estado de Coahuila. Dichos artículos establecen –como se ha mencionado– la criminalización absoluta del aborto, la prohibición de que el personal sanitario brinde ayuda a las personas que desean interrumpir su embarazo y la limitación de la interrupción legal del embarazo en casos de violación, inseminación artificial o implantación de un óvulo indebida, a las primeras doce semanas de gestación.

La SCJN determinó que existe un puente entre la salud y los derechos reproductivos que debe ser entendido desde la libertad reproductiva de las mujeres y demás personas gestantes. En este derecho se conjuntan la autonomía, el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la vida privada, la igualdad jurídica, y el derecho a la salud física y psicológica, por lo que el derecho a decidir sobre la interrupción del embarazo forma parte de la dignidad humana (SCJN, 7-09-2021: 50 y ss.)

También se determinó que, si bien el producto del embarazo es sujeto merecedor de una protección que aumenta con el paso del tiempo, ésta no puede desconocer los derechos de las mujeres y personas gestantes a la libertad reproductiva. Por lo tanto, el Pleno determinó que criminalizar de manera absoluta la interrupción del embarazo es inconstitucional y que también lo es determinar un plazo para abortar en caso de violación.

Solo dos días después, el 9 de septiembre de 2021, el Pleno de la SCJN resolvió las acciones de inconstitucionalidad 106/2018 y su acumulada 107/2018, promovidas por diputados del Congreso de Sinaloa y la Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Las acciones solicitaban la invalidez del artículo 4 Bis A, fracción I, de la Constitución Política del mencionado Estado, que limita el derecho de las mujeres a su autonomía reproductiva al establecer el derecho a la vida desde la concepción.

El Tribunal Constitucional mexicano declaró la inconstitucionalidad de esta disposición, bajo dos argumentos principales. Primero: la SCJN resolvió que las entidades federativas no tienen competencia para definir el origen de la vida humana, ni la titularidad de los derechos, y ello en virtud de que se trata de algo que corresponde en exclusiva a la Constitución General. Y añadió que “las entidades federativas no pueden pretextar la existencia de cláusulas de protección a la vida desde la concepción, para negar a las personas toda clase de servicios relacionados con la salud sexual y reproductiva en el ámbito de competencia estatal, ni para adoptar legislación que endurezca las normas sobre interrupción legal del embarazo” (SCJN, 9-09-21: 51).

Además, determinó en esta resolución que “la pretensión de otorgar el estatus de persona al embrión o feto y, a partir de ello, adoptar medidas restrictivas del derecho a la autonomía reproductiva de las mujeres y las personas gestantes, resultaba inconstitucional y es inadmisibles establecer que el embrión y el feto merecen la misma protección jurídica que las personas nacidas” (SCJN, 9-09-21: 32 y ss.) Por tanto, limitar el derecho de la autonomía reproductiva de las mujeres con base en el derecho a la vida del embrión, es inconstitucional.

Por último, el 21 de septiembre de 2021, la SCJN resolvió la acción de inconstitucionalidad 54/2018, en la que estudió el artículo 10 Bis de la Ley

General de Salud, que establecía de una manera amplia en demasía el derecho a la objeción de conciencia. En virtud de este artículo el personal médico y de enfermería del Sistema Nacional de Salud, podía ejercer este derecho para excusarse de participar en la prestación de los servicios establecidos en la Ley, a menos que ello implicara poner en riesgo la vida del paciente o se tratara de una urgencia médica.

La SCJN consideró que este artículo no garantizaba la atención a todas las personas y que se podían llevar a cabo actos discriminatorios en virtud del ejercicio de este derecho. No determinó que la objeción de conciencia habría de ser eliminada del sistema jurídico, pero sí que se tenía que regular apropiadamente. Y ello con el fin de establecer los lineamientos y los límites necesarios para hacerla compatible con el respeto a los derechos de los pacientes. En la discusión sobre la aprobación del proyecto de sentencia de la acción de inconstitucionalidad 54/2018, el Ministro Presidente, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, señaló que “es un fenómeno documentado que la objeción de conciencia se ha utilizado para negar servicios de aborto legal a mujeres y niñas (...) Es a la luz de estas realidades que deben interpretarse los derechos en juego” (SCJN, 13-09-21: 20).

La declaración de inconstitucionalidad de este artículo abre las puertas para la regulación del acceso en igualdad de condiciones a la interrupción voluntaria del embarazo en el marco de los servicios médicos públicos. Aunque para que esto pueda hacerse efectivo, le corresponde al legislativo actuar para aprobar la correspondiente normativa.

Todos estos pasos dados por el máximo tribunal mexicano eran necesarios para proteger los derechos de las mujeres y demás personas gestantes, pero, por sí mismos, resultan insuficientes. Hay que añadir, no obstante, que este conjunto de sentencias se ha dictado en el mejor momento posible si tenemos en cuenta que, hasta el mes de marzo de 2021, las sentencias de los amparos en revisión dictadas por la SCJN no constituían jurisprudencia, a menos que los criterios sentados al decidir se reprodujeran de manera ininterrumpida en un número mínimo de cinco sentencias. Esta situación cambió cuando el 11 de marzo de 2021 se llevó a cabo una reforma integral del funcionamiento del Poder Judicial de la Federación. Se modificaron varios artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, incluyendo el numeral 94, con el fin de determinar que: “Las razones que justifiquen las decisiones contenidas en las sentencias dictadas por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación por mayoría de ocho votos, y por las Salas, por mayoría de cuatro votos, serán obligatorias para todas las autoridades jurisdiccionales de la Federación y de las entidades federativas”.

Esta modificación constitucional, junto con las reformas realizadas a la Ley de Amparo el 7 de junio del 2021, tienen como resultado que todas las sentencias dictadas por el Pleno de la SCJN por mayoría de 8 votos, o bien en sus Salas por mayoría de 4 votos, constituyan precedentes jurisprudenciales, independientemente del tipo de asunto en el que se emita la resolución.

Con ello, según señala ahora el artículo 217 de la Ley de Amparo, todas las sentencias comentadas en este epígrafe, que protegen los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, son de obligatorio cumplimiento para las autoridades jurisdiccionales del País, con independencia de haber sido dictadas en amparos o acciones de inconstitucionalidad. No obstante, y como es evidente, las sentencias no son un sustitutivo de la legislación, por lo que recae ahora sobre las Legislaturas de los Estados la tarea de modificar la normativa que corresponda para hacer accesible el aborto, por lo menos, hasta las doce semanas de embarazo.

El sistema de división de poderes establecido en el país hace que la jurisprudencia emitida por el Poder Judicial de la Federación, incluyendo la SCJN, sea aplicable solo para las autoridades judiciales. Ello implica que, si bien es cierto que estas sentencias labran el camino e indican el modo en que las autoridades legislativas deben actuar a fin de garantizar los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, hasta que no se reforme cada una de las legislaciones estatales en la materia, se seguirán teniendo legislaciones restrictivas y atentatorias contra los derechos humanos.

El numeral 72 de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece que, en el caso de que se haya declarado la inconstitucionalidad de una legislación mediante una acción de inconstitucionalidad, la persona afectada por la aplicación de la misma podrá denunciar el acto concreto de aplicación a través del juicio de amparo. Ello significa que mientras no se modifiquen las legislaciones en cada una de las entidades federativas, estas permanecen vigentes y aplicables. En esta tesitura se puede seguir criminalizando de forma absoluta el aborto y, en el momento en que una persona gestante sea objeto de persecución penal por este delito, debería interponer el correspondiente amparo, con todo el desgaste físico, emocional y el quebranto económico que ello conlleva.

#### IV. Despenalizado el aborto, ¿qué sigue?

Aunque es indudable que las sentencias estudiadas en los epígrafes anteriores constituyen un parteaguas en la protección de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres y demás personas gestantes en México, lo cierto es que todavía queda un enorme camino por recorrer con el fin de erradicar el aborto como delito de los códigos penales de 28 Estados en la República Mexicana.

Estas decisiones de la SCJN han comenzado un proceso, pero aún resta un largo camino por recorrer. Además de reformar los Códigos Penales de los Estados, se deben implementar políticas públicas que garanticen a las mujeres, con independencia de su nivel socioeconómico, el acceso libre y seguro a la interrupción voluntaria del embarazo, a través del sistema de sanidad pública. La despenalización de la criminalización absoluta del aborto constituye una victoria en el avance de la protección integral de los derechos de la mujer, pero el camino que se debe transitar a partir de ahora no será fácil ni falto de retos.

Las sentencias dictadas por la SCJN han proscrito conceptos que eran claramente erróneos y violatorios de derechos humanos en las legislaciones de Coahuila, Chiapas, Sinaloa y en una legislación de aplicación general. No obstante, cada norma estatal en materia penal impone su propio concepto del aborto y determinadas circunstancias en el que éste no es punible. En algunos casos la normativa en cuestión no es conforme con los criterios sentados por la SCJN. Aunque todos los Estados de la República en los que aún se criminaliza absolutamente el aborto reformaran su legislación y determinaran que este delito se refiere a la interrupción del producto del embarazo después de las doce semanas, ello no sería suficiente para evitar la estigmatización de la mujer y de su derecho a decidir. Y ello porque la penalización absoluta del aborto no es la única normativa que viola los derechos de las personas gestantes, sino que siguen vigentes normas circundantes que resultan discriminatorias y excesivas. Por ejemplo, los Códigos Penales de Campeche, Nayarit, Tamaulipas y Zacatecas, señalan una pena menor para las mujeres que, *abortando dolosamente* no tengan mala fama y hayan logrado ocultar su embarazo, entre otros requisitos (Ramos Duarte: 2017). ¿Resulta jurídicamente manejable hoy un concepto como el de

*mala fama*? ¿No implica la prueba *diabólica* y en negativo de la falta de concurrencia de ella una invitación directa a la vulneración de derechos?

Estamos ante una concepción que menosprecia y atenta contra la dignidad de las mujeres, depositando bajo una lupa de sospecha y estigma su modo de vida, sus preferencias o sus decisiones. En el caso *Campo Algodonero vs. México* (Sentencia de 16 de noviembre de 2009), la Corte Interamericana de Derechos Humanos dejó un elocuente testimonio de los acuciantes problemas de inequidad y déficits de acceso a la justicia que padecen en México las mujeres, a menudo fundados en sus decisiones personales y preferencias, y que traslucen una mentalidad social que sigue considerando que hay *buenas* y *malas* mujeres.

Otra de las cuestiones atentatorias contra el derecho autónomo de la mujer a decidir sobre su cuerpo y el desarrollo de la personalidad, hasta el punto de poner en grave riesgo su salud, es lo dispuesto en los Códigos Penales de los Estados de Tlaxcala y Yucatán. Estos estipulan que se necesita la autorización del progenitor para que la mujer pueda abortar, aun cuando existan pruebas de que el producto de la concepción presenta alteraciones genéticas o congénitas graves. En este caso, si el progenitor manifiesta su oposición, o bien simplemente no otorga su consentimiento indubitado, la persona gestante no puede interrumpir legalmente su embarazo, lo que pone en grave riesgo su vida y su salud física y mental.

En Tamaulipas y Jalisco nos encontramos con otra forma de “paternalismo” y discriminación de la persona gestante. En sus respectivos Códigos Penales se señala que a las mujeres que se practiquen un aborto, o bien consientan que otra persona se los practique, se les deberá dar tratamiento médico cuyo objetivo sea, entre otros, el de “reafirmar los valores humanos por la maternidad”. Se da por sentado, al parecer, que las mujeres han sido concebidas para procrear y que la decisión de practicarse un aborto obedece a problemas psicológicos o incluso, psiquiátricos que bloquean su vocación consustancial.

Por último, en el estado de Guerrero, si bien no se impone un periodo específico para llevar a cabo el aborto en caso de violación, el Código Penal estatal determina que los hechos han de “acreditarse” (*sic*) ante el Ministerio Público. En Baja California Sur, la persona gestante tiene que solicitar autorización para abortar ante el Ministerio Público. Los Códigos Penales de Baja California y San Luis Potosí señalan que se tienen que comprobar los hechos constitutivos del delito. Por último, en Colima, Chiapas, Chihuahua y Michoacán se señala que la violación debe estar “debidamente justificada”. Aunque estas expresiones (“acreditarse”, “debidamente justificada”) son en sí mismas ambiguas, lo que parecen denotar es que no basta con la sola denuncia del hecho delictivo de la violación.

El gran problema que subyace en los supuestos de violación es la alta cota de impunidad en México. Según datos del Instituto Nacional de Estadística y Geografía de ese país (2020: 9) en 2019, la impunidad llegaba al 92.4 por ciento de los delitos cometidos. Además, esta institución ha calculado que, del 100 por cien de los crímenes denunciados, sólo se investiga un porcentaje del 69.1. Y la cota de impunidad va en aumento: creció en 2020 hasta el 94.8 por ciento (México Evalúa, 2021).

A la vista de esos datos, no es aventurado concluir que, si se solicita la comprobación del delito de violación como requisito para poder practicarle un aborto a la víctima, ello no ocurrirá. Incluso es esperable que transcurran los 9 meses antes de que la violación pueda ser “comprobada”. La legislación no señala que se tenga que resolver el caso denunciado, sino que *la violación se debe comprobar*. No obstante, al ser la legislación tan poco clara, depende

de cada autoridad el determinar la manera en la que tal comprobación pueda tenerse por establecida.

Estamos, en definitiva, ante normativas dudosamente compatibles con un sistema que haga del respeto a los derechos fundamentales de las mujeres y la no discriminación un imperativo que exige una especial sensibilidad por parte del legislador. Más allá de la cuestión de las prohibiciones absolutas, cuya inconstitucionalidad puede ahora resultar patente, urge una reforma integral y en profundidad de los códigos penales de las 28 entidades federativas que aún contemplan la interrupción del embarazo como un delito.

Actualmente todas las autoridades del país deben ser conscientes de que la SCJN ha declarado inconstitucional el establecimiento de un plazo específico de tiempo para poder abortar en caso de violación; deben saber también que, a la luz de la Constitución, no cabe una equiparación absoluta entre el no nacido y el nacido que lleve, con el argumento de que hay vida desde la concepción, a una criminalización absoluta del aborto. Y han de tomar nota, en fin, de que, según los razonamientos de la SCJN, la objeción de conciencia de los médicos y el personal sanitario es ciertamente un derecho, pero no uno que no esté sujeto a limitaciones o se erija en obstáculo insalvable para la efectividad de los derechos de la mujer que no desee llevar a término su embarazo.

Dado que la jurisprudencia de la SCJN tan sólo es vinculante con respecto al Poder Judicial de la Federación y el de los Estados, siempre cabe que las autoridades que actúan en otras órbitas del poder público opten por ignorarla y continúen aplicando los artículos que han incurrido en inconstitucionalidad "refleja" o sobrevenida. Por eso, en la cuestión que hemos resumido, si se quiere superar un estado de cosas difícilmente compatible con una con una lectura actualizada de la Constitución y causante de discriminaciones y sufrimientos que afectan directa y masivamente a las mujeres, no queda otra salida que la llamada al legislador para que actúe, en los diferentes niveles de gobierno y según lo exigible en cada caso, en consonancia con lo establecido por el supremo intérprete de la Constitución de la República.

### **Bibliografía**

- Amnesty International UK (2021). Abortion in Ireland and Northern Ireland. Página oficial de Amnistía Internacional, 24-9-21. Disponible en: <https://www.amnesty.org.uk/issues/Abortion-in-Ireland-and-Northern-Ireland>
- Center for Reproductive Rights (2021). The World's Abortion Laws. The definitive record of the legal status of abortion in countries across the globe, updated in real time. Página oficial del Center for Reproductive Rights, 24-9-21. Disponible en: <https://maps.reproductiverights.org/worldabortionlaws>
- Gudiño Bessone, P. (2012). La disputa por la legalización del aborto en Argentina. Los usos políticos del Nunca Más. *Revista Sociedad & Equidad*, 4, 165-181. Disponible en: <https://revistas.uchile.cl/index.php/RSE/article/view/20966>
- Instituto Nacional de Estadística y Geografía (2020). Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública en 2019. Página oficial del Instituto Nacional de Estadística y Geografía, 23-9-21. Disponible en: [https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/envipe/2020/doc/envipe2020\\_presentacion\\_nacional.pdf](https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/envipe/2020/doc/envipe2020_presentacion_nacional.pdf)
- Lerner, S. et. al. (2016). *Realidades y falacias en torno al aborto: salud y derechos humanos*. México: Colegio de México.
- México Evalúa (2021). Hallazgos 2020. Seguimiento y evaluación del sistema de justicia penal en México. Página oficial de México Evalúa, 24-9-21.

Disponible en: <https://www.mexicoevalua.org/mexicoevalua/wp-content/uploads/2021/10/hallazgos2020-7octubreok.pdf>

Organización Mundial de la Salud (2020). Prevención del aborto peligroso. Datos y cifras. Página oficial de la OMS, 24-9-21. Disponible en: <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/preventing-unsafe-abortion>

Ramos Duarte, R. (2017). Penalizar la mala fama. *GIRE*, 16-05-2017. Disponible en: <https://gire.org.mx/blogs/penalizar-la-mala-fama/>

Secretaría de Gobernación de México (2021). Llama Conavim a revisar las acusaciones abiertas por el delito de aborto en el país. Página oficial de la Secretaría de Gobernación, 23-9-21. Disponible en: <https://www.gob.mx/conavim/prensa/llama-conavim-a-revisar-las-acusaciones-abiertas-por-el-delito-de-aborto-en-el-pais-282488>



# III. HISTORIA CONSTITUCIONAL

# La gestión de las epidemias durante el constitucionalismo isabelino: el caso del cólera

## *Pandemic management during the Elizabethan Constitutionalism: the cholera outbreak*

**JORGE ALMARCHA OCHOA**

Graduado en Ciencias Políticas y de la Administración Pública.  
Universitat de València.  
joralo2@alumni.uv.es

DOI: <https://doi.org/10.7203/cc.2.22178>

Fecha de recepción: 21/09/2021

Fecha de aceptación: 27/10/2021

### Resumen

Las epidemias, como máxima expresión de la enfermedad, alteran el normal funcionamiento de las sociedades. El cólera morbo, procedente del continente asiático, azotó nuestro país con una sucesión de brotes a lo largo del siglo XIX, principalmente. Con no pocas dificultades, y con una relativa escasez de medios y recursos, las autoridades debieron componer una rápida respuesta para afrontar esta nueva realidad desconocida hasta el momento. Juntamente con la comunidad científica, se llevó a cabo el desarrollo y puesta en práctica de numerosa legislación en materia sanitaria, fundamental en la configuración de la España liberal del momento. En concreto, destacaremos las medidas públicas adoptadas durante el inicio del periodo isabelino, pero sobre todo durante el régimen del bienio progresista, coincidentes ambos con los brotes que atenderemos. Por tanto, son las epidemias, y en concreto el cólera, hechos trascendentales que resultan imprescindibles en el análisis para una concepción completa del contexto histórico de estudio, por sus cuantiosas consecuencias e implicaciones de toda índole más allá de la propia enfermedad.

### Palabras clave

Cólera; epidemias; enfermedad; brote; Alicante; contagio; normativa; juntas de sanidad; salubridad; higiene; libre circulación; régimen político.

### Abstract

*Epidemics, defined as the most widespread occurrence of a disease, alter the everyday behaviour of society. Cholera Morbus, originating from the Asian continent, struck our country with a succession of outbreaks throughout the 19th Century. With many difficulties, and a relative scarcity of resources and supplies, the authorities were forced to come up with a quick solution to battle this unknown and unprecedented reality. Alongside the scientific community, a new legislation in the health department was developed and put into place, which would be fundamental in the Liberal Spain of the time. We will be specifically highlighting the public measures that were adopted during the beginning of the Elizabethan era, going more in depth during the "Bienio Progresista", both coinciding with said outbreaks. Therefore epidemics, Cholera in specific, can be considered transcending occurrences which turn out to be crucial during the historical analysis for a better understanding of the context, due to the countless consequences and implications of all kinds of matters beyond the disease itself.*

### Keywords

*Cholera; epidemic; disease; outbreak; Alicante; infection; legislation; health board; healthiness; hygiene; free movement; political regime*

## SUMARIO

**I. Introducción. – II. Epidemia de cólera de 1834. 1.La epidemia en la provincia de Alicante. 2.Algunos estudios médicos de respuesta. 3.Legislación funeraria y cementerial. 4.Valoración de la epidemia en el ámbito nacional. – III. Epidemia de cólera de 1849. 1.Valoración de la epidemia en el ámbito nacional. – IV. Epidemia de cólera de 1854-1855. 1.Brote de 1854. 1.1. Contexto político: El Bienio Progresista. 1.2. Medidas contra el cólera a nivel nacional y provincial. 1.3. La problemática se repite. 1.4. Trinitario González de Quijano. 2.Brote de 1855. 2.1. Nueva normativa, mismo objetivo. 2.2. Valoración de la epidemia en el ámbito nacional. –V. Conclusiones finales. *Bibliografía.***

### I. Introducción

La muerte, como desenlace inevitable asociado a la propia vida es, junto con la enfermedad, un elemento constitutivo de las epidemias. A pesar de ser componentes inalienables a la condición humana, todas estas nociones parecen olvidadas la mayor parte del tiempo en sociedades como la nuestra.

También en el terreno de la historiografía, donde el estudio de las epidemias se ha obviado en muchas ocasiones en favor de otros acontecimientos de distinta índole, a pesar de que estas, como enfermedades que afectan a un gran número de personas en un lugar y tiempo determinado alteran enormemente el normal funcionamiento de las sociedades. Por esta razón podemos afirmar que la historiografía no está verdaderamente completa sin contar con las epidemias, dada las numerosas conexiones de las mismas tanto con los fenómenos sociales, económicos y políticos como por las demás consecuencias que originan (Peset y Peset, 1972).

Partiendo de esta base, es también evidente que la razón de ser de este trabajo se explica fundamentalmente por la actual situación sanitaria que vivimos tras la irrupción de la COVID-19 en nuestras vidas, y que ha originado un cierto renacimiento de la epidemiología histórica. Sin embargo, no es solo esta la motivación la que explica el presente estudio. Nos interesa también la perspectiva politológica, para abordar así la capacidad de gestión y respuesta de las autoridades ante una situación no sólo inesperada, sino también desconocida hasta entonces. Además, el análisis de las relaciones de poder tanto entre los distintos niveles administrativos, como también entre estos y la propia ciudadanía.

En España, distintas epidemias se fueron sucediendo casi sin tregua para sus moradores a lo largo de la historia. Ya en el siglo XIX, procedente originariamente de las riberas y delta del río Ganges, de donde era endémica, llegó el cólera a Europa para acabar adentrándose en nuestras fronteras.

El cólera morbo es una enfermedad infectocontagiosa provocada por la bacteria *Vibrio Cholerae*, la cual provoca alteraciones severas en el funcionamiento intestinal como diarreas, fiebres y vómitos que producen una grave

deshidratación del organismo y que en muchos casos acaba con el fallecimiento de la víctima (Leno-González, 2020: 101). Sin embargo, todo esto no se conocerá hasta finales de siglo, cuando el cólera ya había dejado su impronta a lo largo y ancho de la geografía española.

En nuestro país se produjeron numerosos brotes a lo largo del siglo XIX, aunque con distinta intensidad y duración en función de cada zona. Podemos destacar fundamentalmente tres: el de 1834, 1854-55 y 1884-85, pues fueron los de mayor alcance y trascendencia. Sin embargo, acotaremos el contenido del siguiente trabajo tanto temporal como geográficamente, ciñéndonos a la gestión de las epidemias de cólera de 1834 y 1854-1855, atendiendo a las particularidades de la provincia de Alicante, que son en todo caso perfectamente extrapolables al resto del país, además de la de 1849, a pesar de que este último brote no acabó consumándose en nuestro territorio. Al ser un fenómeno que no atiende a las fronteras, las referencias a nivel nacional no serán sólo inevitables, sino que necesarias.

Para ello haremos una incursión principalmente en las fuentes primarias, testimonios directos de aquellos hechos, custodiados en distintos archivos, así como la prensa de la época, además de la bibliografía académica para enriquecer y contextualizar el contenido de las primeras.

## II.- Epidemia de cólera de 1834

Si bien es cierto que una epidemia nunca es oportuna, sobre todo para quienes la padecen, menos lo fue esta por el contexto en el que nació y se desarrolló. Y es que España llevaba años sumida en el letargo, con un monarca indispuerto e incapaz de alcanzar el orden y la uniformidad en el absolutismo. Las conspiraciones gestadas por el problema sucesorio estallaron irremediamente con la muerte del rey Fernando VII el 29 de septiembre de 1833, dando así comienzo la primera guerra carlista (Bullón de Mendoza, 1992: 3). Este conflicto civil entre españoles acompañaría y condicionaría en muchos aspectos la propia evolución de la pandemia, que poco antes, y aunque de manera más silenciosa, ya había hecho su entrada en nuestro país.

Procedente de las inmediaciones del río Ganges, la enfermedad asiática acabó llegando a Europa, donde hizo acto de presencia en primer lugar en Francia e Inglaterra. De allí pasó a España a través del puerto pontevedrés de Vigo, a causa del desembarco de tropas inglesas en enero de 1833. En Galicia se contuvo el cólera hasta ese mismo verano, cuando ya pasó a Andalucía (Peset y Peset, 1972). Este primer contacto obligó entonces a crear una importante normativa sanitaria al respecto, cuyo ejemplo más destacable fue la Real Orden de 23 de septiembre de 1833<sup>1</sup>.

Sin embargo, la llegada del invierno sosegó la epidemia. De hecho, ya en abril del año siguiente, debido a la tranquilidad imperante y a consecuencia del dictamen de la Junta Suprema de Sanidad, se ordenó la supresión de las juntas de sanidad, a excepción de las provinciales establecidas en las capitales de las

1 Gaceta de Madrid, N°116, 24-9-1833. A pesar de estar enfocada fundamentalmente a atender la alerta sanitaria existente en las regiones de Extremadura y Andalucía, estableció algunas disposiciones que se adoptarán de manera general posteriormente. Entre estas podemos destacar la prohibición de comunicación con los pueblos epidemiados y el establecimiento de cuarentenas de nueve días y expurgos para los transeúntes y bienes procedentes de puntos sospechosos.

aquellas que fuesen litorales o fronterizas, además de la de Jaén y Granada<sup>2</sup>.

No fue así como hasta la llegada del estío, e impulsado por el paso de las tropas isabelinas a lo largo de la península para sofocar las distintas insurrecciones carlistas, cuando verdaderamente se agravó la situación. Y fue precisamente en esas mismas regiones de Andalucía y Extremadura, en las que el cólera se detuvo por última vez, donde se produjeron los primeros grandes estragos de la epidemia. Asimismo, un nuevo foco se originó en Barcelona, debido a la parada de un barco francés con destino a Algeciras (Ayala Pérez, 1975: 47-48). Estalló así el pánico y la alarma que acabarían extendiéndose también al resto de la nación.

### 1. La epidemia en la provincia de Alicante

El clima de alerta, que nunca llegó a relajarse del todo desde la entrada de la terrible enfermedad en España, se agudizó por las sospechas que empezaban a correr por toda la provincia de Alicante<sup>3</sup>. Así pues, las autoridades tomaron partido.

La primera de las medidas fue, lógicamente, determinar la falsedad o veracidad de las informaciones sobre contagio que circulaban por la provincia. Para ello, se organizó una expedición integrada por expertos en la materia con destino a Orihuela, epicentro de las enfermedades que tanto revuelo estaban causando. En función del dictamen de esta se procedería a adoptar las medidas oportunas<sup>4</sup>.

La comisión enviada a la ciudad oriolana, encabezada por el médico cirujano D. Joaquín Lafarga, se propuso examinar las enfermedades sospechosas que llevaban gestándose en la referida localidad y algunos pueblos de su huerta desde primeros de junio. Allí, a pesar de que la mortalidad no excedía de la común en igual mes de los años anteriores, la multiplicación y el agravamiento de los cólicos era imparable. Esto hacía presagiar la presencia de un mal diferente a las enfermedades endémicas estacionales, propias del lugar y la época del año, y a las que estaban ya habituados<sup>5</sup>.

La experiencia acumulada por el azote del cólera en otros lugares de Europa, pero también en España, con los numerosos diagnósticos y descripciones de la misma por parte de algunos expertos, facilitaba en parte la identificación de la misma, aún extraña para la mayoría de los facultativos. Y efectivamente, según el oficio del comisionado remitido a las autoridades, algunas especialidades en la sintomatología y evolución de los enfermos parecían indicar a todas luces la presencia del cólera-morbo. De esta manera, los rumores se convirtieron en certezas: la provincia de Alicante había sido invadida<sup>6</sup>.

---

2 Boletín Oficial de la Provincia de Alicante (en adelante BOPA) N°5, 16-4-1834. Se ordenó la supresión tanto de las juntas locales como provinciales, a excepción de los casos mencionados. A partir de entonces sus funciones serían desempeñadas por los ayuntamientos bajo los órdenes de los subdelegados de fomento, por haberse relajado la alerta de riesgo sanitario y consecuentemente la actividad de estos organismos.

3 BOPA N°23, 18-6-1834. De hecho, ya en este Boletín, se insertaba casi de manera premonitoria el *Método curativo del cólera-morbo por el Licenciado Pedro Vázquez*. Redactado en noviembre de 1833, y atendiendo a la experiencia de la enfermedad ya en amplias zonas de España, pone en acento en la importancia de actuar con celeridad. Además, basa el método en "promover los vómitos y despeños" y en la necesidad de ir bebiendo mucha agua.

4 BOPA N°24, 22-6-1834.

5 BOPA N°24, 22-6-1834.

6 BOPA N°24, 22-6-1834.

En consecuencia, una vez confirmada la aparición del cólera, y al amparo del Real Decreto del 27 de marzo anterior, quedó instalada la Junta Superior de Sanidad de la Provincia de Alicante. Su primera resolución estuvo dirigida a las Juntas de sanidad municipales y ayuntamientos de la provincia. Enfocada a erradicar la enfermedad en aquellos puntos donde ya había aparecido y preservar aquellos donde aún no lo había hecho declaró, por un lado, oficialmente en estado de contagio la ciudad de Orihuela y las villas de Rafal, Callosa de Segura, Cox, Bigastro y La Granja; por el otro, recordó el más puntual y exacto cumplimiento de la circular de 23 de septiembre de 1833 relativa a sanidad antes mencionada. De esta manera, se ordenó el establecimiento de un acordonamiento militar en torno a las citadas localidades, además de levantar otro cordón, a modo de línea de observación, de seis a ocho leguas más allá del primero<sup>7</sup>.

Para tratar de mitigar los posibles efectos adversos del acordonamiento se recordó, además, la imposibilidad de impedir el comercio con los pueblos situados entre el cordón sanitario y la línea de observación. Y es que a pesar de que como regla general estuviese prohibida la comunicación entre los municipios libres de contagio y los puntos atacados, las localidades integradas dentro del radio de observación, es decir, las que se encontraban entre el cordón militar y la línea de observación, y si ningún motivo fundado de contagio, podían comerciar con el resto que estuvieran en la misma situación. En todo caso, se marcaron los puestos para recibir los víveres y auxilios, a modo de mercados para abastecer tanto a los puntos epidemiados como a los sospechosos. Sin embargo, para cruzar la línea de observación sí que debían realizarse las oportunas cuarentenas en las casas de observación provisionales establecidas para tal efecto<sup>8</sup>.

Además, el gobernador civil de la provincia, conociendo la limitación de las arcas municipales, mandó abrir en todos los pueblos, excepto en los epidemiados, fondos de suscripciones voluntarias. De esta manera, se buscaba alentar la generosidad de los particulares para que proporcionaran dinero, víveres o efectos para auxilio de los contagiados como medio más eficaz para impedir el progreso de la enfermedad<sup>9</sup>.

A partir de entonces, para contar con un fiel seguimiento del progreso de la epidemia, se irá insertando en cada Boletín el listado de los pueblos contagiados, sospechosos o en observación, además del estado y número de invadidos en cada municipio, con el fin de informar del estado sanitario de la provincia al resto y poder tomar las decisiones necesarias.

Sin embargo, a pesar de haber adoptado medidas en primera instancia, no fue posible contener la enfermedad. Transcurridos menos de diez días desde la declaración oficial de contagio en algunos puntos de la Provincia, a fecha de 28 de junio, la situación epidemiológica había empeorado notablemente. De las localidades contagiadas de Orihuela, Rafal, Callosa, Cox, Bigastro y La Granja, en donde la situación era desesperante, la enfermedad se había extendido ya también a Benejúzar, Albatera, Dolores y Catral. Además, los términos circundantes a éstos de Torre Vieja, La Mata, Guardamar, Santa Pola, Rojales, San

7 BOPA N°24, 22-6-1834.

8 Gaceta de Madrid N°116, 24-9-1833. Las casas de observación eran los cortijos o viviendas aisladas usadas para hospedar a los transeúntes procedentes de puntos sospechosos, los cuales debían guardar cuarentena allí los días necesarios para asegurarse libres de toda enfermedad. Los lazaretos, aunque básicamente con la misma función, estaban más preparados para tratarlas y no solo detectarlas.

9 BOPA N°24, 22-6-1834. Se animó a la creación de estos fondos caritativos para ayudar a los pueblos epidemiados.

Fulgencio, Elche, Crevillente, Las Nieves (Hondón), Aspe, La Romana (Novelda) y Pinoso, situados entre el cordón sanitario y la línea continuaban en estado de observación<sup>10</sup>.

Consecuentemente, la falta de profesores de medicina para atender a los enfermos obligó también a la Junta Provincial de Sanidad a animar a todos los facultativos disponibles a acudir a la zona, prometiéndoles remuneraciones y demás consideraciones acordes a tan noble acto de humanidad. Asimismo, además de mantener el acordonamiento militar y demás medidas anteriormente adoptadas, la Junta Provincial ordenó prevenir de manera muy estricta los desembarcos clandestinos en los municipios costeros de la provincia, para así evitar que se produjese otro frente epidémico por el litoral<sup>11</sup>.

De manera paralela, también las autoridades locales desarrollaron sus competencias y actividad. Las Juntas municipales de sanidad, advertidas de estas informaciones y cumpliendo con la legislación vigente, empezaron a establecer apostaderos en aquellos puntos colindantes con las poblaciones contagiadas. Cada uno de estos debía contar con al menos un individuo competente que supiera leer y escribir, para así comprobar adecuadamente las papeletas de sanidad que presentasen los transeúntes. Estos documentos sanitarios, requisito indispensable para admitir la entrada en el término, debían de contener tanto la firma, como fecha y origen del portador. Por tanto, también debía de contarse en los apostaderos de información actualizada de los puntos contagiados para así impedir la entrada de los individuos procedentes de los mismos.

Para las autoridades sanitarias se hacía necesario disponer de puntos, principalmente cortijos o casas aisladas, con la finalidad de alojar provisionalmente a los individuos sospechosos para que guardaran allí la oportuna cuarentena. Estas precauciones no sólo se tomaron en cuanto a los individuos forasteros procedentes de puntos sospechosos, sino que además, se decretó para los naturales la obligación de presentarse ante el Presidente de la Junta cuando se ausentaran del pueblo por más de dos días<sup>12</sup>. En muchas ocasiones estas instalaciones no se ajustaban totalmente a las recomendaciones sanitarias hechas por las autoridades, al no contar con todos los auxilios y útiles necesarios tanto para el diagnóstico como para la manutención de los examinados y personal asociado.

Tal fue el avance de la situación, que también la ciudad de Alicante empezó a blindarse sobremanera para evitar ser contagiada. Como cabeza de la provincia, y dado el estado sanitario tanto de la misma como de los pueblos circundantes a la capital, la posibilidad de invasión era muy alta. La primera de las decisiones en la capital provincial fue la creación de un fondo de beneficencia recaudado por suscripciones populares voluntarias, como previsión fundamental para poder sufragar los gastos derivados de la prevención o el contagio<sup>13</sup>. Las personas más pudientes de la ciudad fueron los encargados tanto de alimentar los fondos como de crear una comisión directiva encargada de administrarlos de la manera más eficaz<sup>14</sup>. Más adelante, producida la invasión de Novelda y Elche, dada la

---

10 BOPA N°26, 29-6-1834.

11 BOPA N°26, 29-6-1834.

12 Archivo Municipal de Pinoso (en adelante AMPIN), Acta de la Junta de Sanidad, 4-7-1834. En esta se recuerda también el deber de los guardias urbanos de presentarse puntualmente en sus puestos y la obligación de sacar a los cerdos fuera de la población, sota pena de cuatro y diez reales de vellón respectivamente.

13 En este caso ya para atender a la propia población, no como el anterior destinado al amparo del resto.

14 BOPA N°30, 13-7-1834.

cercanía, se tomaron medidas aún más contundentes. Se acordonó la ciudad estableciendo una línea de observación que interrumpiera la libre circulación con los puntos contagiados y se fijaron además distintos puntos a modo de lazaretos y de mercados para regular el comercio<sup>15</sup>.

A pesar de ello, la insuficiencia de recursos de los municipios para hacer frente a la situación dificultó la labor de los mismos, y obligó a las autoridades provinciales a aclarar los métodos más adecuados para la financiación de los gastos derivados del cólera. Ante las repetidas demandas de auxilio, se permitió a las autoridades locales recurrir a gran diversidad de fondos municipales, en un inicio destinados a otros cometidos, para hacer frente a estos gastos. Se autorizó así acudir a los fondos de pósitos, propios y policía urbana, entre otros, para intentar paliar este problema endémico de los entes locales. Eso sí, bajo una serie de circunstancias entre las que se encontraba la imposibilidad taxativa de desviar los fondos derivados de derechos reales. Se estableció, además, de manera excepcional, la posibilidad de autorizar los arbitrios como fuente de financiación. En todo caso se recalca que deberían ser las suscripciones voluntarias, a imitación de la capital provincial, las principales modalidades de respuesta<sup>16</sup>.

No obstante, ya desde un inicio, no tardó en aparecer un temor exagerado. Las personas más acomodadas tanto de los lugares contagiados como de los que no lo estaban emigraron hacia otros que creían más seguros. A estos se le añadieron en numerosas ocasiones facultativos e incluso los integrantes de las corporaciones municipales, invadidos por el temor. Además, el estado de alarma provocó en muchos casos actuaciones negligentes por parte de las autoridades locales, como la incomunicación de algunos municipios de manera infundada, contradiciendo así la vigente legislación sanitaria, pues el tráfico y comunicación debían ser absolutamente libres dentro de la línea de observación<sup>17</sup>.

Por ende, la relación entre las autoridades provinciales y municipales fue tensionándose a medida que la situación sanitaria se agravaba. Además, a pesar de que desde el Gobierno provincial se facilitó a las juntas municipales los medios de envío de los partes sanitarios que estas estaban obligadas a mandar, muchas de ellas desoyeron sus deberes<sup>18</sup>.

El envío periódico de los partes sanitarios, en los que se debía incluir tanto el número de invadidos, como el de curados y fallecidos, además de la fecha correspondiente, servía para llevar un recuento oficial del número de afectados, además de para informar al resto de municipios a través de su inserción en el respectivo boletín oficial. Este incumplimiento en el deber de mandar parte semanal del estado de salud llevó a las autoridades a establecer multas para aquellas juntas municipales que no lo hiciesen, con el fin de corregir esta conducta<sup>19</sup>.

Pero aún así, el desacato de la normativa y legislación sanitaria continuó y, de hecho, no se restringió únicamente a este aspecto. El excesivo celo y arbitrariedad ejercido desde las administraciones locales para gestionar la situación sanitaria causó numerosos perjuicios de unos pueblos sobre otros. Y como

15 BOPA N°34, 27-7-1834. Insertas en el suplemento al mismo, se recogió también la posibilidad de retorno a la ciudad de Alicante de sus naturales en el término de tres días.

16 BOPA N°32, 20-7-1834, y BOPA N°34, 27-7-1834. Además, se reclama por parte de las autoridades provinciales a los municipios una relación de los fondos existentes en cada uno, para poder controlar así mejor la gestión de los mismos.

17 BOPA N°24, 22-6-1834.

18 BOPA N°39, 13-8-1834.

19 BOPA N°35, 30-7-1834.

ya hemos comentado, la obstrucción del libre comercio y el acaparamiento de víveres, entre otras actuaciones, promovieron las fuertes rivalidades entre unos y otros municipios, además de un efecto de imitación que llevó a un caos administrativo total.

Por consiguiente, la Junta Provincial de Sanidad, prevenida por numerosos particulares y corporaciones municipales de estos comportamientos, se vio en la obligación de dar un toque de atención a las juntas municipales, advirtiéndolas del deber de dar cumplimiento a las disposiciones vigentes<sup>20</sup>. Aun así, esta situación llevó finalmente a tomar una decisión trascendental: la disolución de los cordones sanitarios.

A pesar de que se consideraron de lo más oportuno en los inicios de la epidemia, para así evitar la expansión de la enfermedad, esta medida, que ya había sido usada en tiempos pretéritos, acabó por considerarse ineficaz a la par que contraproducente. Las autoridades consideraron “que siendo inútil para evitar la transmisión del mal de unas localidades a otras, causa evidentes y trascendentales perjuicios paralizando el tráfico, e imposibilitando el abastecimiento de comestibles condena a los pueblos, por evitar un mal dudoso, a sufrir los seguros e inevitables que nacen de la escasez y la miseria, aumenta las víctimas de la enfermedad, y produce finalmente la ruina de la fortuna pública, extendiendo las consecuencias de la epidemia aún a los pueblos que no la padecen”<sup>21</sup>.

Así, a través de la Real Orden del 24 de agosto, en la que se recogieron las disposiciones más oportunas al respecto por parte de la Junta Suprema de Sanidad del Reino, se resolvió disolver todos los cordones que habían sido establecidos con objeto de impedir la propagación del cólera, debiéndose restablecer así las comunicaciones interiores en toda la extensión que tenían antes de formarse. Las autoridades, además de hacer guardar la libre circulación, no deberían relajar el resto de medidas higiénicas que previniesen de la enfermedad<sup>22</sup>.

De hecho, esta medida ya había sido tomada anteriormente, pero de manera más focalizada, cuando se ordenó levantar el cordón sanitario que protegía la ciudad de Alicante del contagio después de la aparición de enfermedades sospechosas en la misma<sup>23</sup>.

Podemos pensar que esta decisión acabó de sentenciar a aquellas zonas aún libres de cólera de la invasión. La falta de transparencia, consecuencia de la dejadez y del recelo de los distintos consistorios por anunciarse contagiados, se acabó extendiéndose también a la provincia. A pesar de que la epidemia no acabaría extinguiéndose hasta finales de año, la información al respecto en los boletines oficiales iría mermando progresivamente bastante antes.

Por último, debemos mencionar también que, aunque su propia naturaleza epidémica hace que se mitigue por el propio paso del tiempo, fue necesario establecer un criterio común para no declarar precipitadamente una zona libre de la enfermedad. El protocolo estructurado por las propias autoridades sanitarias prevenía esperar siete días sin registrar ningún caso para poder celebrar los procedentes ritos religiosos de acción de gracias<sup>24</sup>. Este plazo se estableció precisamente para evitar que las poblaciones se adelantasen a cantar el *Te*

---

20 BOPA Nº36, 3-8-1834. Se advirtió especialmente, de nuevo, dar un estricto cumplimiento del artículo 4 de la circular del 20 de junio, el cual imposibilitaba a los pueblos a comunicarse con otros sin motivos verdaderamente fundados.

21 BOPA Nº45, 3-9-1834.

22 BOPA Nº45, 3-9-1834.

23 BOPA Nº42, 24-7-1834.

24 BOPA Nº38, 10-8-1834.

*Deum*, como símbolo y consecuencia de desesperación, precipitándose así para poder restablecer la normalidad sin estar verdaderamente libres de la enfermedad (Martín Tardío, 2004: 43).

Sin embargo, esto no era suficiente, pues también se estableció la obligatoriedad de mantener un severo estado de vigilancia de cuarenta días siguientes a la declaración de extinta, aplicándose durante estas medidas preventivas como pueden ser fumigaciones o expurgos, entre otros. Como hemos comentado, después de todo esto ya podría restablecerse de nuevo la total y libre comunicación con otros puntos<sup>25</sup>.

De hecho, se prohibió el retorno de los moradores que huyeron de la epidemia hasta que no se declarase extinta definitivamente, no tanto por el peligro de reintroducción de la epidemia, sino por el contagio de los recién retornados<sup>26</sup>. Estas recomendaciones, pensadas para evitar posibles casos de rebrotes, que sobre todo podrían producirse en las grandes urbes, pretendían frenar las medidas precipitadas que podrían ser contraproducentes.

## 2. Algunos estudios médicos de respuesta

Alternados entre todas estas informaciones, se fueron insertando en los boletines oficiales diversos planes y métodos curativos basados en la breve experiencia adquirida en las zonas que padecieron los albores de esta epidemia. Algunos de ellos, como el *Plan curativo contra el cólera-morbo, por D. Manuel Alarcón, médico de la ciudad de Murcia, que se observa en la Villa de los Dolores con el más feliz éxito*<sup>27</sup>, el *Plan curativo contra el cólera-morbo, por D. Tomás Guillem, médico de Callosa de Segura, en donde lo observa con el más feliz resultado*<sup>28</sup>, o el *Plan curativo contra el cólera-morbo, por el médico D. Mariano Fernández, natural de esta ciudad y su domicilio en la de Orihuela, en donde lo observa con el más feliz resultado*<sup>29</sup> fueron elaborados por los propios facultativos que ejercían en los lugares contagiados, de manera más o menos rudimentaria, pero desde luego con un espíritu muy autodidacta. También curiosa es la observación realizada por el párroco Antonio Aguilar en el lugar de Rafal, en donde al no existir médico fue el cura el encargado de asistir a los enfermos. El cual ya desde inicios de junio se encargó de estudiar minuciosamente el progreso del estado de los enfermos, para así dar parte de la evolución de los mismos<sup>30</sup>.

En cualquier caso, todas estas evaluaciones establecieron diversidad de criterios de diagnóstico, además de gran variedad de remedios, lo cual creó cierta confusión y una falsa sensación de seguridad y mejoría en el control de la epidemia colérica, en un intento a la desesperada por encontrar soluciones a esta situación que ya era insostenible.

Debemos de nombrar también de manera inexcusable uno de los remedios más revolucionarios, sino el que más, para el tratamiento del cólera que se desarrolló en la presente epidemia. Hablamos del uso de los conocidos como polvos de viboreras, polvos de Jijona o simplemente viboreras.

25 Evidentemente, este punto se consideró antes de la decisión de levantamiento de los cordones sanitarios, donde sí que tenía pleno sentido.

26 Ya que de hecho no acabó de considerarse una enfermedad contagiosa, sino más bien de contaminación ambiental, de ahí la focalización en las medidas higiénicas.

27 BOPA N°29, 9-7-1834.

28 BOPA N°30, 13-7-1834.

29 BOPA N°31, 16-7-1834.

30 BOPA N°30, 13-7-1834.

Ya desde tiempos inmemoriales, la planta de la viborera, muy abundante en todo el sudeste peninsular, era utilizada para tratar las mordeduras de víboras, además de para la rabia espontánea que padecían los animales. Con la aparición del cólera morbo en la zona, un grupo de facultativos murcianos desarrolló una composición basada en este remedio tradicional para afrontar la terrible enfermedad con la que lidiaban. Este nuevo fármaco estaba integrado por una mezcla de diferentes plantas secadas y molidas para convertirlas en polvo, entre las que se encontraban, además de la viborera como elemento esencial, el cardo corredor, el aliso espinoso, y la melisa, principalmente. Estos polvos, después de tamizados, se suministraban al enfermo diluidos en agua sola, con té o flor de malvas, previa depuración del colérico a través de vómitos provocados<sup>31</sup>.

Después de los ensayos realizados en Murcia, en más de una veintena de casos de períodos distintos de cólera morbo, se confirmaron los buenos resultados que producía este remedio (Ayala Pérez, 1975: 52-54)<sup>32</sup>. Consecuentemente, éste se hizo muy popular, siendo recomendado incluso desde la Junta Provincial de Sanidad de Alicante, la cual instaba a los facultativos de los pueblos contagiados su suministro a los enfermos<sup>33</sup>.

Asimismo, podemos citar otro remedio curioso que se propuso, y que además se utilizó, para tratar de mitigar los síntomas del cólera: el opio. También como el anterior, usado desde tiempos remotos, sus propiedades sedativas y calmantes se consideraron convenientes para atajar las alteraciones producidas en el sistema nervioso, como agitaciones, espasmos y convulsiones, que provocaba el cólera morbo en los contagiados. Ahora bien, se alertó de la peligrosidad de su uso indiscriminado, pues podía ser dañoso en determinadas ocasiones<sup>34</sup>.

### 3. Legislación funeraria y cementerial

A los fallecidos van ligadas irremediablemente las inhumaciones. Ya desde finales del siglo XVIII una de las mayores preocupaciones de la Corona española en materia de salubridad fue el traslado de los enterramientos desde los cementerios parroquiales a otros extramuros. Realizados en el interior de los templos primero, y en sus camposantos lindantes después, estos sepelios suponían un atentado y un peligro contra la salud de los habitantes de los municipios, dado que normalmente las parroquias se encuentran dentro del casco urbano. Esta realidad preocupó enormemente a los reformistas ilustrados, pues el higienismo de la época achacaba a las condiciones ambientales producidas por esta situación la aparición y extensión de enfermedades y epidemias (Brel Cachón, 1999: 155-169).

La emisión de la Real Cédula de 3 de abril de 1787, dictada por Carlos III, fue la precursora en legislación sanitaria en materia de enterramientos. En esta se dispuso la construcción improrrogable de cementerios a las afueras de las poblaciones, en sitios ventilados y distantes de las casas de los vecinos, evidenciando así el riesgo para la salud pública que acarrearían los procedimientos funerarios practicados hasta entonces. Se trata, por tanto, de la primera indicación sobre construcción de recintos dedicados específicamente a la recepción de cadáveres, restringiendo así enormemente el derecho de inhumación en los

---

31 BOPA N°39, 13-8-1834.

32 De hecho, la propia regente, María Cristina, pide que se le remitan una buena porción de esos polvos dados los buenos resultados obtenidos en su aplicación.

33 BOPA N°39, 13-8-1834.

34 BOPA N°43, 27-8-1834.

templos. En ella se percibe inconfundiblemente la relevancia dada al componente confesional. El papel de la Iglesia en esta transición, aunque en colaboración con el brazo civil, es fundamental pues los nuevos recintos dependerían de las parroquias, y los ritos empleados serían los establecidos por el dogma católico (Nistal, 1996: 29-53).

A partir de entonces, distintas normas legales en materia sanitaria siguieron a esta, y aunque con variaciones a lo largo del tiempo, manteniendo los mismos objetivos fundamentales e instando de manera repetitiva a las distintas administraciones para su cumplimiento. Sin embargo, el acatamiento de las mismas se dilató mucho en el tiempo, de hecho, hasta bien entrado el siglo XIX no se generalizó el uso de cementerios extramuros en el territorio nacional. Las causas del retraso en la aplicación de estas disposiciones fueron muy diversas, aunque esencialmente se debieron a razones económicas, por la limitada capacidad presupuestaria de las administraciones municipales y de las parroquias, y por las resistencias y recelo de los feligreses a ser enterrados fuera de los templos, abandonando así sus tan arraigadas costumbres (Santonja Cardona, 1999: 33-37).

De hecho, fue precisamente el temor a las epidemias coléricas lo que impulsó de nuevo la construcción de cementerios a nivel nacional. De esta manera podemos ver como la reiteración de las disposiciones sanitarias sobre cementerios coinciden en el tiempo con las epidemias más graves (Brel Cachón, 1999: 167-168). Ejemplo de esto es la circular inserta en el Boletín Oficial de la Provincia de 6 de abril de 1834, la cual recordaba la Real Orden de 25 de septiembre anterior, referente a la más puntual observancia en la construcción de cementerios atendiendo, a su vez, a las reales órdenes ya vigentes, encomendando así a los subdelegados de Fomento de cada provincia la obligación de hacerlas cumplir<sup>35</sup>.

#### 4. Valoración de la epidemia en el ámbito nacional

A pesar de que desde las autoridades se pretendiese infravalorar los efectos de la epidemia, sobre todo cuando esta ya había avanzado enormemente, las consecuencias de la misma fueron terribles. Aunque los cálculos arrojaron unas cifras de unos 100.000 fallecidos por cólera en la epidemia de 1833-1835 en el conjunto de España (González de Sámano, 1858: 484), según estudios más recientes, el número estimado de muertos podría triplicar este valor, llegando a superar las 300.000 víctimas mortales. Variación comprensible dadas las circunstancias antes nombradas<sup>36</sup> y la propia falta de estadísticas oficiales y estudios a nivel nacional para esta epidemia (Lozano Allueva, 2015: 5).

A nivel nacional, la afección por zonas, atendiendo al profesor Nadal (1971), quizá pueda ponerse en primer lugar, de mayor a menor número de invadidos, a la provincia de Granada, seguida por las de Málaga, Valladolid, Murcia, Sevilla, Alicante y Jaén, lo cual sitúa a la nuestra en un sexto lugar nacional de mortalidad epidémica. Podemos en cierta medida llegar a comprender la magnitud de la desgracia en nuestro territorio cuando por parte de las autoridades provinciales se prohibió el uso de campanas, para que los toques a muerto “no causen impresiones tristes y perjudiciales en los sanos”<sup>37</sup>.

35 BOPA Nº2, 6-4-1834. Se pide, además, por parte del subdelegado de Fomento de Alicante, una relación del estado del cementerio a cada Ayuntamiento de los que integran la provincia.

36 Fundamentalmente de medios y transparencia.

37 BOPA Nº45, 3-9-1834. De hecho, desde las autoridades provinciales, cuando se decretó la disolución de los cordones, llegó a afirmarse del cólera que “es de las menos horribles que

Aún dadas estas diferencias, la tasa de letalidad<sup>38</sup> no varió demasiado entre ellas, situándose entre el 20 y el 30%. También todas cercanas a la media nacional, cuya tasa de letalidad fue del 22,82%, considerando a los cerca de 450.000 invadidos en todo el territorio español. Aunque como ya hemos dicho, estos datos coetáneos debemos considerarlos con precaución, dados los errores e imprecisiones que encontramos en los mismos.

PROVINCIA	Nº INVADIDOS	Nº CURADOS	Nº FALLECIDOS	TASA LETALIDAD
GRANADA	68.090	53.667	14.423	21,18
MÁLAGA	32.368	24.295	8.073	24,94
VALLADOLID	24.604	17.492	7.112	28,91
MURCIA	27.862	21.006	6.856	24,61
SEVILLA	24.203	17.635	6.568	27,14
<b>ALICANTE</b>	<b>27.974</b>	<b>21.428</b>	<b>6.546</b>	<b>23,40</b>
JAÉN	24.724	19.694	6.014	24,32

Tabla 2. Datos estadísticos del cólera-morbo de 1834 en las provincias más afectadas, según Nadal<sup>39</sup>.

Esta primera epidemia de cólera en España, comprendida en toda su plenitud desde 1833 —con los primeros casos en zonas como Galicia o Andalucía— hasta principios de 1835 —cuando la misma dio sus últimos coletazos en Cáceres—, dejó notar su paso por casi todo el territorio nacional (Martín Tardío, 2004: 43).

El propio facultativo que confirmó la aparición del cólera en Orihuela, y consecuentemente en la provincia de Alicante, D. Joaquin Lafarga, realizó junto a D. Juan Bautista, un año después de los sucesos, una valoración retrospectiva de la epidemia en nuestra provincia. Destacaremos de esta reflexión una serie de puntos determinantes para conocer verdaderamente la impronta de esta epidemia y, sobre todo, las consecuencias o conclusiones que se extraen de la misma<sup>40</sup>.

Por un lado, se destaca la intensidad y alcance del cólera, ya que, a pesar de lo apacible en lo sanitario de los años 1833 y 1834, con la entrada de la epidemia en la provincia a mediados de este último, logró alcanzar en su recorrido a la mayor parte de los municipios, quedando muy pocos pueblos sin invadir<sup>41</sup>. Destacando la llegada del cólera a la capital alicantina el 18 de agosto<sup>42</sup> a través del barrio de San Antón, a extramuros de la ciudad, de donde ya pasó a la urbe.

ha afligido a la especie humana”, dudando de la letalidad de la misma, asegurando que solo lleva a estados graves en “los pusilánimes, en los débiles y en los achacosos y en aquellos que por su género de vida destruyen o vician su naturaleza”.

38 Es decir, el cociente entre el número de fallecimientos a causa de una determinada enfermedad en un período de tiempo y el número de afectados por esa misma enfermedad en ese mismo período.

39 De elaboración propia a partir de los distintos números de la Gaceta de Madrid de los meses de marzo a septiembre de 1835.

40 Gaceta de Madrid, N°74, 15-3- 1835.

41 En los recuentos estadísticos de la Gaceta de Madrid se habla de la invasión de 83 pueblos en la provincia, pero como decíamos, esto es un número de partida, pues municipios como Pinoso a pesar de haber sido alcanzadas por la epidemia no aparecen en el recuento.

42 Fecha muy discutida, pues ya se habla de ciertas enfermedades sospechosas a finales de julio, y en la propia estadística provincial de la Gaceta de Madrid, se establece como fecha de inicio el 2 de agosto.

Por el otro, destacan unas conclusiones respecto a la afectación de la misma. En primer lugar, que esta produce mayor mortandad cuando menores son los recursos. Es decir, que el cólera afecta en mayor medida a aquellos más pobres: con menos capacidad y medios para emigrar, y normalmente en condiciones de hacinamiento e insalubridad que propician su contagio y dificultan su recuperación. En segundo lugar, que las medidas aislacionistas tomadas, es decir, el doble cordón sanitario que se creó en torno a las zonas epidemiadas, no sirvió para preservar a los demás pueblos del azote del cólera. De ahí a que dictaminen que la clave para evitar la expansión de la epidemia son las reglas de higiene públicas y privadas<sup>43</sup>. Aunque paradójicamente, son ellos mismos quienes a su vez reconocen su desconocimiento de las causas que producen el desarrollo, intensidad, mortandad y prolongación de esta epidemia<sup>44</sup>.

### III. Epidemia de cólera de 1849

Aunque ya en 1847 se previno la creación de las Juntas de Sanidad provinciales, de partido, y municipales marítimas para circunstancias ordinarias<sup>45</sup>, los avisos y noticias sobre la presencia del cólera en el norte de Europa llevaron a las autoridades a tomar las pertinentes medidas.

Concretamente, la Real Orden de 18 de enero de 1849, ante la amenaza de invasión, articuló y estableció una serie de directrices para activar la pronta organización y funcionamiento de las juntas de sanidad. Concretamente, dispuso la creación de juntas municipales de sanidad allí donde no existiesen. Además, precisó su composición y funciones de acuerdo con la categoría de las mismas<sup>46</sup>.

Inmediatamente a continuación de esta Real Orden, coincidiendo en fecha con esta, se insertó en el Boletín Oficial otra en relación con la naturaleza de las medidas que se debían adoptar. Basándose en la experiencia adquirida en la epidemia anterior, y vistas las nefastas consecuencias que originó el sistema de aislamiento de los cordones sanitarios, pues no sólo impidió el avance de la epidemia, sino que produjo numerosos problemas de abastecimiento en muchas localidades, se tomaron las consiguientes decisiones. Por un lado, se prohibió el establecimiento de cordones, lazaretos, casas u otros establecimientos aisladores de los coléricos aún con la aparición del cólera en los países vecinos de Francia o Portugal, e incluso con el propio contagio de nuestra nación. Por el otro, se instó a las autoridades a desarrollar e implantar las medidas higiénicas oportunas, pues según esta disposición, podrían evitarse las fatales consecuencias que produce el cólera morbo a través "del aseo y buen régimen"<sup>47</sup>. De hecho, en esos mismos años, numerosos expertos y estudiosos de esta enfermedad afirmaron rotundamente que, en el caso del cólera, el tema del abastecimiento del agua era totalmente esencial (Serrallonga Urquidi, 1996: 10).

43 Como ya habíamos dicho, aún no se consideraba el cólera una enfermedad contagiosa como tal, sino debidas a la contaminación del ambiente. Aunque en cierta medida, esta conclusión acabará derivando en la otra.

44 Gaceta de Madrid N°74, 15-3-1835.

45 A través del Real Decreto de 11-3-1847.

46 Gaceta de Madrid N°5246, 23-1-1849. Es decir, en función de si fuesen municipales ordinarias, de partido, provinciales, etc. Esta categorización se establecía principalmente en función del número de habitantes, aunque evidentemente también por el rango administrativo-organizativo que ostentase cada población previamente.

47 Gaceta de Madrid, N°5246, 23-1-1849.

Respecto a las comisiones de salubridad permanentes, aunque concebidas en un inicio para los municipios de más de 20.000 habitantes, se contempló también la posibilidad de crearlas allá donde las circunstancias lo permitieran. La primera función de estas debía ser la de componer un informe en el que se expusiese todas las posibles causas y elementos de insalubridad de toda especie que existieran en la población o su término, sobre todo las relacionadas con las aguas corrientes o estancadas y materias animales en estado de putrefacción como en los vertederos. Pero, además, también debía controlar otros lugares propensos a la insalubridad, como los edificios donde se reuniese mucha gente, como eran los cuarteles, mercados de abastos, fábricas o incluso los teatros. Este informe debía remitirse a la junta de sanidad del partido correspondiente, para así tomar las medidas más oportunas para mejorar la salubridad de todos estos focos de infección<sup>48</sup>.

Además, entre las medidas más extendidas adoptadas por los consistorios encontramos los drenajes y limpiezas frecuentes de balsas y acequias, para prevenir la proliferación de olores en las aguas estancadas. También se regularizaron los traslados de los residuos potencialmente insalubres generados por las fábricas, carnicerías y demás establecimientos de los municipios. Estos desechos debían trasladarse de noche a un punto lo suficientemente lejano para que no perjudicase a la población, donde se cubrirían con tierra, evitando especialmente su remoción. Igual procedimiento se estableció para los estiércoles producidos por los animales<sup>49</sup>.

Como podemos observar, todas estas disposiciones tenían un denominador común: la eliminación de olores y demás sustancias que corrompiesen el aire. Y no es casualidad, pues las medidas sanitarias de la época derivan en gran medida o se ven influenciadas por la teoría miasmática de la enfermedad. Esta defendía que la transmisión de ciertas enfermedades como el cólera se debía a la inhalación de miasmas, es decir, esas pequeñas partículas invisibles procedentes de la descomposición de materias orgánicas que se encontraban en el ambiente y que alteraban el equilibrio del mismo. Por tanto, el objetivo debía ser el control o eliminación de aquellos focos donde se originaran las miasmas, tales como aguas estancadas o estercoleros, para evitar la contaminación del aire (Latorre Zacarés, 2014: 214-215).

## 1. Valoración de la epidemia en el ámbito nacional

El cólera, aunque finalmente acabó originando algunos focos aislados en España, como en Santoña o Valencia, fueron todos ellos esporádicos y sin grandes consecuencias (Martín Tardío, 2004:36). De hecho, como nos cuentan valoraciones posteriores, en este caso atendiendo a la provincia de Alicante, la acción de las autoridades fue rápida y eficaz. El Gobierno desplegó toda su actividad, proveyendo a los municipios y sus juntas tanto de los recursos como de las directrices necesarias para afrontar la situación sanitaria. Todo esto ayudó decisivamente a que se evitase la expansión de la epidemia colérica<sup>50</sup>.

En definitiva, aunque este brote supuso más un aviso que una epidemia en sí, tanto la actividad legislativa como el conjunto de las actuaciones de las autoridades sirve como ejemplo de previsión y buena gestión, además de como

---

48 Gaceta de Madrid N°5246, 23-1-1849.

49 AMPIN, Acta de la Junta de Sanidad, 30-6-1849.

50 El Vapor, periódico de intereses generales, 9-8-1859.

premisa y contrapunto para el análisis de los brotes coléricos que le sucederán y que a continuación analizaremos.

#### IV. Epidemia de cólera de 1854-1855

##### 1. Brote de 1854

Veinte años después de su primera aparición, a principios de noviembre de 1853, y de nuevo por Galicia, volvió a adentrarse el cólera en nuestras fronteras. También se repitió el medio a través del cual se introdujo en España, pues fue el vapor *Isabel la Católica*, el cual fondeó en la playa de Vigo, el que importó el cólera una vez más a nuestro país (Peset y Peset, 1972).

Según la Junta de Sanidad del propio puerto, este barco de guerra traía a bordo tres enfermos de cólera morbo asiático. Estos fueron dirigidos inmediatamente al lazareto vigués, no obstante, fue imposible contener a la enfermedad (González de Sámano, 1858: 280). Las siguientes semanas se fue extendiendo primero por las localidades vecinas, y luego por el resto de la provincia de Pontevedra. Aun así, el mal no fue a mayores, ya que la llegada del invierno apaciguó la enfermedad. Todo parecía indicar, por el lento progreso del cólera, que este acabaría desapareciendo rápidamente. Sin embargo, no fue así (Hauser, 1887: 193-194).

Previendo lo que podría suceder, ya a principios de 1854, dada la situación sanitaria por la que atravesaban algunos países cercanos, el gobierno advirtió a las autoridades provinciales y locales el más estricto cumplimiento de las disposiciones recogidas en la Real Orden de 18 de enero de 1849, a la que ya hemos hecho mención anteriormente (Martín Tardío, 2004: 36-37).

Desgraciadamente la enfermedad se revitalizó en Galicia, donde en mayo aparecieron numerosos casos en una fragata que se disponía a embarcar en Vigo rumbo a las Antillas. Por otra parte, ya en julio, el germen colérico fue importado desde Marsella hasta Barcelona, extendiéndose desde allí a todo el litoral mediterráneo (Peset y Peset, 1972: 217). Este nuevo foco sería el que acabaría afectando a la provincia de Alicante. Invadida la capital a principios de agosto, no tardó en propagarse a otros municipios de la provincia, tanto a los del litoral como a los del interior. De aquí pasó a las limítrofes de Murcia, Albacete y Valencia (Hauser, 1887: 195).

##### 1.1. Contexto político: el Bienio Progresista

Esta epidemia se desarrolló en un contexto político de lo más turbulento. Los últimos años de la etapa moderada, caracterizados por una corrupción y clientelismo generalizados, además de un fuerte clima de represión contra la oposición política, hizo que se fuera gestando una gran animadversión contra el gobierno. Estas conspiraciones, desarrolladas sobre todo en el seno del ejército, desembocaron irremediabilmente en un golpe de estado encabezado por el general O'Donell, principalmente (Pérez Juan, 2003: 223-225).

Al alzamiento militar le siguió la firma del *Manifiesto de Manzanares*, programa político de la sublevación en donde se recogían muchas de las demandas en forma de exigencias hacia el gobierno. Este hecho fue fundamental, pues ayudó a que los progresistas se sumaran al golpe, en principio orquestado por los propios moderados, y asegurasen por tanto el triunfo de este. El alzamiento se

extendió así a toda la península (Pérez Juan, 2003: 226-227)<sup>51</sup>. De esta manera, en julio de 1854, se entiende por iniciado el periodo que conocemos como el Bienio Progresista.

Finalmente, la Junta provisional de Gobierno de la Provincia de Alicante, bajo la presidencia de Camilo Moreno, resolvió que las juntas municipales instaladas con el alzamiento adoptaran el carácter de ayuntamientos, y también que las partidas armadas se disolvieran, por estar ya asentado el nuevo orden establecido<sup>52</sup>. Empezaría así la administración del nuevo gobierno.

Ya con relativa normalidad, y levantado el estado de sitio<sup>53</sup>, las autoridades pudieron empezar a ejercer su mando y a tomar las decisiones oportunas acorde a los valores del levantamiento. Las primeras decisiones adoptadas fueron encaminadas a remover a todo funcionario no afín al nuevo régimen, es decir, una purga política en toda regla. En consonancia con este propósito, el nuevo gobierno también revocó las penas que sobre los disidentes se habían impuesto<sup>54</sup>, resultado de las políticas persecutorias contra la oposición llevadas a cabo fundamentalmente por José Sartorius, conde de San Luis<sup>55</sup>. Por si esto no fuera suficiente, se impulsaron además políticas de memoria histórica para poner en valor las figuras de todos aquellos ciudadanos perseguidos políticamente y represaliados durante la Década Moderada<sup>56</sup>.

Podemos concluir, además, que este pronunciamiento aumentó sin duda el veloz ritmo de la epidemia, consecuencia del movimiento de tropas, como ya sucedió hacía veinte años con el primer brote en nuestro país (Peset y Peset, 1972). Incluso algunos autores consideran la epidemia cólera de estos años como el gran obstáculo que dificultó la labor de la administración progresista (Hidalgo García, 1996: 6).

## 1.2 Medidas contra el cólera a nivel nacional y provincial

A pesar de que la epidemia de cólera se extendía rápidamente a lo largo y ancho del país, las autoridades tanto locales como provinciales se resistieron a asumir y a comunicar la invasión, ocultando así la realidad epidemiológica que se vivía en sus respectivas jurisdicciones. Algunas poblaciones infectadas, temerosas de las posibles consecuencias añadidas derivadas de la comunicación de su situación, encubrían su verdadero estado sanitario, negando o alterando la realidad sobre la naturaleza de las enfermedades que en ellas se desarrollaban (Hauser, 1887: 290).

Esta intención de protección de los intereses locales a través de la ocultación tenía efectos nefastos sobre el resto del territorio, ya que además de desatender la legislación sanitaria, impedía al resto prevenirse del contagio. Las autoridades estatales, conscientes de esta situación, con intención de resolverla decretaron que “se castigue con mano fuerte y hasta a disponer se someta a la formación de causa a los agentes del Gobierno que oculten la existencia del cólera morbo asiático después de hallarse científicamente autorizada su existencia” (Hauser, 1887: 290-291)<sup>57</sup>.

51 En el caso concreto de nuestra provincia la revolución estalló el 17 de julio, sin apenas resistencias.

52 BOPA N°88, 24-7-1854.

53 BOPA N°94, 9-8-1854.

54 Tales como las inhabilitaciones para ejercer, exoneración de títulos, exilios forzados, entre otros.

55 BOPA N°90, 31-7-1854.

56 BOPA N°126, 18-10-1854 y BOPA N°157, 18-12-1854.

57 Atendiendo en este caso a la Real Orden de 26 de agosto de 1854, encargando que no se

Consciente de esto, la Junta Provincial de Sanidad, acorde a la voluntad del gobierno estatal, procuró contar con información veraz sobre el estado y progreso del cólera en la provincia de Alicante. Antes de llegar la terrible epidemia a nuestro territorio, se previno que los alcaldes de los pueblos de la provincia, atendiendo al dictamen de sus respectivos facultativos, diesen parte diario a la cabeza de partido sobre su estado sanitario. Esta, lo remitiría también periódicamente a la capital de la provincia<sup>58</sup>.

Estas comunicaciones, además de informar sobre la aparición de enfermedades sospechosas, debían concretar tanto el número de contagiados como el de fallecidos por sexos en caso de producirse. Tanto la periodicidad como la exactitud en la información eran fundamentales para actuar rápidamente. Aun así, como en otras ocasiones, algunos alcaldes no cumplieron su obligación a pesar de las advertencias hechas por las autoridades, las cuales señalaron que "cualquier omisión o descuido en este importantísimo servicio se notare, será castigado con la mayor severidad"<sup>59</sup>.

Finalmente, el 15 de agosto se declaró oficialmente la aparición del brote colérico en nuestra provincia (Pérez Juan, 2003: 231). Desde un principio se subestimaron los posibles efectos de la epidemia, de hecho, el propio gobernador civil, Trinitario González de Quijano, llegó a decir que "el cólera es una enfermedad como cualquier otra, y no hace estragos cuando no se le teme"<sup>60</sup>. Las autoridades ratificaron esta afirmación categórica que arengó e incentivó al valor como mejor forma de afrontar la enfermedad incluso cuando la epidemia causaba sus peores estragos<sup>61</sup>.

Esta infravaloración respecto al cólera se trasladó a las decisiones adoptadas para responder al mismo, ya que a pesar de que las autoridades tomaron algunas medidas acertadas, destinadas a contener la expansión de la epidemia, otras se dirigieron a ofrecer distracción a través del ocio al resto de la población, lo cual llegó a ser en gran medida contraproducente.

En cuanto a las que podemos considerar acertadas, además de las habituales cuarentenas que se realizaron sobre personas y bienes procedentes de puntos contagiados, las cuales consistían en la observación y expurgo de diez días, y que en ningún caso podían restringir el libre paso de los transeúntes<sup>62</sup>, se adoptaron otras medidas, algunas más novedosas que otras. Entre estas, el gobernador dispuso la obligación de que todos los farmacéuticos facilitasen gratis toda clase de medicamentos previa prescripción médica<sup>63</sup>, también que las familias pobres de solemnidad recibiesen un socorro económico si algún miembro de la misma era atacado por la enfermedad<sup>64</sup>. Igualmente se sumaron otras disposiciones como la regulación en el precio de algunos artículos de primera necesidad<sup>65</sup>.

oculte la existencia de la epidemia reinante y que en los pueblos que sean invadidos no se haga la declaración oficial de ella hasta que se halle confirmada de un modo indudable. En relación a esta situación, debemos de decir que no se dio en exceso en nuestra provincia, al menos al inicio, con la invasión de Alicante y otros municipios. De hecho, esta disposición es posterior a la declaración oficial de invasión tanto de la capital alicantina como de otras localidades de la provincia.

58 BOPA N°94, 9-8-1854.

59 BOPA N°94, 9-8-1854 y BOPA N°115, 29-9-1854.

60 Suplemento al BOPA N°103, 6-9-1854.

61 Suplemento al BOPA N°103, 6-9-1854.

62 BOPA N°134, 6-11-1854.

63 BOPA N°102, 4-9-1854. Pasadas esas circunstancias sanitarias, el Gobierno de la provincia abonaría esas cuantías.

64 BOPA N°102, 4-9-1854. En concreto tres reales diarios por el primer enfermo de la familia, a los que se podrían añadir dos más por cada enfermo que se sumase en la misma.

65 BOPA N°102, 4-9-1854.

Otras medidas, planteadas esencialmente para su aplicación en la capital alicantina, fueron el establecimiento de un servicio médico nocturno en la casa consistorial al servicio de todo aquel que lo necesitase y el traslado de facultativos desde los pueblos circundantes para atender las necesidades sanitarias<sup>66</sup>, la supresión de las tasas por la introducción de productos de primera necesidad en la capital referentes al derecho de puertas<sup>67</sup>, y otras tan curiosas como la obligación de contar continuamente con horchata de arroz para el consumo de los enfermos en los cafés<sup>68</sup>.

Asimismo, en los propios boletines oficiales se insertaron disposiciones adoptadas en otros puntos del territorio nacional, sobre todo de los territorios limítrofes o con mayores relaciones comerciales cuyas decisiones pudieran afectarnos en buena medida. Por ejemplo, se anunció la suspensión de las ferias de Murcia y Albacete por estar amenazadas precisamente por la presencia del cólera en nuestra provincia<sup>69</sup>.

Por otra parte, como ya hemos adelantado, podemos encontrar una serie de medidas encaminadas a ofrecer divertimento a aquella parte de la población que aún no se había contagiado. Para ofrecer, además de distracción, una sensación de cotidianeidad artificial en medio de esta alerta sanitaria de primer nivel. Nombrando las llevadas a cabo en la ciudad de Alicante, podemos destacar principalmente la organización de corridas de novillos por las calles de la población, además de otros actos de índole religiosa como las rogativas públicas en forma de grandes procesiones venerando la reliquia de la Santa Faz<sup>70</sup>, que servían además para implorar a la providencia la mejora en el desarrollo de la epidemia.

### 1.3. La problemática se repite

Los intentos por sosegar la alarma no surtieron los efectos deseados. Como en el anterior brote, la catástrofe provocó el desespero entre la población, la cual abandonó en muchos casos sus hogares. Y es que, aunque no se quiso limitar la movilidad general de la población, sí que se procuró evitar la huida de todas aquellas personas con responsabilidad y papel determinante en el control de la epidemia, por las funestas consecuencias que la ausencia de estos podría tener. De esta manera, tanto a los individuos de las corporaciones municipales, facultativos titulares, magistrados, jueces, y demás empleados públicos, como también a los clérigos, se les advirtió de la imposibilidad de abandonar sus respectivos puestos incluso a pesar de sobrevenir la enfermedad colérica allí donde ejercieran<sup>71</sup>. De lo contrario, el incumplimiento de estas disposiciones comportaría además de la pérdida del cargo, por entenderlo como renunciado al abandonarlo, las sanciones correspondientes marcadas en cada caso (Hauser, 1887: 289-290)<sup>72</sup>.

---

66 BOPA N°102, 4-9-1854.

67 BOPA N°102, 4-9-1854. Tales como el carbón, carne, leña, gallinas, huevos, frutas, nieve o harina.

68 BOPA N°102, 4-9-1854. Este alimento, preparado con hielo y sin canela debía de considerarse beneficioso para el tratamiento de los coléricos, pues se recomendó su consumo.

69 BOPA N°101, 1-9-1854. Se publica con la intención de informar principalmente a todos aquellos comerciantes o demás individuos que tuvieran planeado acudir a alguna de ellas.

70 BOPA N°102, 4-9-1854.

71 BOPA N°100, 30-8-1854, BOPA N°107, 15-9-1854, y BOPA N°112, de 25-9-1854.

72 Atendiendo en este caso a la Real Orden de 25 de agosto de 1854, resolviendo que las autoridades y funcionarios del Gobierno que abandonen sus cargos por causa de la aparición de la

Al resto de ciudadanos, no sujetos a estas restricciones, se les previno, sin embargo, como ya hemos visto anteriormente, la advertencia de no retornar precipitadamente a aquellos lugares desde los que hubiesen emigrado. Es decir, aún con la declaración de extinción del cólera en determinados puntos, se aconsejó no volver de manera inmediata a aquellos que huyeron de estos, para evitar el rebrote de la enfermedad. A diferencia de los anteriores, esta medida no se impuso de manera coercitiva, sino que simplemente quedó en una recomendación para todos aquellos que habían emigrado de los municipios infectados<sup>73</sup>.

Estas medidas, sumado a las limpiezas y desinfecciones de instalaciones que permanecieron cerradas durante la invasión del cólera, pretendían evitar un nuevo desarrollo de la enfermedad. Estas precauciones se basaron en las observaciones empíricas que demostraban que las personas que durante la epidemia se encontraban en puntos sanos, al volver a sus lugares de origen donde se había desarrollado la enfermedad, eran mucho más proclives a padecer la enfermedad. Estos hechos se justificaron aludiendo al efecto del ambiente aún contaminado de esos lugares<sup>74</sup>.

Como respuesta a esta situación de éxodo, principalmente de la capital alicantina, los municipios limítrofes, con la intención de protegerse de la llegada del cólera a través de estos transeúntes, establecieron cordones sanitarios (Pérez Juan, 2003: 231). Las autoridades no se demoraron en corregir estas actuaciones, ya que, a través de la Real Orden del 25 de agosto sobre cordones sanitarios, se recordaba de nuevo la ineficacia y consecuencias nefastas de los mismos. Poniendo de ejemplo tanto la actuación de otras naciones, como la propia experiencia, se ordenaba consecuentemente que se levantaran los cordones que se hubieran establecido y se previniera el levantamiento de nuevos, garantizando y protegiendo a su vez la libre circulación tanto de personas como de víveres (Hauser, 1887: 288-289)<sup>75</sup>.

Esta disposición con fuerza de ley sobre los cordones sanitarios se insertó en el Boletín Oficial de la Provincia de Alicante para que se hiciera cumplir en nuestro territorio<sup>76</sup>. Aunque con anterioridad a esto, el propio gobernador civil de la provincia, Trinitario González de Quijano, convencido de la inutilidad e ineficacia de los cordones sanitarios, por propio encargo del Gobierno de S.M., dispuso el levantamiento de los mismos de acuerdo a las leyes vigentes, ya que a pesar de que la R. O. de 18 de enero de 1849 los prohibió expresamente, durante la alerta epidémica de 1854 volvieron a levantarse algunos a lo largo de la provincia<sup>77</sup>.

enfermedad reinante se entiende que los han renunciado, quedando además sujetos a las penas correspondientes.

73 BOPA Nº109, 18-9-1854. El periodo recomendado de espera para poder retornar era de 15 días una vez cantado el *Te-Deum*.

74 BOPA Nº109, 18-9-1854. Todas estas medidas estaban muy relacionadas, de nuevo, con las teorías miasmáticas de la enfermedad anteriormente nombradas. Pues se consideraba que la limpieza y regeneración del aire era fundamental para prevenir un nuevo brote.

75 Atendiendo en este caso a la Real Orden de 25 de agosto de 1854, disponiendo que se levanten los cordones sanitarios, se proteja la libre circulación de pasajeros y efectos y se fomenten las obras públicas y particulares.

76 BOPA Nº103, 6-9-1854.

77 Gaceta de Madrid Nº607, 31-8-1854. Relata además los males que está produciendo sobre la capital de la provincia, la cual se encuentra totalmente desabastecida de víveres de primera necesidad.

#### 1.4. Trinitario González de Quijano

Nacido en Guetaria el 8 de mayo de 1808, Trinitario González de Quijano e Iturregui, supone una figura de ineludible mención al tratar la presente epidemia de cólera. Este guipuzcoano pronto abandonó la carrera militar en la que se había iniciado para dedicarse a la política en el seno del Partido Progresista (Flori, 2014: 417). En todo caso, nos centraremos en la faceta que ahora nos interesa, esta es, su papel como gobernador civil de la provincia de Alicante.

Nombrado por Real Decreto de 16 de agosto de 1854<sup>78</sup>, llegó a la capital provincial el 22 del mismo<sup>79</sup>. Allí se topó con una situación desesperante: una ciudad superpoblada, amurallada e insalubre que estaba siendo pasto de la terrible enfermedad colérica (Flori, 2014: 417-420).

Quijano, ya al mando de la provincia, no tardó en dictar una serie de medidas para afrontar la misma, las cuales ya hemos mencionado. En relación a estas, casi con un tono mesiánico se dirigió así a la ciudadanía:

Confianza, alicantinos: muchas son las complicaciones que surgen en circunstancias críticas como las actuales; pero mi decisión las hará desaparecer porque lo quiero, porque lo debo al pueblo que me ha visto llegar en sus días de amargura para protegerlo. El Cielo, que conoce la rectitud de mis intenciones, me facilitará la acción: vosotros, esperad tranquilos: el remedio á vuestros males se hará sensible muy pronto<sup>80</sup>.

Sin desmerecer la administración de otros gobernadores<sup>81</sup>, su labor filantrópica fue mucho más allá. Nos cuentan sus coetáneos que no descansó ni un solo instante en su labor para ofrecer auxilios a la población<sup>82</sup>, trascendiendo más allá de sus más estrictas obligaciones como gobernador civil, llegando a aportar su propio dinero para que los más desfavorecidos pudiesen abastecerse de alimentos y a amparar a los coléricos que otros pueblos despreciaban, trasladándolos a la capital alicantina para que allí fueran atendidos debidamente<sup>83</sup>. Viajó además a diversos municipios de la provincia atacados del cólera para atender las necesidades de estos y velar por el cumplimiento de las disposiciones que en la materia se habían adoptado<sup>84</sup>.

Esta dedicación fue bien correspondida por la población alicantina, la cual admiraba su coraje y determinación en la gestión del cólera<sup>85</sup>. Pero también desde el Gobierno de la nación, ya que, considerando la actuación ejemplar de Quijano en su gestión del cólera, el cinco de septiembre, su majestad le concedió la gran cruz de la Real Orden de Isabel la Católica<sup>86</sup>.

78 Gaceta de Madrid N°593, 17-8-1854. En sustitución de Camilo Moreno, el cual había presidido la Junta Provisional de Gobierno de la provincia de Alicante desde el relevo de Jose María Montalvo tras el estallido del alzamiento.

79 BOPA N°99, 23-8-1854.

80 BOPA N°102, 4-9-1854.

81 Como por ejemplo Ramón de Campoamor, el cual gestionó la provincia para contener la epidemia de cólera que nos amenazó desde 1849 hasta 1851 (Díaz Marín, 2000: 150).

82 Gaceta de Madrid N°611, 4-9-1854.

83 BOPA N°102, 4-9-1854.

84 BOPA N°107, 15-9-1854.

85 Gaceta de Madrid N°611, 4-9-1854. En este caso insertando lo publicado en el periódico la Unión liberal de Alicante, este se refleja perfectamente algunas afirmaciones presentes en el mismo como las siguientes: "¡Oh! El pueblo de Alicante, religioso y agradecido, eleva sus bendiciones á Dios, repitiendo una y mil veces el nombre del que le ha enviado para su auxilio.," El Sr. Quijano es llamado el padre del pueblo, y estos sus hijos le respetan y lo aman verdaderamente." o "la población, que le saluda y le vitorea con los cariñosos nombres de padre y de salvador".

86 Gaceta de Madrid N°614, 7-9-1854. Además de a él, también se le concede a Pascual Madoz, en ese momento gobernador civil de Barcelona. Por este hecho, además de por sus

Fue este mismo temperamento el que desembocó en un trágico desenlace. Su compromiso en la atención a los enfermos, incluso llegando a atenderlos con sus propias manos, hizo que González de Quijano se contagiase de cólera morbo<sup>87</sup>. Ese mismo día, al extenderse la noticia por la ciudad, numerosas personas de todas las clases sociales como también los propios facultativos se volcaron en su asistencia<sup>88</sup>, sin embargo, nada pudo hacerse para librarle de la enfermedad. Falleció la madrugada del día 15 de septiembre<sup>89</sup>.

Con la muerte de este asumió el mando de la provincia de manera interina Eugenio Barrejón, el cual ya estaba ejerciendo también interinamente el gobierno militar de la misma<sup>90</sup>, aunque de manera muy breve, pues ya el 25 de septiembre tomó el cargo de gobernador civil Domingo Saavedra y Ciebra, quien había sido nombrado como tal por Real Decreto de 18 del corriente<sup>91</sup>.

Este suceso dejó consternada tanto a la sociedad alicantina como a las propias autoridades políticas, las cuales se propusieron perpetuar la memoria del fallecido. A propuesta del Ministro de Gobernación, y a través de Real Decreto de 20 de septiembre, se dispuso erigir en Alicante un monumento en recuerdo y honor de Quijano, que aún hoy continúa en pie<sup>92</sup>.

En resumen, a pesar de su breve mandato<sup>93</sup>, esta figura ha trascendido a su propio tiempo, erigiéndose a través de la mitificación en un símbolo, en todo un héroe político cuyo compromiso le llevó hasta las últimas consecuencias.

## 2. Brote de 1855

Ya entrando en enero de 1855, cuando ya se había dejado atrás el fatídico año anterior, parecía que el cólera había desaparecido de la península. Sin embargo, habían quedado en nuestro país algunos gérmenes latentes de esta epidemia en ciertos puntos de la provincia de Huelva. Se extendió la enfermedad rápidamente también a Málaga, Zaragoza y Zamora, y después a Cádiz y Jaén, hasta llegar a la capital del reino a finales de abril. A mediados de año la epidemia se había extendido por casi toda la nación. De nuevo el cólera parecía imparable (Hauser, 1887: 197-202)<sup>94</sup>.

El gobierno progresista, que había alcanzado el poder el pasado año, continuó aplicando su programa ideológico. En estos momentos se desarrollarían algunos proyectos tan destacados como la Ley de Desamortización General de 1 de mayo de 1855, impulsada por Pascual Madoz, la cual pretendía culminar el proceso desamortizador que ya se había iniciado, aunque de manera discontinua

actuaciones en la gestión de la epidemia, numerosas exposiciones enalteciendo su figura fueron mandadas desde numerosos ayuntamientos de la provincia, y posteriormente insertados en diferentes números del BOPA del mes de septiembre del indicado año de 1854.

87 BOPA N°107, 15-9-1854. Nos cuentan incluso, que el propio Quijano atendía a los coléricos "dando friegas, limpiando y hasta besando a los coléricos".

88 Gaceta de Madrid N°629, 22-9-1854.

89 BOPA extraordinario N°106, 15-9-1854. La muerte, como es natural en el cólera, se produjo muy rápidamente, pues no tardó ni un día desde su diagnóstico para acabar con su vida.

90 BOPA extraordinario N°106, 15-9-1854.

91 Suplemento del BOPA N°112, 25-9-1854.

92 Gaceta de Madrid N°628, 21-9-1854. Además de concederle la correspondiente paga a su viuda, según esta fuente, la obra se financiará con fondos estatales, sin embargo, otras fuentes nos indican que este se levantó gracias a donaciones populares con el impulso de altas personalidades de la capital alicantina.

93 El cual tan solo duró unos 25 días.

94 De hecho, con la llegada de agosto solo seis provincias permanecían libres, y estas, serían también invadidas a lo largo de ese mes.

hasta entonces, a finales del siglo XVIII con el reformismo ilustrado (Moreno Ballesteros, 2016: 6). También continuó el impulso del ferrocarril, precisamente en nuestra provincia con la construcción de la línea Almansa-Alicante, con la intención de mejorar el comercio y las comunicaciones, y así el progreso de la nación (Gómez Crespo, 2010: 15). Sin embargo, esta situación sanitaria obligó de nuevo a las autoridades a centrar gran parte de su atención en atajar esta terrible enfermedad.

En primer lugar, para prevenir la llegada del cólera a nuestras fronteras, dado el estado sanitario de otros puntos del país y la cercanía de la estación veraniega más proclive al desarrollo de enfermedades<sup>95</sup>, se insertaron en los distintos boletines oficiales las reales órdenes en materia sanitaria todavía vigentes dictadas durante los brotes epidémicos anteriores<sup>96</sup>. En nuestro caso, como en el resto de provincias, esta recopilación tenía por finalidad que los alcaldes, juntas de sanidad, y demás funcionarios de las distintas poblaciones tuvieran reunida toda esta normativa para que, además de atender a su contenido, no lo contrariasen a la hora de tomar las decisiones oportunas.

Sin embargo, como ya hemos adelantado, no pudo evitarse la expansión del cólera en nuestro país. Ya desde primeros de julio, con el contagio de algunos pueblos de la vecina provincia de Valencia, la inquietud de las autoridades provinciales en materia sanitaria se incrementó paulatinamente<sup>97</sup>. Finalmente, el cólera penetró nuevamente nuestra provincia. El 21 de julio, el alcalde de Denia dio parte al Gobernador civil de haberse manifestado el cólera morbo en aquel pueblo<sup>98</sup>. De allí pasó a Altea y a otros municipios de la Marina<sup>99</sup>. La asistencia a los pueblos contagiados se tornó una prioridad. De hecho, las autoridades dispusieron la obligación de los pueblos sanos de auxiliar en todo lo necesario a aquellos municipios invadidos que lo pidieran<sup>100</sup>.

En la capital de la provincia, tras correr el rumor de haberse producido algunos casos de cólera en transeúntes procedentes de zonas contagiadas, y con los vecinos temerosos de que este nuevo brote causara los estragos del año anterior, se produjeron numerosos motines para forzar a las autoridades a adoptar medidas de urgencia. Entre las reclamaciones se encontraban la imposición de cuarentenas, el establecimiento de cordones sanitarios, y demás medidas análogas encaminadas a impedir la entrada de personas y bienes de puntos contaminados<sup>101</sup>. Estas demandas, al contradecir radicalmente la normativa sanitaria vigente, no fueron aceptadas por el gobernador civil, D. Ángel Barroeta<sup>102</sup>. De hecho, este dispuso el destierro temporal de algunas personas involucradas en las revueltas para mantener el orden público, enviándoles a Cartagena y a otros pueblos de la provincia de Alicante<sup>103</sup>.

Ya a finales del mes de agosto el cólera había invadido muchísimos municipios de la provincia<sup>104</sup>. Tal era la situación que, además de realizarse los habituales

95 BOPA N°68, 23-5-1855.

96 BOPA N°64-67, 16-5-1855 a 21-5-1855.

97 BOPA N°87, 4-7-1855. El primer caso en aquella fue en la localidad de Lliria, si bien con escasa intensidad en sus inicios.

98 BOPA N°96, 23-7-1855.

99 *El balear: periódico de la tarde*, 10-8-1855.

100 BOPA N°100, 1-8-1855.

101 *El postillón: periódico político y de avisos de la provincia de Gerona*, 15-8-1855.

102 Nombrado gobernador de la provincia de Alicante en sustitución de Domingo Saavedra, quién pasaría a serlo de la de Almería. BOPA extraordinario N°66, 19-5-1855.

103 *El postillón: periódico político y de avisos de la provincia de Gerona*, 18-8-1855. Otros, sin embargo, fueron encarcelados en la propia ciudad.

104 Gaceta de Madrid N°975, 3-9-1855. Concretamente 52.

repartos entre los mayores contribuyentes de cada población, la reina Isabel II, consciente de la gravedad del estado sanitario en nuestra provincia, concedió 60.000 reales procedentes de los presupuestos generales del Estado para afrontar los gastos derivados del cólera<sup>105</sup>.

Hasta primeros de octubre la enfermedad fue cediendo en algunos municipios a la par que invadía otros<sup>106</sup>. A partir de entonces, el cólera se fue mitigando progresivamente en toda la provincia<sup>107</sup>. Con el canto de los *Te Deum* y la reanudación de eventos tan tradicionales como la Feria de Todos los Santos de Cocentaina<sup>108</sup> la normalidad parecía retornar a la provincia de Alicante.

## 2.1. Nueva normativa, mismo objetivo

Como hemos visto, la experiencia y legislación acumulada permitieron en este caso aludir a lo dispuesto en tiempos pretéritos para afrontar en primera instancia el cólera morbo. Sin embargo, también se legisló en la materia, aunque fundamentalmente con los mismos fundamentos y objetivos que las anteriores.

De nuevo, distintas disposiciones ordenaron el levantamiento de cordones sanitarios y la protección de la libre circulación y comercio, la reprobación y condena de los funcionarios por el abandono de sus puestos u obligaciones, o el deber de informar verídicamente sobre lo que aconteciese en materia sanitaria, entre otros aspectos (Martín Tardío, 2004: 38).

Entre esta nueva normativa podemos destacar la Real Orden de 21 de julio, dictando varias disposiciones respecto a los facultativos en caso de epidemia. Enviada a los gobernadores civiles de cada provincia, esta, además de obligar a los médicos titulares a permanecer y atender a los enfermos del lugar donde ejercieran, comprometía a las autoridades superiores a asignar un facultativo a aquellos lugares que no dispusieran de uno en caso de epidemia<sup>109</sup>. También la Real Orden de 10 de agosto, recordando la observancia sobre la libertad de comunicaciones, reiterándose fundamentalmente en la Real Orden de 25 de agosto del pasado año, y haciendo hincapié en la propia experiencia (Hauser, 1887: 291-292). O la Real Orden de 22 de agosto de 1855, prohibiendo el aislamiento de los pueblos, dado que de nuevo estas situaciones se repitieron a lo largo y ancho de la Península (Hauser, 1887: 292-293).

Como ya hemos adelantado, con estos pocos ejemplos ya podemos afirmar que este brote no conllevó una producción normativa novedosa, sino que se limitó en gran medida, además de insertar de nuevo las disposiciones ya adoptadas, a crear otras con la misma base fundamental que las anteriores.

Por último, debemos subrayar también la elaboración de la Ley de Sanidad de 1855 durante estos momentos. Esta ley, fruto del contexto socio-sanitario, caracterizado por el azote de epidemias y el surgimiento de distintas corrientes médicas (Feria Lorenzo, 2012: 217). se originó ante la necesidad de establecer una normativa sanitaria homogénea y organizada, para armonizar y aglutinar toda la legislación sanitaria que se había creado hasta entonces, además de adaptarla acorde al sistema internacional. Podemos destacar su visión colectiva y su carácter fundamentalmente preventivo. Y a pesar de que su tramitación

105 BOPA Nº115, 3-9-1855.

106 Gaceta de Madrid Nº1011, 6-10-1855.

107 Gaceta de Madrid Nº1020, 20-10-1855.

108 BOPA Nº134, 17-10-1855. Esta feria de inmemorial celebración se realizaría entre los días 1 y 8 de noviembre, como era habitual.

109 Gaceta de Madrid Nº932, 22-7-1855.

fue demasiado lenta, no pudiéndose aplicar en el presente brote epidémico ya que no se sancionó hasta finales de noviembre, sirvió para afrontar futuros retos sanitarios (Farrerons Noguera, 2011: 59-60). Podemos considerarla, por tanto, como el colofón en materia legislativa sanitaria de este brote.

## 2.2. Valoración de la epidemia en el ámbito nacional

Durante este segundo episodio colérico en España (1853-1856), atendiendo a los datos proporcionados por el Ministerio de Gobernación, el cólera invadió 4.373 pueblos, afectando a 829.189 personas de los casi 15 millones y medio de españoles censados, falleciendo unos 236.744 personas (Latorre Zacarés, 2014: 205)<sup>110</sup>. Es decir, esta epidemia afectó a más de un 5% del total de la población española, ascendiendo la tasa de letalidad hasta el 28,55%, no muy lejos de la experimentada en el primer brote epidémico.

Circunscribiéndonos a la provincia de Alicante, el total de invadidos durante este brote ascendió hasta casi los 11.000, mientras que el número de fallecidos superó ligeramente los 3.000 muertos. De manera comparativa con el resto de provincias españolas, la de Alicante se situó en el número 34 de 47 en cuanto a número de invadidos, y en el puesto 25 en cuanto a los fallecidos respecto de los anteriores (Viñes Rueda, 2000: 96)<sup>111</sup>. Resulta curioso estas incidencias por debajo de la media, dados los estragos que causó esta epidemia en nuestro territorio.

En consonancia con las dinámicas generales, el cólera afectó mayormente a los individuos jóvenes<sup>112</sup> y a las mujeres, concretamente al doble de mujeres que de hombres, realidad que podría explicarse por la mayor exposición al contagio de estas debido a la realización de las labores domésticas (Latorre Zacarés, 2014: 204)<sup>113</sup>.

Esta segunda etapa colérica en España (1853-1856), llegada de nuevo por Galicia, barrió de punta a punta la península, dejando muy pocas zonas sin visitar. Aunque su duración podemos considerarla en toda su plenitud desde 1853 hasta 1856, debemos destacar los dos años centrales de la misma, es decir, 1854 y 1855, como aquellos en los que esta epidemia dejó notar su mayor impronta en la geografía española. De hecho, en 1855 sólo se libraron de la misma los dos archipiélagos y Pontevedra. Esta etapa, cuyos últimos coletazos hemos obviado dado que la provincia de Alicante no se vio afectada por el cólera de 1856, sólo acabó invadiendo 352 pueblos del país este último año (Martín Tardío, 2004: 47)<sup>114</sup>.

A pesar de que esta se afrontó con cierta experiencia adquirida durante la primera propagación del cólera a España, y también durante el aviso de 1849, de nuevo se repitieron los mismos errores y problemáticas. Huidas en masa, normativa desoída, medidas aislacionistas y ocultaciones pusieron a prueba al gobierno progresista llegado recientemente al poder. La normalidad se vio de nuevo interrumpida por la emergencia sanitaria.

---

110 En este caso, en cuanto a la población total española, se alude al censo de 1857, que arroja un total de 15.464.340 habitantes.

111 Atendiendo a las tablas realizadas con datos recopilados en su momento por el Dr. Landa, en el que se establece el orden por incidencia y mortalidad de las distintas provincias españolas, hemos extraído de estos, usando a su vez los datos del censo de 1857, los datos totales de invadidos y fallecidos.

112 De hecho, la media de edad de los fallecidos adultos por cólera es de poco más de 33 años.

113 Es decir, la atención de enfermos, lavado de ropa, manipulación de alimentos, etc.

114 Atendiendo de nuevo a los datos recopilados por el Ministerio de Gobernación.

EPIDEMIA 1853-1856	Nº PUEBLOS INVADIDOS	Nº CONTAGIADOS	Nº FALLECIDOS	TASA DE INTENSIDAD	TASA DE LETALIDAD
TOTAL ESPAÑA	4.373	829.189	236. 744	5,36%	28,55%
PROVINCIA DE ALICANTE	80 (en 1855)	10.990	3.022	2,9%	27,5%

## V. Conclusiones

Después de este repaso histórico a través de las epidemias de 1834 y 1854-55 hemos podido constatar el impacto que estas tienen en las sociedades más allá de la propia enfermedad. No solo todos los efectos devastadores que sobre la población se ceban, sino también aquellas consecuencias más positivas como el enorme desarrollo tanto científico como legislativo en materia sanitaria durante los distintos brotes del cólera.

La aparición y extensión de la COVID-19 ha despertado de nuevo en gran medida ese recuerdo de la enfermedad y muerte que parecía en estado de letargo, para obligarnos a poner de nuevo en uso términos como los de cuarentenas, cordones o desinfecciones, los cuales parecen ahora más actuales que nunca.

En relación con esto, y a pesar del tiempo transcurrido, podemos establecer numerosos paralelismos entre entonces y la actual situación sanitaria por la que hemos atravesado. Entre estos podemos destacar hechos tan coincidentes como las acusaciones de falta de transparencia, los desacatos de la normativa, las restricciones a la movilidad, incluso la existencia de lo que hoy conocemos como *fake news* han estado presente en ambas epidemias.

Si bien es cierto que también podemos fijar notables diferencias, dados los contextos tan heterogéneos. Por ejemplo, en la velocidad de expansión de la epidemia, mucho más rápida en la actualidad, fruto de la revolución de los transportes y el proceso globalizador, o también en el tiempo de identificación del causante de la enfermedad, mucho menor ahora por los enormes progresos científicos desde aquel momento. Se evidencian también grandes cambios en la organización administrativa y las competencias de los distintos niveles de gobierno. En aquel entonces con una estructura más jerárquica y vertical de poder, con una capacidad presupuestaria mucho menor, y también una distribución de competencias muy diferente a la actual.

Y en definitiva, además de encontrar esas grandes semejanzas y diferencias más evidentes entre aquellas epidemias de cólera y la actual situación sanitaria, encontramos de manera omnipresente en ambos esa dinámica de acierto-error y desconcierto, propio de una situación nueva e inesperada, y que es la que en mayor medida nos hace poder trasladarnos a esa realidad más lejana.

También con la COVID-19 se ha producido un cierto resurgimiento de la epidemiología histórica, es decir, del estudio histórico de las epidemias. En este caso, esperamos haber contribuido en cierta medida a completar en parte la historiografía.

En conclusión, tras este recorrido esperamos haber aportado una buena visión sobre la gestión y la repercusión de las epidemias en la primera mitad del siglo XIX, en este caso en referencia al cólera. Y no solo para conocer todo aquello que sucedió, sino también como una reflexión para tomar conciencia de las conexiones entre nuestra propia realidad y la de aquellos que coexistieron con esta enfermedad cuya mejor definición, según los propios coetáneos, era la de la muerte<sup>115</sup>.

115 *El Vapor, periódico de intereses generales*. 9-8-1859.

**Bibliografía**

- Ayala, J. (1975). Aspectos sociales de la epidemia de cólera de 1834 en Murcia. *Revista Murgetana*, 61. Disponible en: [https://www.regmurcia.com/docs/murgetana/N040/N040\\_005.pdf](https://www.regmurcia.com/docs/murgetana/N040/N040_005.pdf)
- Brel, M.P. (1999). La construcción de cementerios y la Salud Pública a lo largo del siglo XIX. *Studia Zamorensia*, 5. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=296898>
- Bullón de Mendoza, A. (1992). *La primera Guerra Carlista*. Madrid: Actas. Disponible en: <https://repositorioinstitucional.ceu.es/handle/10637/1183>
- Díaz Marín, P. (2000). *Las estructuras de poder durante la década moderada: Alicante, 1844-1854*. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. Disponible en: <http://www.cervantesvirtual.com/obra/las-estructuras-de-poder-durante-la-decada-moderada-alicante-18441854--0/>
- Farrerons, L. (2011). *La Ley General de Sanidad: historia de un modelo*. Universidad de las Palmas de Gran Canaria. Disponible en: [https://accedacris.ulpgc.es/bitstream/10553/17151/1/0636872\\_00000\\_0000.pdf](https://accedacris.ulpgc.es/bitstream/10553/17151/1/0636872_00000_0000.pdf)
- Feria, D.J. (2012). La primera regulación sanitaria española: La Ley orgánica de 1855. *Coimbra: Revista de Historia das Ideias*, 33. Disponible en: [https://digitalis-dsp.uc.pt/bitstream/10316.2/41370/1/La\\_primera\\_regulacion\\_sanitaria\\_espanola.pdf](https://digitalis-dsp.uc.pt/bitstream/10316.2/41370/1/La_primera_regulacion_sanitaria_espanola.pdf)
- Flori, A.M. (2014). *Exequias por dos ilustres personalidades vinculadas con la ciudad de Alicante: Trino González de Quijano y el abad Penalva. Música y repertorio fúnebre en su entorno*. San Lorenzo del Escorial: El mundo de los difuntos: culto, cofradías y tradiciones.
- Gómez Crespo, J.C. (2010). La construcción del Ferrocarril de Almansa a Alicante. Madrid: *Cimbra: Revista del Colegio de Ingenieros Técnicos de Obras Públicas*, 391.
- González de Sámano, M. (1858). *Memoria histórica del cólera morbo asiático en España*. Madrid: Imp. Alvarez.
- Hauser, P. (1887). *Estudios epidemiológicos relativos a la etiología y profilaxis del cólera : basados en numerosas estadísticas, hechos y observaciones recogidos durante la epidemia colérica de 1884-85 en España*. Madrid: Imp. y Fundición de Manuel Tello.
- Hidalgo, M.A. (1996). *La calamidad. La epidemia de cólera de 1854 en Murcia*. Murcia: Universidad de Murcia, Servicio de Publicaciones. Disponible en: <https://revistas.um.es/pantarei/issue/view/19421>
- Latorre, I. (2014). El cólera en Requena. Una sociedad frente a la enfermedad. *Cuadernos de Geografía*, 95-96. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5076885>
- Leno-González, D. (2020). El cólera-morbo asiático y sus interrogantes: Recomendaciones que en materia de cuidados Mateo Seoane envió desde su exilio (1832-1833). *Cultura de los Cuidados*, 58. Disponible en: <https://culturacuidados.ua.es/article/view/2020-n58-el-colera-morbo-asiatico-y-sus-interrogantes-recomendaciones-que-en-materia-de-cuidados-mateo-seoane-envio-desde-su-exilio-1832-1833>
- Lozano, F.J. (2015). La epidemia de cólera de 1885 en localidades del río Aguasvivas (Aragón). *Revista El Hocino*, 35. Disponible en: <https://www.blea.info/his1885-ColeraMorbo-CuencaAguasvivas-Aragon.pdf>
- Martín, J.J. (2004). *Las epidemias de cólera del siglo XIX en Mocejón (Toledo)*. Toledo.

- Moreno, V. (2016). *La desamortización de Madoz en España, 1855-1856*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid. Disponible en: <https://eprints.ucm.es/id/eprint/35777/>
- Nadal, J. (1971). *La población española (siglos XVI al XX)*. Barcelona: Ed. Ariel.
- Nistal, M. (1996). Legislación funeraria y cementerial española: una visión espacial. *Revista Lurralde*, 19. Disponible en: <http://www.ingeba.org/lurralde/lurranet/lur19/19nistal/19nistal.htm>
- Pérez Juan, J.A. (2003). *La Diputación provincial de Alicante (1812-1874)*. Elche: Universidad Miguel Hernández. Disponible en: <http://jperezjuan.edu.umh.es/publicaciones/publicaciones-cientificas/tesis/la-diputacion-provincial-de-alicante-1812-1874/>
- Peset, M. y Peset, J.L. (1972). *Muerte en España (política y sociedad entre la peste y el cólera)*. Madrid: Seminarios y Ediciones, S.A.
- Santonja, J.L. (1999). La construcción de cementerios extramuros: un aspecto de la lucha contra la mortalidad en el Antiguo Régimen. *Revista de Historia Moderna*, 17. Disponible en: <http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/4765>
- Serrallonga, J. (1996). Epidemias e historia social. Apuntes sobre el cólera en España, 1833-1865. *Historia Social*, 24. Disponible en: <https://www.jstor.org/stable/40340433>
- Viñes, J.J. (2000). El Dr. D.Nicasio Landa, médico oficial en la epidemia de cólera de 1854-1855. *Anales* vol.23, 1. Disponible en: <https://recyt.fecyt.es/index.php/ASSN/article/view/6819>



# La soberanía política en el krausismo español

*Political sovereignty in spanish krausism*

**MÓNICA SORIA MOYA.**

Profesora colaboradora doctora.  
Universidad CEU-Cardenal Herrera.  
monica.soria1@uchceu.es

DOI: <https://doi.org/10.7203/cc.2.22177>

Fecha de recepción: 11/10/2021

Fecha de aceptación: 05/11/2021

## Resumen

El estudio de la soberanía política ha sido objeto de investigación entre los clásicos del pensamiento del derecho público europeo, fuertemente vinculado con la noción de la personalidad jurídica del Estado entorno a la doctrina francesa de "nación-persona" y la doctrina alemana de "nación órgano", configurando en el constitucionalismo español la fórmula jurídica-política de la personalidad y la titularidad del poder del Estado en torno a los partidarios bien de la Soberanía Nacional bien de la Soberanía compartida en la Corona y las Cortes. Bajo la influencia krausista resulta de interés aproximarnos al concepto de soberanía como función del Estado que nos ofrece Adolfo Posada; destacado iuspublicista europeo que, ante la crisis del liberalismo doctrinario y la incipiente cuestión social, supo compaginar la teoría y la acción desde una posición ético-política hacia un Estado constitucional para garantizar el orden social.

## Palabras clave

Constitución; Democracia; Soberanía Nacional; Soberanía; Krausismo; Organicismo social; Sociedad; Liberalismo.

## Abstract

*The study of political sovereignty has been the subject of research among the classics of European public law thought, strongly linked to the notion of the legal personality of the state around the French doctrine of "nation-person" and the German doctrine of "nation organ", configuring in Spanish constitutionalism the juridical-political legal formula of the personality and ownership of the power of the State around the supporters of either National Sovereignty or shared Sovereignty in the Crown and the Courts. Under the Krausist influence it is of interest to approach the concept of sovereignty as a function of the state offered by Adolfo Posada; outstanding European publicist who, in the face of the crisis of doctrinaire liberalism and the incipient social question, knew how to combine theory and action from an ethical-political position towards a constitutional State to guarantee the social order.*

## Keywords

*Constitution; Democracy; National Sovereignty; Sovereignty; Krausism; Social Organicism; Society; Liberalism.*

## Sumario

**I. La influencia krausista en la teoría de Estado. – II. El liberalismo democrático en la teoría orgánica del Estado. – III. La soberanía política como función del Estado. – IV. Epílogo. Bibliografía.**

*La soberanía política tiene su raíz en la soberanía social del todo que la engendra*  
Posada, “La soberanía”, BILE, 1915

### **I. La influencia krausista en la teoría de Estado**

Como señalara el conde de Mirabeau en 1789 “le mot peuple signifie nécessairement ou trop ou trop peu. C’est un mot qui se prête à tout”<sup>1</sup>, pasando de ser una palabra indefinible, a ser revalorizada a partir de 1808, convirtiéndola en el centro del discurso político del liberalismo bajo el principio de soberanía nacional, sin perjuicio de su rápida efervescencia ante su vulnerabilidad por la manipulación de los grupos minoritarios.

La historia del pensamiento político nos enseña cómo la aspiración de libertad, justicia, igualdad, democracia o autonomía han sido anhelados desde antiguo, al ser axiomas que presentan ambigüedad susceptible de debate y que ha enfrentado a la monarquía, institución tradicional e histórica, encarnación del antiguo régimen, defensora del poder político dependiente de una instancia única y omnipotente, frente al liberalismo partidario de la soberanía nacional que deja constancia expresa o tácita de la cesión del poder al Estado, con la existencia de límites necesarios con los que controlar su ejercicio mediante una ley superior.

Las distintas teorías del Estado que han influido en la estructura institucional de los países constitucionales desde el siglo XIX, frente al sistema histórico del absolutismo monárquico, incorporan los principios de liberalismo democrático tales como la soberanía nacional y la separación de poderes acotando las propuestas liberales a “los que consideran que la titularidad de la soberanía reside en la nación y los que la han atribuido a la Corona y a las Cortes”, a fin de hacer compatible el *rey soberano* con el *súbdito libre*, en virtud de la cual la soberanía reside a la vez en la nación y en el monarca (Morán Martín, 2016: 361375).

Esta idea de semilegitimidad evidenció una abducción tanto frente al absolutismo como frente a la democracia al ver incompatibles el derecho del pueblo a gobernarse a sí mismo con los caracteres de la monarquía tradicional dado que, “para que la monarquía se haga compatible con la soberanía nacional es preciso revertir al Estado la Corona” (Azcárate, 1978: 106), proclamando en el

---

1 Citado por Fuentes, 2004: 95.

artículo tercero de la Constitución de 1812 un poder nacional constituyente por el cual “la *soberanía nacional* reside esencialmente en la Nación y por lo mismo pertenece a ésta exclusivamente el derecho de establecer sus leyes fundamentales”. Si bien, el respeto del principio liberal no logró alcanzar en España, frente a la adaptación pacífica de otros pueblos, el respeto deseable por la mixtificación de la voluntad del pueblo ante un sistema representativo adulterado que, junto a la pérdida colonial de 1898 terminó gestando una conciencia de crisis y de fracaso *por casi todo lo existente* ante el llamado “problema de España”, poniendo de manifiesto la interesada sobrevaloración política hacia un pueblo indiferente.

Esta quietud social tiende a desvanecerse ante la propuesta antiindividualista y europeizante que Julián Sanz del Río hiciera de las nuevas corrientes del pensamiento científico centroeuropeo. En especial, la traducción en 1860 del *Ideal de la humanidad para la vida*, de Karl Christian Friedrich Krause, generó un movimiento de renovación éticopedagógica bajo una concepción racionalista frente al pensamiento tradicional que, a través del “evangelio del jurista” obra de Giner de los Ríos titulada *Principios de derecho natural* (1871), aportó en sus discípulos un nuevo derecho político, una “revelación” por la inspiración moral de sus ideas, al apostar por un Derecho del Estado (cuando se le denomina *político*) “de abolengo krausista, sin duda por su base ética, sus supuestos metafísicos y su sentido esencialmente orgánico, pero de una profunda originalidad frente a las tendencias entonces invasoras del organicismo sociológico” (Posada, 1980).

El curso que sobre *Principios de derecho político* impartiera Giner de los Ríos hacia 1880-1881 en la Institución Libre de Enseñanza, aportó en Posada una “verdadera Filosofía del Derecho del Estado” en las concepciones filosóficas de Schelling y Krause (Posada, 1986: 147) y le permitió publicar en 1884, “quizá fuera un poco precipitada” (Posada, 1983: 227)<sup>2</sup>, su primera obra, *Principios de derecho político. Introducción*, en la que, bajo una concepción sistemática, propone estudiar el Estado totalmente considerado, de manera interdisciplinar desde la *filosofía del derecho político* por la que reflexionar sobre el ideal del Estado y de su vida jurídica, como con un estudio *histórico* porque, en opinión de Posada, la historia y la filosofía del derecho político se completan y auxilian: “la una sin la otra, desde el punto de vista del hombre, son inconcebibles, porque el hombre... no puede filosofar sin tener como base el conocimiento de los hechos, y tampoco puede conocer los hechos bien sin saber algo de la idea que les sirve de fondo” (Posada, 1884: 53). Así como, desde el punto de vista de la *filosofía de la historia del derecho político*. La importancia de la obra le valió ser declarada de utilidad para la enseñanza por Real Orden de 20 de abril de 1889<sup>3</sup>.

En 1893, animado por Victoriano Suárez<sup>4</sup>, Posada profundiza en las investigaciones publicadas en los *Principios*, y publica sus estudios y notas de diez años

- 
- 2 Sin perjuicio de que en 1881 se publicara la versión española de *La Lucha por el Derecho* de von Ihering con un prólogo de Clarín.
  - 3 Con fecha de 17 de enero de 1885, Posada propone que el libro le sirva como mérito en su carrera profesional, solicitando del Consejo de Instrucción Pública informe sobre el valor científico de la obra. Con fecha de 13 de abril de 1889 la sección segunda del Consejo de Instrucción Pública considera el libro “...de valor, como obra de consulta, por lo bien meditado, lo copioso de la doctrina y el gran conocimiento que entraña de todo lo más serio que se ha escrito sobre ciencia política, principalmente en los modernos tiempos. En tal concepto, la sección segunda no ve inconveniente en que la obra del sr. Posada se declare de utilidad para la enseñanza y sirva al autor de mérito en su carrera”. Dictamen del consejo ratificado por el ministro de Fomento, A. G. A. 7/7491.
  - 4 Como Señal Posada en sus memorias, refiriéndose a don Victoria Suárez como “mi paisano”, fue su editor y librero (Posada, 1983: 275).

de docencia en el *Tratado de Derecho Político*, su obra más relevante compuesta por tres volúmenes<sup>5</sup>, con sucesivas ediciones completamente revisadas, a la que consideró “obra capital de mi larga vida de profesor, de investigador y de publicista...” (Posada, 1983: 277), y en las que fue gestando la interpretación jurídica y política del Estado que le permitirá abogar por la soberanía política desde una concepción organicista en la soberanía social.

Con la publicación del *Tratado*, Posada aportó al pensamiento político del momento la división bipartita, mantenida por Bluntschli. Y así, frente a la anterior división tripartita defendida por Ahrens y acogida por Santamaría de Paredes<sup>6</sup>, Posada distinguió entre la Teoría del Estado –al que dedica su primer tomo– en la que estudia el Estado como un organismo de un sistema de funciones con el que garantizar el ordenamiento jurídico a partir de una conciencia éticosocial. Su segunda parte, dedicada al derecho político moderno, se ocupa del Derecho Constitucional comparado de los principales países de Europa y América, en el que presenta el Derecho Constitucional, “no como un mero resultado estructural, en la pura organización de las magistraturas circunstanciales, sino como entidad sociológica, desde el punto de vista de la actividad y de las funciones sociales que el Estado entraña” (Posada, 1897: 10-11). El tercero de sus volúmenes –que tras la primera tirada no se reimprimió y del que Posada quedó insatisfecho– constituye una “Guía para el estudio y aplicación del Derecho Constitucional de Europa y América (cuestionarios, textos y bibliografía)”, en el que analiza el derecho constitucional según las constituciones vigentes en los estados modernos. Con él, y sin llegar a funcionar como libro de texto, sí que alcanzó un éxito científico en la incipiente cultura constitucional, al tatar de renovar los contenidos de la disciplina para convertirla en *disciplina jurídica* de carácter sociológico, frente a la visión histórica y dogmática del Estado explicada por Colmeiro en su *Curso de derecho político*, con el que se aportó a los estudiantes de aquellos años el saber político exigido (Posada, 1888: 75-76)<sup>7</sup>, y donde me enteré, como afirma Posada (1983), de que “la soberanía de los pueblos es la soberanía del puñal”.

Desde su cátedra de *Elementos de derecho político y administrativo español*, Posada explicó el Estado desde una dimensión orgánica, como una realidad social ordenada políticamente para tutelar el Derecho. Una explicación más profunda del Estado que, sin ser Metafísica, trascendiera del mundo físico –más allá de la Física– en las exigencias de la naturaleza ética del ser humano, y permitiera al estudiante comprender la realidad en la que los acontecimientos políticos se producen (Soria, 2004: 503-515). Para ello, durante cuarenta y ocho años de cátedra, desde la universidad de Oviedo y en Madrid, profundizará en la relación SociedadDerechoEstado y la intervención directa de éste en el devenir social organizado formalmente a través de un texto constitucional como declaración jurídica del mismo.

- 
- 5 El primero de los tomos se titula “Teoría del Estado”, el segundo “Derecho Constitucional comparado de los principales estados de Europa y América” y el tercero “Guía para el estudio y aplicación del derecho constitucional de Europa y América (cuestionarios, textos y bibliografía)”.
- 6 Santamaría de Paredes definía el derecho constitucional como “el derecho que determina la naturaleza y organización fundamental del Estado”, bajo una triple vertiente histórica, filosófica y filosófica histórica, esta última, encargada de estudiar a la vez la organización ideal, así como la organización positiva (Varela, 2015: 78).
- 7 El derecho público que se enseñaba en las facultades de derecho, de 1845 a 1868, estaba dominado por la figura de Colmeiro, y por su libro *Elementos de derecho político y administrativo* que, era llamado “Colmeiro pequeño”, frente a los dos tomos de su *Derecho administrativo*. Véase Gallego Anabitarte (2002: 306) y Posada (1983: 75).

## II. El liberalismo democrático en la teoría orgánica del Estado

La realidad sociopolítica de la España de entre siglos se encontró condicionada con la incipiente aparición de la denominada *cuestión social*. El desastre del 98, tras la pérdida colonial, bajo un contexto social de miseria social agudizado por el ascenso del nacionalismo y el debilitamiento del turno de los partidos dinásticos, derivó en una crisis de conciencia nacional y con ella el necesario regeneracionismo social al que se trató de dar una respuesta democratizadora por parte de los intelectuales krausistas.

Frente a los intentos de regeneración “desde dentro”, sin voluntad por transformar la estructura del precario sistema de la Restauración, se ofrece desde la cátedra de influencia krausista, una reforma ética por la que tender hacia la socialización del Estado, vinculando el estudio del derecho político con la sociología, la filosofía, la historia y otras ramas del saber científico que permitieran transformar un enfoque formalista del Estado, sintetizado en un texto constitucional con alusión a “las funciones y órganos del Estado, para cumplir su misión jurídica y social” (Posada, 1897: XII), sin reflexionar en la *esencia* con la que inquirir el concepto, el origen, los elementos y su fin. De este modo, el Estado había quedado referido a un organicismo autoritario representado por el alcalde, el ejército, el recaudador de impuestos...; en definitiva, en quien limitaba la libertad del elemento neutro al detentar el poder de gobernar desde una concepción materialista, y convertirlo en instrumento de dominación, confundiendo el término *Gobierno*, con otro muy distinto como lo es el *Estado*, y que de la conjunción de ambos se permite hablar del “gobierno del Estado”.

La forma lo ha sido casi todo; desgraciadamente lo es todavía... Querer abstraer la política formal de la política sustancial, equivale a pretender construir una máquina sin tener en cuenta el fin a que ha de servir... (Giner de los Ríos, 1875: 201-225, 207-208).

El fundamento sociodemocrático de influencia krausista matiza la dualidad de seres distintos en la relación jurídica a que tiende el orden social, el uno superior –al referirse al Estado–, y el otro inferior –alusivo al individuo– porque el “hombre persona” se integra en un “organismo social vivo” que constituye una unidad soberana. Ahora bien, se permite discernir entre *gobierno* al referirse al “estado oficial”, como conjunto de personas que llevan a cabo la acción política del Estado, del “estado no oficial”, como entidad abstracta y ética que representa al Estado en sentido amplio; es decir, el conjunto de personas que lo integran –la sociedad–, y que se relacionan con el gobierno a través de sus representantes, como poder constituido. Esta distinción permite señalar la dualidad Sociedad-Estado, donde el término genérico “sociedad” recibe el nombre de Estado en el modelo constitucional, cuando adopta una organización determinada para garantizar el cumplimiento del derecho. De este modo, la función gubernativa queda reducida a una función del Estado –función ejecutiva–, mientras que el término Estado, en sentido estricto, lo refieren a la sociedad en la que el gobierno ejerce su función (Posada, n.d. a: 40).

El tradicional doctrinarismo abstracto condujo al error de reducir el estudio del Estado a su aspecto formal y considerarlo como algo por todos conocido y del que todos podían opinar. Sin embargo, su estudio exigía un análisis más detenido para descubrir su esencia, superando toda definición formalista que tendía a definirlo en los términos siguientes: “¿El estado?, pero hombre, el estado es lo que todos sabemos, gozamos y sufrimos” (Posada, 1934: 26). Si bien esta afirmación puede ser bastante para ciertos fines, es insuficiente para los fines

superiores del conocimiento científico, debiendo plantearse como problema esencial, la idea del Estado, “porque desde que el hombre se ha propuesto penetrar con su inteligencia la esencia, el ser de las cosas humanas... el estado ha sido, y todo hace pensar que continuará siendo, objeto de la reflexión y excitante de la curiosidad espiritual” (*Ibid.*: 10). Frente a él y sobre la constitución monárquica de 1876 se trató de conocer *lo que el Estado es y el porqué de su existencia* dado que, “la idea fundamental de la política, es ante todo e inmediatamente no la de orden, ni la de libertad, ni la de equilibrio de la libertad en el orden, sino la de su objeto mismo, la idea del estado...” (Giner de los Ríos, 1875: 76 y ss.). Sin tener una idea clara de lo que el Estado es y representa, difícilmente se podía profundizar en un estudio formal, al carecer de una base sólida en la que apoyar su concepto; lo que facilitaría las continuas variaciones en el modo de entenderlo en un proceso de democratización político y social.

De este modo, frente al viejo liberalismo doctrinario, y por influjo del movimiento renovador de la filosofía alemana, se empieza a explicar un liberalismo democrático formulando una “idea pura del Estado”, de raíz ética y contenido social que da prioridad al “hombre interior” miembro del orden social, y trata de definirlo desde una concepción jurídica, al considerar el Estado como unidad autónoma de orden jurídico cuya observancia depende del ser racional. Esta definición de Estado, como orden social garante del ordenamiento jurídico fue defendida por Posada, porque al igual que señalara Azcárate:

De un modo directo o de un modo indirecto, a todos es dado influir en la marcha de la cosa pública, a todos interesa ésta por necesidad; porque siendo el fin del Estado declarar y hacer efectivas las reglas que han de presidir la vida individual y colectiva, no hay nadie a quien tal sea indiferente; y todos, quiéranlo o no lo quieran, son colaboradores de la obra social en esta esfera, porque, el que menos, contribuye en ella participando en la creación o transformación de las costumbres jurídicas y políticas (Azcárate, 1978: 172).

En este punto, el organismo ético krausista se aproxima a la doctrina del organicismo naturalista en la que: “El Estado se produce y se nos revela como una síntesis incesantemente renovada de la acción de todos sus factores constitutivos; los que formamos el Estado lo hacemos, y a nadie que viva en él le es extraño” (Posada, 1928: 476), apreciando cierta evolución en su concepto. Si bien en un primer momento, Posada opta por una acepción amplia, a tenor de su sentido gramatical, al definir el término Estado como “la manera de ser o estar constituida políticamente la comunidad bajo una forma de organización determinada”, sin impedir que de su unidad se vayan diferenciando las instituciones contenidas en él como la familia, la iglesia, las asociaciones municipales, gremios..., como unidades orgánicas que integran el Estado, unidad orgánica superior. Con el tiempo se inclinará por una definición técnicojurídica, en la que, al analizar el Estado en su esencia, considere la finalidad jurídica a la que tiende como garante del ordenamiento jurídico (Santamaría de Paredes, 1893: 66).

La propuesta de Estado tutelar se obtiene ahondando en él, porque “el Estado es cosa de adentro, es una labor de su fuerza inmanente”, ofreciendo una definición teleológica por ser la que permite conocer su *porqué*, dado que el Estado no es una realidad simple cuya existencia responda a un mero capricho de la organización social, sino que en un Estado constitucional es a quien le corresponde el poder soberano en el cumplimiento del fin jurídico. En este sentido, junto al interés prestado al aspecto formal, no era menos importante la determinación de los fines del Estado bajo su aspecto positivo porque, como señala Holtzendorff (1888: 198) “no tendrá base sólida, seguramente, sistema

político alguno que de antemano no resuelva tal cuestión. Ni sería fácil apreciar, por otra parte, la legitimidad y la moralidad de los actos políticos, sino considerándolos en su relación y armonía con las aspiraciones y fines supremos del estado”.

En la determinación del fin del Estado se centra la conceptualización del término. Su existencia como entidad social depende del objeto de su acción; y de ahí que, como advierte Giner de los Ríos (1880: 225-264, 240), cuantas teorías han tratado de explicar su naturaleza, lo consideren como un orden teleológico, como un órgano o instrumento adecuado para satisfacer cierto fin. Pretender dar una definición puramente formal en la que se prescindiera de la idea de fin, nunca podrá ofrecer una definición completa del mismo; antes bien, omitiría una de sus notas características que le permiten distinguirlo de aquellas otras formaciones que buscan equipararse, e incluso superarlo.

La existencia del Estado como unidad orgánica superior no obedece en la filosofía krausista a una decisión arbitraria, sino que esa existencia ha de tender a un fin: si el Estado existe ha de tener su razón de ser, ha de tener un fin o fines que cumplir. En este sentido, y frente a las doctrinas del momento, Posada le asigna una finalidad única: garantizar la observancia del derecho avalando la libertad individual y la justicia social. Esta finalidad jurídica de influencia gineriana, le permite superar la visión estática del Estado para constitucionalizarlo en un conjunto de instituciones permanentes que unen a los hombres para ordenar su vida colectiva según un sistema preestablecido a través del derecho constitucional, no entendido éste como mera abstracción, sino como una realidad que se adapta por el devenir de la historia. A partir de este momento, el Estado se convierte en institución para el derecho; es decir, el derecho político como derecho del Estado: “es derecho para el derecho” (Posada, 1897: 121) al reducir el Estado a un cierto orden o reglamentación a la que debe someterse la comunidad amparada en una Constitución –escrita o no– que garantice la aplicación del Derecho al Estado. Esta afirmación le permite, al igual que a Kelsen, superar la dualidad EstadoDerecho, al negar su distinción.

Para garantizar la finalidad a la que el Estado tiende, Posada sustituye la tradicional teoría de la división de poderes con la que Montesquieu iniciara en 1748 el moderno estado constitucional con la publicación de *Del espíritu de las leyes*, por la teoría de división de funciones, en la que el Estado, al igual que el organismo humano, lleva a cabo sus funciones a través de una previa actividad constante, que se concreta en poderes en la medida en que se organizan en torno a una institución. En este sentido, y teniendo en cuenta que no toda función realizada por el Estado se convierte en poder, Posada distribuye las funciones entre los distintos poderes, para tratar de explicarlas a partir de la esencia y el fundamento como unidad orgánica por el que la institución se constituye, sin perjuicio de que en la práctica se desdoble en operaciones distintas. Se supera por tanto, la idea roussoniana del pacto como causa y origen del contrato social y, mediante el organicismo krausista, sitúa el origen de la soberanía del Estado en su analogía con todo organismo natural, porque primero surge la función, es decir, el derecho, y solo ante su existencia se desarrolla el órgano –Estado Soberano– necesario para garantizar su funcionamiento, dado que toda necesidad requiere de un acción que con el tiempo se constituya en una función, para terminar formalizada en un órgano que la realiza de forma ordenada y reflexiva.

La dimensión espiritual y finalista del liberalismo orgánico convierte al Estado en un instrumento capaz de garantizar la observancia del derecho, en el que el propio Estado queda sujeto a las reglas jurídicas, “convirtiéndolo de soberano asistido del poder de dominación, en soberano sí, pero que se acomoda, por “autodeterminación al Derecho” (Posada, 1931b: 78). Como se analizará más

adelante, en la teoría del Estado de influencia krausista, la soberanía se *espiritualiza*, superando un punto de vista material entendido como privilegio del más fuerte, para dotarle de un sentido jurídico, como poder de decisión propio de toda persona autónoma inserta en el orden social. Desde esta soberanía humanizada se propone la sustitución del término “soberanía” por el de “autonomía”, al reducir el poder soberano del Estado a la capacidad jurídico-política del grupo humano que lo integra para elaborar y respetar el ordenamiento jurídico.

En la medida en que el Estado es considerado institución para el derecho, y con la intención de explicar su existencia a partir de la realidad, Posada vincula su estudio a la sociología; personifica el Estado en la sociedad de la que procede –estado no oficial– en la que cada uno de sus miembros –como ser racional y libre cumple el derecho– se convierte en estado a nivel individual, esencia de la personalidad moral del Estado referida por Hauriou. Por tanto, la actividad que exige el derecho se ha de llevar a cabo por un ser capaz de valorar la legalidad de los actos, es decir, por la persona como ser racional y libre. Entre las distintas cualidades del sujeto, la que al Estado le interesa es su condición jurídica, convirtiéndolo en agente activo del derecho, al transformar al hombre interior bajo el convencimiento moral del esfuerzo de todos hacia el ideal de la humanidad.

Este finalismo jurídico al que tiende Posada y cuya observancia depende del ser racional, es el que justifica la transformación del hombre interior a través de un regeneracionismo pedagógico. Renovación moral de la vida española que encuentra acomodo en las tendencias regeneracionista que, frente a posturas conservadoras y autoritarias, proponen la educación social como programa político por el que educar “al hombre que piensa, siente y quiere” (Ortega y Gasset, 1916: 262) a fin de corregir la inoperancia de un régimen representativo que había permitido que “el pueblo haga por sí solo la educación, y la haga parcial y egoísta, siguiendo vuestro ejemplo y volviéndolo contra vosotros” (Sela, 2007: 55).

La propuesta regeneracionista, tan ligada al reformismo social, no plantea ni una sociedad completamente igualitaria ni admite una jerarquización social, antes bien, sobre la base de que el Estado “se hace por sus miembros”, plantea una vía intermedia en la que instruir al ciudadano como vía preventiva con la que lograr un régimen democrático estable, mediante su integración social en un *gran cuerpo* titular de la soberanía nacional, porque “así como los pueblos civilizados ejercen de derecho y por deber una tutela sobre los que no lo están, y las clases sociales superiores sobre las inferiores, de igual modo los hombres maduros y experimentados tiene el derecho y el deber de preparar las nuevas generaciones para que puedan mañana regir dignamente su vida y prestar a la sociedad los servicios que esta exige de todos sus miembros” (Azcárate, 1978: 192). Una tutela de las generaciones maduras para que las nuevas, “adquieran la suficiente conciencia de los hombres y de las cosas, se interesen por el régimen atinado de la política nacional, penetren en lo posible las soluciones de los graves problemas de la gobernación del Estado, sientan, en fin, piensen y quieran con criterio ilustrado” (Buylla, 1890: 325), y participen a través del sufragio en la institución representativa dependiendo de la posición que ostenten en la pirámide, simbolizada por Posada, “cuya base fuera la masa social entera, y la cual se va estrechando a medida que la participación de los miembros que componen el estado, en la vida política, es más estrecha y reflexiva”, y continua afirmando que lo que gana en intensidad lo pierde en extensión; es decir, que cuanto más atención y cálculo y capacidad pide la acción política, son menos los que están en condiciones de efectuarla (Posada, n.d. b: 2627).

Pese a que la participación social de una minoría cualificada pudiera ser tildada de un elitismo democrático ante la jerarquización de los componentes sociales,

la interdependencia y equilibrio entre el individuo y la sociedad garantizaba un desarrollo armónico que le distanciaba de la teoría elitista que consideraban a la masa como materia inerte, incompetente e ingobernable. El krausismo trata de cumplir una función integradora a través de la educación, que se erige en una pluralidad de órdenes diversos con estructuras y fines específicos –la familia, el municipio, los sindicatos, la iglesia, la universidad...– pero de base organicista social que ve en el Estado político un instrumento con el que lograr el ideal jurídico en la proclamación del imperio del Derecho, sustituyendo la idea de mando como poder coactivo, propio de un estado totalitario, por la de ley obligatoria para el propio mando.

En el elemento constituyente propuesto por Posada, el poder como instrumento del Estado, no manda por ser poder, sino porque así lo exige el imperio del derecho. Esta revisión del liberalismo que plantea el liberalismo democrático exige una reforma de la constitución jurídica de la sociedad y del Estado a través de la implantación de un verdadero Estado de Derecho, en el que se respete un régimen de garantías del ciudadano al hacer compatible los términos soberano y súbdito. De este modo, y pese a que la titularidad de la soberanía tiende a considerar antitéticos los términos, *soberano*, para referirse al órgano que ostenta el atributo material del poder, sea en manos del monarca o de una minoría privilegiada, frente al término *súbdito* o masa social sometida a la fuerza del soberano, esta antinomia es difícil de mantener ante una concepción organicista del Estado defendida por Posada, en la que la finalidad jurídica que justifica la existencia del mismo hace innecesario, desdoblar el contenido social en dos partes: el que manda y el que obedece (Posada, 1928: 299). No hay inconveniente, señala el autor, en afirmar que *el mismo Estado es soberano y súbdito de sí propio*, en la medida en que siendo la soberanía una cualidad distintiva del poder del Estado, el ejercicio de su actividad no le puede corresponder sino al propio Estado, siendo el gobierno el que asume su representación.

### III. La soberanía política como función de Estado

En la elaboración de toda teoría del Estado junto a la concreción del objeto y el fin al que el Estado tiende, se ha de precisar la titularidad la soberanía política, en torno a la cual se plantean problemas tan complejos como el fundamento del Estado por el que se obliga a obedecer, y la justificación del poder político que, frente al doctrinarismo abstracto, en la filosofía jurídica krausista ofrece la imagen de un Estado intervencionista, como ente real con necesidades que cumplir, y que ha de llevar a cabo las actividades propias para garantizar el cumplimiento del derecho.

La soberanía es un concepto cuya primera aproximación sugiere la idea de función que el Estado materializa de forma inmediata en actos de dirección, mando y coacción. Así, en el proceso histórico de la sociedad occidental, la soberanía se ha distinguido como cualidad de poder o fuerza característica del poder político en Platón y en la *Política* de Aristóteles, siendo en el pensamiento moderno del constitucionalismo europeo donde alcanza la consideración de fuerza característica del Estado, vinculando el concepto a todo Estado constitucional en el que el poder constituyente manifiesta su voluntad política a través de la Constitución.

La soberanía es la fuerza central, mantenedora de la unidad del estado, y siendo la soberanía del estado, su característica, la supremacía, querrá decir, que sólo el estado, es quien, en su esfera, decide: nadie limitará su acción desde fuera (Posada, 1928: 329-330).

En opinión de Bluntschli (1880: 403) la expresión “soberanía” nace en Francia; siendo la ciencia francesa la primera que la desarrolla, y Juan Bodino (1530-1596) quien teoriza sobre la esencia de la soberanía del príncipe desde un punto de vista jurídicopolítico y la eleva a la categoría de principio fundamental de derecho público para convertirla en el elemento central de la organización del Estado. Sin embargo, y frente a este concepto del absolutismo monárquico, la titularidad de la soberanía evolucionará hacia un modelo de Estado donde la soberanía residirá en el pueblo, titular de todos los poderes en el nuevo modelo constitucional. Bajo el nuevo orden político, Posada estudia la soberanía a través del reflejo natural del proceso de su historia capaz de adaptarse a los movimientos políticos, y niega la existencia de un origen pacífico del concepto, por entender que éste se debe a una conquista, “no polémica” –como indicara Jellinek–, sino “bélica” (Posada, 1931a: 79) por alcanzar el poder, dado que “no se ha descubierto este concepto en el gabinete de sabios extraños al mundo, sino que debe su existencia a fuerzas muy poderosas, cuyas luchas forman el contenido de siglos enteros” (Jellinek, 1981: 327). Si en su origen la soberanía fue una noción “política”, expresión de una fuerza materializada, con el tiempo, la constitucionalización del poder tiende a espiritualizarlo hacia una concepción ética como última razón del derecho<sup>8</sup>.

Para Orlando, la soberanía es “la fuente de todos los poderes públicos, como un derecho supremo, en el cual todos los derechos particulares encuentran su síntesis y su razón común”<sup>9</sup>. Definición que responde a la misma etimología de la palabra soberano, *soberanus de super*, estar situado por encima, que convierte al Estado en aquel que actúa de forma tal, que sus actos no pueden ser revisados, al actuar en última instancia, sin ulterior recurso, de un modo inapelable. Esta definición, pese a ser incompleta no es errónea, en opinión de Posada, y con la que coinciden tanto los partidarios de la soberanía de derecho divino, como los partidarios de la soberanía popular e incluso los doctrinarios. De este modo, pese a considerar la soberanía como un atributo distintivo de poder político y poder del Estado (Posada, 1915: 246-258, 246), con el que poder ejercer la “suprema potestas” o “poder pleno” bien bajo la dirección déspota de un régimen de tiranía, bien de imperio absoluto... viene siendo la posición admitida en toda comunidad política organizada, el reconocimiento de una fuente suprema como es la Constitución.

En el modelo constitucionalizado de Estado defendido por Posada, el ente soberano actúa por sí mismo en la esfera de su propia capacidad racional (Posada, n.d. c: 50). Este concepto tiene su fundamento en la idea de la capacidad jurídica del Estado, en cuanto competente para dirigirse racionalmente; es decir, con aptitud para obrar según reglas propias sobre las determinaciones de su actividad.

Sin embargo, como ya advirtiera Giner de los Ríos (1875: 209), la soberanía no es solo atributo del Estado, sino que se da en todos los círculos de la vida, en el individuo, en la sociedad doméstica..., en la medida en que, “siendo enteramente

---

8 La expresión soberanía tiene una evolución y así, si en un primer momento se utilizó para identificar el poder de la monarquía, posteriormente, cuando el monarca se somete al texto constitucional, la expresión pasa a identificar la relación del estado con sus súbditos. Asimismo, la expresión sigue utilizándose para referirse a las relaciones internacionales entre Estados; en cuyo caso, soberanía viene a significar independencia de un Estado con respecto a terceros Estados. Distintas formas de entender la expresión “Soberanía”, a la que se refiere Merriam en su libro *Historia de la teoría de la soberanía*, y que recoge Posada en su artículo “La soberanía”, 248-249.

9 Definición recogida por Posada (1915: 246).

independientes en la esfera de su respectiva competencia, no reconoce superior para cuanto dentro de ella le está encomendado". De este modo, la soberanía no queda limitada al ámbito del Estado, sino que es propia de todo individuo en cuanto autónomo e independiente para el cumplimiento de sus fines, vinculando los conceptos poder-autonomía y soberanía, en la medida en que la persona es soberana en la esfera inmanente, porque no se concibe personalidad sin un poder propio de determinación y una independencia para actuar (Posada, 1915: 246). En este sentido, y aunque en la ciencia política el término *poder* se haya limitado a designar la actividad del Estado con la que garantizar el éxito de sus fines mediante el empleo de la fuerza, el poder soberano no es una facultad exclusiva del Estado, sino propia de toda persona o grupo de personas, por reducido que éste sea, en la medida en que disfruta de personalidad propia, con un fin que cumplir y con poder –capacidad– para alcanzarlo (Posada, 1931: 55). Por tanto, si la soberanía es nota común a la persona individual y social, cuando nos preguntemos a quién corresponde la titularidad de la soberanía, la respuesta variará en función del punto de vista adoptado: desde un punto de vista jurídico, toda persona es soberana en la medida en que actúa con libertad. Sin embargo, desde una significación política soberano es el Estado como representante de la soberanía nacional.

Si bien los estados constitucionales no siempre recogen expresamente la titularidad de la soberanía en sus constituciones, recuerda Posada "a un ilustre hombre político" afirmar que a la vista de su devenir histórico "ni por causalidad, hemos tenido la Constitución que necesita España" (Posada, 1931b: 59). De este modo, bajo los prolegómenos constitucionales del Estatuto de Bayona y frente a los defensores de la soberanía histórica de la monarquía absolutista, el exaltado patriotismo tras la invasión napoleónica promulgó la Constitución de 1812 sobre la base de un poder nacional constituyente que dio paso a un régimen constitucional de separación de poderes y reconocimiento de derechos y libertades individuales, previamente alcanzado en Inglaterra, Francia y Norteamérica. De este modo, en su artículo tercero establecía que "La soberanía reside esencialmente en la Nación" que había de actuar a través de las Cortes, símbolo de emancipación política del Estado y que se verá menguada con la constitución de 18 de junio de 1837, donde "siendo la voluntad de la Nación revisar, en uso de su soberanía, la Constitución política promulgada el 19 de marzo del año 1812", evitó alusión alguna a la soberanía nacional en su texto normativo, limitando su referencia al preámbulo de la ley.

Bajo el reinado de Isabel II, la Constitución de 1845 supuso una degradación del sistema del primer modelo constitucional, en el que al no admitir derechos políticos de carácter general no contiene pronunciamiento expreso sobre la titularidad de la soberanía, que quedó atribuida implícitamente antes a la Monarquía que a la Nación, no siendo por tanto, ni una constitución políticamente liberal, como tampoco lo fue de soberanía social constituyente, dado que tal potestad no residió sino en la potestad constituida de las Cortes con el Rey. Y así, frente a la Constitución de 1837 donde fueron las Cortes Generales, las que, en uso de su soberanía, acordaron revisar la Constitución que "decretan y sancionan" y que la reina se limitó a aceptar, en el preámbulo de la Constitución de 1845 expresamente se atribuye el acto de soberanía a la Reina, cuando dice "hemos venido –habla la Reina– en unión y acuerdo con las Cortes" a decretar y sancionar la Constitución. Es decir, pese a que la soberanía residía en la Nación, se ejercía a través de un pacto en las Cortes con el Rey. Acuerdo que se intentará rectificar en la Constitución ulterior.

Frente a debilidad del primer constitucionalismo y para afirmar la esencia de un régimen representativo adulterado se recurrió a las constituyentes que

elaboraron la Constitución *non nata* de 1856 en cuyo artículo primero disponía que “Todos los poderes públicos emanan de la nación, en la que reside esencialmente la soberanía”<sup>10</sup>, y que, pese a que nunca llegó a ser promulgada, merece interés el trámite parlamentario, la convocatoria de elecciones constituyentes y el restablecimiento de la constitución de 1845, pero sin Isabel II, que conducirá en septiembre de 1868 bajo la voz de “soberanía nacional”, al relevo del primer modelo constitucional hacia un régimen efectivo de libertades públicas con la promulgación por las cortes constituyentes de la Constitución monárquica de 6 de junio de 1869, cuyo carácter se define en su preámbulo al recoger expresamente: “La nación española, y en su nombre las Cortes Constituyentes elegidas por sufragio universal decretan y sancionan la siguiente Constitución”.

Ante un texto constitucional encabezado por una declaración de derechos del ciudadano, se incluye un título general bajo la rúbrica “De los poderes públicos” en cuyo artículo 32 se enuncia que “La soberanía reside esencialmente en la Nación, de la cual emanan todos los poderes”, y que pese al cambio de forma constitucional de 1873 se mantendrá en vigor hasta la intervención militar de 1874, y con ella la restauración del constitucionalismo histórico en la figura de Alfonso XII con la que Cánovas logrará imponer una Constitución sin proceso constituyente en unión del Monarca con las Cortes donde, pese a respetar el título primero “De los españoles y sus derechos”, se elude la titularidad de la soberanía, al retomar los anteriores principios de soberanía compartida, propiamente incompatibles, en opinión de Azcárate (1978: 107), con la soberanía nacional.

El constitucionalismo democrático se retomará con fuerza en 1931 tras la aparición de un régimen pseudodemocrático carente de fluido ético denunciado por Posada al defender, junto a Azcárate, que la soberanía nacional, única fuente de poder era “la única solución justa y conveniente, y la única posible del problema político de nuestros días”<sup>11</sup>. En estas fechas, tránsito del frágil Estado liberal hacia un Estado social de derecho, Posada planteó con urgencia la revisión de los fundamentos de la representación política y social del Estado, proponiendo un corporativismo democrático por el que integrar a los intereses sociales en la estructura del Estado y ello porque “toda revisión constitucional de fondo entrañará necesariamente la revisión de las bases del régimen electoral, a fin de ver de qué modo afecta a la significación de la institución democrática del sufragio, como función y derecho del ciudadano, el advenimiento a la vida del Estado de las nuevas formas de la personalidad y de la vida colectiva” (Posada, 1931b: 105). Revisión constitucional por la que integrar en la organización estatal a los nuevos intereses, dejando de ser una simple reforma abstracta para ser reflejo de la realidad social.

Su vinculación al partido reformista de Melquiades Álvarez le permite presentar su propuesta, al colaborar como miembro de la subcomisión técnica de la Comisión Jurídica Asesora del Gobierno en el Anteproyecto de la Constitución de la República con la redacción de las “Bases para la Constitución política de España” cuya base primera proponía: “La soberanía reside esencialmente en la nación, de quien emanan los Poderes del Estado. El Derecho en el Estado español emana del Pueblo, y se manifiesta ya sea espontáneamente bajo formas consuetudinarias, ya mediante leyes elaboradas por las instituciones constitucionales organizadas al efecto, con las solemnidades exigidas y según las normas

10 Esta Constitución no llegó a entrar en vigor en España, pese a ser discutida y votada por las cortes constituyentes de 1854-1856, al promulgarse el Real Decreto de 15 de septiembre de 1856 y con él el restablecimiento de la Constitución de 1845.

11 Prólogo escrito por Posada en SalinasAvilés (Asturias), 1 de agosto de 1931, al libro de Azcárate (1978).

establecidas por la Constitución” (*Ibid*: 215). Propuesta que fue rechazada por las Cortes Constituyentes de 1931, “por entender que no deberían superponerse los intereses corporativos o profesionales de los intereses generales a través de los partidos políticos” (Monereo Pérez, 2003: 208), y que le permitirá a Posada retomar su vida universitaria, al ser nombrado decano de la facultad de derecho de la universidad Central, y en 1933 decano honorario de la facultad de derecho de la universidad de Oviedo<sup>12</sup>. Años de crisis durante los que Posada asumirá la presidencia del Consejo Asesor y órgano del Ministerio en materia de conflictos sociales y la presidencia del Instituto Nacional de Previsión hasta que con la llegada del Frente Popular se refugie en su familia y en sus recuerdos. Sus memorias no recogen referencia alguna a esta última etapa, no por falta de recuerdos, sino por la intención de plasmar los pasajes gratos de una vida dedicada a la cátedra y “a mis discípulos”, y evitar, así, recordar cualquier acontecimiento ingrato.

El 9 de diciembre de 1931 entraba en vigor un nuevo concepto de norma fundamental, una Constitución fuerte señala Bartolomé Clavero (1986: 117) “frente a la debilidad de la propia tradición”, en cuyo preámbulo recogía expresamente que: “España, en uso de su soberanía, y representada por las Cortes constituyentes, decreta y sanciona esta Constitución” bajo el principio de integrar “una República democrática de trabajadores de toda clase, que se organiza en régimen de Libertad y de Justicia y cuyos poderes de todos sus órganos emanan del pueblo”.

Desde esta concepción organicista del Estado como una gran institución social, la soberanía individual se integra en una soberanía nacional, al consagrar el dogma democrático de anteponer el bienestar nacional al individual bajo la denominada *soberanía del estado*, porque esta no es exclusiva de un órgano-individuo, sino que pertenece a toda persona de derecho que forma parte del Estado y que justifica, en opinión de Posada, el intervencionismo de un Estado Constitucional en la medida en que es un Estado que se somete al Derecho.

De este modo, Posada supera las doctrinas que consideraban la soberanía como centro del poder político<sup>13</sup>, y ello porque la soberanía, en su organicismo jurídicosocial no es atributo de ningún órgano específico, sino del mismo Estado, como persona colectiva sociedad política. Esta idea de soberanía política, en opinión de Posada, hay que buscarla en el proceso hacia un constitucionalismo liberal en el que transformar el Estado ente que manda en unión autónoma con la capacidad para regirse, superando la idea histórica de soberanía monista, propia del absolutismo puro, representada en el príncipe no sometido a la ley bajo el axioma “*El Estado soy yo*”, con la fuerza de mando ejercida en un sentido material por alguno de sus órganos, ni siquiera por la misma *masa social*. Por el contrario, el devenir de los siglos XIX y XX fue gestando un concepto de democracia representativa referido al “más alto poder del Estado”, sin atender de forma cuantitativa al modo como se ejerce o en manos de quién se ejerce, sino a favor de la idea de soberanía cualitativa en su fuero interno como dominación sobre sí, con *autonomía* y en la relación externa con *independencia*, garantizando la compatibilidad de soberanías de distintos Estados en el cumplimiento del fin jurídico al que tienden:

12 Por Decreto de 30 de septiembre de 1933, *Gaceta de Madrid* de 5 de octubre del mismo, se nombra a Posada decano honorario de la facultad de derecho de la universidad de Oviedo, A. G. A. 4/9613.

13 Nos limitamos a mencionar algunas de las teorías que considerando la soberanía como el eje del poder, varían en el sujeto activo: la soberanía de origen divino ejercida a través de sus representantes; las doctrinas liberales que atribuyen la soberanía al pueblo; las eclécticas...

El poder tiene por fin hacer posible que el Estado cumpla su función propia, que no es otra que velar por el cumplimiento del derecho, haciendo efectivas las condiciones necesarias para que el hombre pueda realizar su destino (Azcárate, 1978: 85).

Esta interpretación de la noción de soberanía política como garante del cumplimiento del derecho, aporta la idea de límite jurídico del poder del soberano a la que Posada denomina “espiritualización de la soberanía política”, para entenderla bajo la idea de dominio del Estado sobre sí mismo y bajo el derecho, y no como fuerza material al servicio de una dominación ciega:

La espiritualización de la soberanía es una idea que corresponde, en el problema concreto del poder, a la más general de la concepción del Estado, soberano, sí, pero en el derecho, o sea sometido al derecho, y ello merced, principalmente, a la transformación de la noción de soberanía como expresión de dominación del hombre sobre el hombre en la noción de soberanía como fórmula expresiva del “dominio del Estado sobre sí mismo” y por el derecho (Posada, 1931-a: 88).

Bajo una soberanía humanizada, el Estado respeta la capacidad jurídica individual porque “del propio modo que el ser humano, adquiere la plenitud de su personalidad cuando posee la mayor capacidad para dirigirse, el estado habrá adquirido la plenitud de su soberanía, cuando sea una personalidad política tan coherente, que tenga la capacidad de ordenar su fuerza interna, dirigirla, formar su derecho y hacerlo respetar sin violencia” (Posada, 1910: 436- 449), en la medida en que el hombre, como ser racional, encuentra en su conciencia la justificación de un poder político y la necesidad de cumplirlo, bajo la significación del denominado *fluido ético*<sup>14</sup>. La soberanía espiritualizada como poder ético, conlleva que la soberanía deja de ser un mero poder de dominación para generar un poder ético, capaz de elaborar y hacer efectivo un orden jurídico justo y eficaz en la conciencia colectiva, que se impone tanto a gobernantes, gobernados; así como sobre el propio Estado en su condición de soberano.

La idea de un Estado con soberanía espiritualizada supone que el soberano debe estar también sometido a las reglas jurídicas, se somete al derecho, se domina a sí mismo y sin perder la calidad de superioridad, “no atropella al débil –al estado menos fuerte–; es capaz de respetar cosa tan espiritual como un derecho, sin que venga el derecho apoyado en cañones” (Posada, 1915: 37). Y ello porque como señala Posada (1928: 320-323), la soberanía “es un poder espiritual y ético... La fuerza obligatoria –validez y eficacia– de las decisiones de poder político tiene su origen en la conciencia de la personalidad del estado, y se mantiene en cuanto éste es capaz de darse cuenta del valor de tales decisiones, y en cuanto son exigidas por la atracción del fin racional que debe guiar su conducta”.

#### IV. Epílogo

Desde la concepción orgánicosocial de influencia krausista, Posada, sin ser considerado un constitucionalista en sentido estricto, sí fue un “demócrata” que, desde su cátedra *Elementos de derecho político y administrativo español*, trató de

---

14 Prólogo de Pérez Serrano a *La idea pura del estado* de Posada (1943: 20).

dar una explicación más profunda del Estado, centrado en el *hombre ciudadano de un organismo social*, en su intento por superar un liberalismo individual hacia un “liberalismo social”, con el que transmitir los valores, principios e inclinación por un Estado democrático, no solo desde un punto de vista teórico, a través del estudio de la constitución vigente, sino mediante una disciplina enciclopédica por la que concretar en *quién* y *cómo* se ejerce el poder del Estado<sup>15</sup>. Un nuevo liberalismo socializado, en el que a través de la acción tutelar de un Estado intervencionista se forme a la élite directiva comprometida con la libertad y la justicia social con la que garantizar la soberanía nacional.

Si bien el estado constitucional consolidará la soberanía nacional a lo largo de los siglos XIX y XX, el carácter eminentemente ético de la doctrina krausista que defendió Posada le privó de la viabilidad necesaria para llevarla a la práctica, dado el sentido ideal e irrealizable al que queda reducida. Esta teoría “ideal” derivó al final de su vida en la crisis del Estado; crisis en la que Posada quedó inmerso al ver la pérdida de los valores éticos por los que luchó. La crisis del Estado en su forma y en su esencia, le hizo perder la confianza en la elaboración de un nuevo derecho que combinase la libertad individual con el bienestar social, consciente de que toda revisión constitucional de la representación política y de sus instituciones deberían realizarse interpretando la realidad social a fin de quedar reflejada en la organización del Estado constitucional.

### Bibliografía

- Azcárate, G. (1978). *El régimen parlamentario en la práctica*. Madrid: Tecnos.
- Bluntschli, J.G. (1880). *Derecho público Universal*. 3 vols., Madrid: Góngora.
- Buylla, A. (1890). Sobre la necesidad actual de la educación del obrero. *Boletín de la Institución Libre de Enseñanza*, 330, 325-330.
- Clavero, B. (1986). *Evolución histórica del constitucionalismo español*. Madrid: Tecnos.
- Fuentes, J.F. (2004). Mito y concepto de pueblo en el siglo XIX: una comparación entre España y Francia. *Historia contemporánea*, 28, 95-110.
- Gallego Anabitarte, A. (2002). *Formación y enseñanza del derecho público en España (1769-2000)*. Un ensayo crítico. Madrid: Marcial Pons.
- Giner de los Ríos, F. (1875). La soberanía política. En F. Giner de los Ríos. *Estudios jurídicos y políticos* (pp. 200-225). Madrid: Librería General de Victoriano Suárez.
- Giner de los Ríos, F. (1875). La política antigua y la política nueva. En F. Giner de los Ríos. *Estudios jurídicos y políticos* (pp. 63-199). Madrid: Librería General de Victoriano Suárez.
- Giner de los Ríos, F. (1880). El individuo y el estado; el gobierno y la nación. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 57, 225-264.
- Holtzendorff, F. (1888). *Principios de política. Introducción al estudio de la ciencia política contemporánea*. Madrid: Librería Fernando Fe.
- Jellinek, G. (1981). *Teoría general del estado*. Buenos Aires: Albatros.
- Martín, S. (2015). Liberalismo e historia en el derecho político. Semblanza de Manuel Colmeiro y Peinado (1818-1894). En J. Varela Suanzes-Carpegna (ed.). *Siete maestros del derecho político español* (pp. 37-70). Madrid: Estudios Constitucionales.

15 Para Jellinek (1981: 1014), la política es la ciencia práctica del Estado o ciencia aplicada; es decir, aquella que estudia el modo como el estado puede alcanzar determinados fines.

- Monereo Pérez, J.L. (2003). *La reforma social en España: Adolfo Posada*. Madrid: Ministerio de Trabajo y asuntos sociales.
- Morán Martín, R. (2016). Crónica y actitud de un constitucionalista. La tesis de Adolfo Posada sobre la titularidad de la soberanía. *Estudios de Deusto*, 64, 361-375.
- Murillo Ferrol, F. (1951). Nación y crisis. *Revista de Estudios Políticos*, 47-76.
- Ortega y Gasset, J. (1916). La pedagogía social como programa político. *Boletín de la Institución Libre de Enseñanza*, 678, 257-268.
- Posada, A. (n.d. a). *Ciencia Política*. Barcelona: Manuel Soler.
- Posada, A. (n.d. b). *El sufragio según las teorías filosóficas y las principales legislaciones*. Barcelona: David Soler.
- Posada, A. (n.d. c). *Derecho usual*. Madrid: Ediciones de la Lectura.
- Posada, A. (1884). *Principios de derecho político. Introducción*. Madrid: Revista de Legislación.
- Posada, A. (1889). *La enseñanza del derecho en las universidades. Estado actual de la misma en España y proyectos de reforma*. Oviedo: Imprenta de la Revista de las Provincias.
- Posada, A. (1897). *Tratado de derecho administrativo: según las teorías filosóficas y la legislación positiva*. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez.
- Posada, A. (1906). *Derecho político comparado. Capítulos de introducción*. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez.
- Posada, A. (1910). Conferencias del Dr. Adolfo Posada de Ciencia Política, *Archivos de pedagogía y ciencias afines*, 7, 21, 436- 449.
- Posada, A. (1928). *Tratado de derecho político*. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez.
- Posada, A. (1931a). *Hacia un nuevo derecho político*. Madrid: Páez.
- Posada, A. (1931b). *La reforma constitucional*. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez.
- Posada, A. (1934). *La crisis del estado y el derecho político*. Madrid: Bermejo impresor.
- Posada, A. (1943). *La idea pura del estado*. Madrid: Revista de derecho privado.
- Posada, A. (1980). *Breve historia del krausismo español*, Oviedo. Universidad de Oviedo.
- Posada, A. (1983). *Fragmentos de mis memorias*. Oviedo. Universidad de Oviedo.
- Santamaría de Paredes, V. (1893). *Curso de derecho político*. Madrid: Establecimiento tipográfico de Ricardo Fe.
- Sela, A. (2007). *Extensión universitaria*. Oviedo: Universidad de Oviedo.
- Soria, M. (2004). El trabajo de cátedra de Adolfo Posada. En A. Mora Cañada (ed.). *La enseñanza del derecho en el siglo XX. Homenaje a Mariano Peset* (pp. 503-515). Madrid: Dykinson.
- Varela, J. (2015). Un influyente maestro del derecho político español: Vicente Santamaría de Paredes (1853-1924). En J. Varela Suanzes-Carpegna (ed.). *Siete maestros del derecho político español* (pp. 73-94). Madrid: Estudios Constitucionales.



# IV. RECENSIONES

# María Pilar Hernando Serra: Una historia inacabada. *El autonomismo valenciano de los años treinta*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, 207 págs.

**RAMON AZNAR I GARCIA**

Profesor de Historia del Derecho  
Universidad Internacional de Valencia

Editada bajo los auspicios de la *Cátedra de Dret Foral Valencià i desenvolupament estatutari* de la Universitat de València, la monografía presenta una oportuna puesta al día de la reivindicación autonomista valenciana durante los años treinta del siglo XX. Prologa el libro Pilar García Trobat, catedrática de historia del derecho, quien ha acreditado la pervivencia en Valencia de una reivindicación de raigambre foralista en pleno liberalismo decimonónico, centralista y nacionalista por definición. Seguidamente, la profesora Hernando, asimismo historiadora del derecho, desgrana, a lo largo de cinco capítulos ordenados cronológicamente los principales hitos de la aspiración valenciana de lograr una autonomía política.

Durante la monarquía alfonsina, hubo no pocas acciones de reivindicación valencianista, entre las que cabe citar el proyecto de Estado Valenciano del Partido Republicano Federalista, de 1904, o el proyecto de Estatuto Regional impulsado por el Ayuntamiento de Valencia y las Diputaciones Provinciales de Valencia y Castellón, en 1930. Durante esos cinco lustros, la causa regionalista experimentó un constante *crescendo*, que el dispositivo político-institucional trató de integrar.

Luego vinieron los años de la II República y el incremento de la participación política. Del inicio de aquella etapa, interesa destacar la ausencia valenciana en el llamado Pacto de San Sebastián. También que, durante los debates constitucionales, no se contó con aportaciones valencianas sobre la cuestión regional. No obstante, aquella ausencia y este silencio no significaron una parálisis de la demanda regionalista, que —ahora con el nuevo régimen— seguía sin hallar acomodo en los alambiques de la política y las instituciones estatales, y se desenvolvía en los circuitos del poder local y provincial, sobre todo de Valencia.

De este modo, en mayo de 1931, el ayuntamiento valenciano —dominado por el blasquista Partido de la Unión Republicana Autonomista, PURA— impulsó la creación de una comisión y una asamblea pro-estatuto, solicitó la aplicación

extensiva del decreto de 29 de abril de 1931 —en cuya virtud quedaban “derogadas todas las disposiciones dictadas desde el 3 de septiembre de 1923 contra el uso del catalán” (*Gaceta de Madrid*, de 30-4-1931)—, y propició la elaboración de un anteproyecto de estatuto de autonomía, que contó con una adhesión, notable y diversa, de las fuerzas políticas de la capital. ¿Qué frenó aquel empuje inicial? A escala regional, las reticencias de las clases hegemónicas de las ciudades de Alicante y Castellón, a las que no secundaron —por cierto— los principales municipios de sus respectivas demarcaciones. A escala estatal, cundió el protagonismo del proceso constituyente y, tal vez, ciertas estrategias de desvío de la atención, como la cesión al ayuntamiento de las emblemáticas Torres de Quart (*Gaceta de Madrid*, de 23-10-1931).

En 1932, la *Agrupació Valencianista Republicana* (AVR) —próxima a Esquerra Republicana de Catalunya— imprimió un sesgo antiinstitucional a la reivindicación autonomista. Frente al protagonismo —análogo al de los casos vasco y gallego— que venía asumiendo, primero, el ayuntamiento y, luego, la diputación provincial de Valencia, la AVR planteó una estrategia alternativa, que pasaba por la insistencia en lo propagandístico —difundir la conciencia regional y paralizar la demanda estatutaria— y lo partidista. Ya en 1930, la AVR había tratado de deslegitimar —adoptando también un enfoque antiinstitucional— el proyecto de estatuto de las diputaciones de Castellón y Valencia. Ahora, la división articulada alrededor de la AVR —la conjunción de partidos— y del PURA —la comisión gestora de la diputación— condujo a la inoperatividad institucional de la causa regionalista. Así las cosas, a lo largo de 1933, se multiplicaron los actos de las dos campañas enfrentadas: la de “propaganda valencianista” de la AVR y la de “afirmación estatutaria” del PURA. Durante meses, lo comunicativo desplazó a lo jurídico, y los mítines y los escritos en prensa impidieron cualquier avance estatutario. Tras las elecciones generales de noviembre de 1933 y el triunfo de radicales y cedistas, toda aquella efervescencia quedó aquietada. Joaquín Reig —el líder más destacado de la AVR— había resultado elegido diputado por Barcelona en las listas de la Lliga. Después, en octubre de 1934, la suspensión de la autonomía catalana comportó a su vez la proscripción temporal de casi todas las entidades valencianistas.

La victoria del Frente Popular, en febrero de 1936, lo fue también de *Esquerra Valenciana* —una escisión del PURA— y del *Partit Valencianista d'Esquerra* —heredero de la desaparecida AVR—. A diferencia de lo acontecido en 1931 —cuando primó un enfoque más transversal— y en un contexto de máxima polarización política, la cuestión estatutaria pasó a ser un asunto capitalizado por la izquierda en el poder municipal. Desde dicho poder, las referidas organizaciones izquierdistas auspiciaron —ahora sí— la creación de una comisión pro-estatuto, a la que —ahora también— se sumaron las autoridades de Alicante y Castellón. Un manifiesto en apoyo del estatuto de autonomía era así avalado por las organizaciones integradas en el Frente Popular. Cuando estalló la guerra civil y las autoridades republicanas se trasladaron a Valencia, la prensa anunció la aprobación por las Cortes Españolas del estatuto Valenciano, lo que tendría que haberse verificado el 1 de diciembre de 1936. No fue así y se desconocen aún las razones.

Afirma la profesora Hernando en las consideraciones finales del libro que resulta necesario conocer mejor aquel periodo. En mi opinión, este es el mensaje más valioso que aporta el trabajo recensionado. Y es que, en efecto, no pocos fondos documentales —de instituciones públicas o privadas, o de cabeceras periodísticas locales y comarcales, sean valencianas o de otros territorios— están a la espera de investigaciones que aclaren lo que aún nos es desconocido. Tras los cinco capítulos referidos, la autora presenta en apéndice algunos de los

principales documentos aludidos a lo largo del texto, entre ellos los borradores de estatuto de autonomía de 1931 y de 1936 que permanecían inéditos. Esto acrecienta —más si cabe— el valor del libro.

Por descontado, conocer las vicisitudes experimentadas por la reivindicación autonomista valenciana durante la II República Española interesa sobremanera, porque —historia del derecho mediante— lo decidido entonces devino en 1978 en un decisivo criterio constitucional de distribución territorial del poder político. También, porque están a punto de cumplirse cuarenta años de la promulgación —en 1982 y asimismo en un contexto desabrido— del Estatuto de Autonomía de la Comunitat Valenciana. En fin, porque ambos procesos —el frustrado republicano y el logrado de la Transición— forman parte de la historia constitucional española, y pueden ayudarnos a conocer aspectos del *régime de vérité* desde el cual la Constitución y el Estatuto son interpretados y de los que, tal vez, aún no nos hacemos una cabal cuenta.



# Tania Groppi: Menopeggio. *La democrazia costituzionale nel XXI secolo*, Bologna, il Mulino, 2020, 448 págs.

**SERGIO GEROTTO**

Professore ordinario di Diritto Púbblico  
Comparato  
Università degli Studi di Padova

Non è facile recensire una raccolta di saggi. Non lo è se i saggi sono di autori diversi, come nelle opere collettanee, ma non lo è neppure se i saggi sono opera dello stesso autore, come in quelle che raccolgono i lavori di un periodo della vita lavorativa di uno studioso.

Il volume che Tania Groppi ha dato alle stampe nel 2020 non è però una “semplice” raccolta di saggi. Anche ad uno sguardo superficiale ci si avvede infatti di avere davanti il risultato di un percorso che l’autrice ha compiuto nell’arco di poco più di una decina d’anni, muovendo il primo passo nel 2006 (*Costituzioni senza costituzionalismo? La codificazione dei diritti in Asia agli inizi del XXI secolo*), per poi proseguire fino al 2019 («*Occidentalis Karma*»? *L’innesto delle istituzioni parlamentari in contesti «estranei» alla tradizione giuridica occidentale; Diseguaglianze e immobilità sociale. Quel che la Costituzione italiana ha da dire*).

Certo, ogni studioso compie un percorso, ma non sempre in modo così coerente ed ordinato da assumere le caratteristiche di un viaggio pianificato con attenzione. Spesso, e direi anche purtroppo, da studiosi ci troviamo a fare del piccolo cabotaggio per seguire esigenze soprattutto concorsuali, con il risultato di passare da un tema all’altro senza veramente approfondire il filo conduttore che li unisce.

## 1. Il leitmotif: democrazia costituzionale e costituzionalismo globale

Il volume di Tania Groppi si contraddistingue proprio per essere all’opposto di questa logica dell’improvvisazione. È piuttosto agevole individuare il filo conduttore che unisce i 14 saggi che compongono il volume. Tutto può riassumersi in un “semplice” interrogativo posto da uno studente pachistano all’autrice: «*Why we should prefer constitutional democracy?*». Il leitmotif coincide appunto con il tentativo di dare una risposta a questa domanda, e questo implica interrogarsi

sulle origini della democrazia costituzionale sui suoi successi e sui suoi fallimenti, o meglio sui motivi dei successi e dei fallimenti.

La democrazia costituzionale si afferma come una evoluzione del costituzionalismo classico a partire dal secondo dopoguerra. Si usa a tal proposito la definizione di *Postwar paradigm* proprio per identificare lo stato, costituzionale appunto, formatosi attraverso un processo costituente democratico di tipo patrizio, nel quale la Costituzione, posta alla base dell'ordinamento come norma fondamentale e protetta dalla rigidità e dalla giustizia costituzionale, garantisce la separazione dei poteri, lo svolgimento di libere elezioni (democrazia elettorale), i diritti fondamentali anche attraverso l'apertura al diritto internazionale dei diritti umani ed il decentramento territoriale del potere. L'affermazione di questo modello è stata tale da assumere una dimensione globale. A tal proposito si parla di *costituzionalismo globale* con riferimento alla tendenza a vedere nella Costituzione non solo l'affermazione di una identità propria (autoctona), ma più ampiamente l'appartenenza ad una comunità internazionale accomunata da valori condivisi.

Il lavoro di Tania Groppi indaga questi fenomeni in contesti diversi mettendo in luce le variabili che incidono sull'affermazione di un costituzionalismo globale. In *La Costituzione tunisina del 2014 nel quadro del «costituzionalismo globale»*, saggio del 2015, viene evidenziato come risulti più ardua l'affermazione del costituzionalismo in quei paesi in cui esistono aspetti distintivi autoctoni che mal si integrano con i suoi principi cardine. Ciò accade, ad esempio, laddove manchi una netta distinzione tra religione e diritto, e dunque non possa affermarsi il principio dello Stato laico.

La Tunisia, a detta dell'autrice, appare come un esperimento tutto sommato riuscito, anche se sarebbe interessante una rilettura alla luce dei recenti avvenimenti tunisini. Difficoltà di segno diverso sono messe in luce in altro contesto, nello specifico quello asiatico, che l'autrice analizza sia una prospettiva di macrocomparazione (*Costituzioni senza costituzionalismo?* Cit.), sia nell'ambito più circoscritto dell'ordinamento cinese (*Tra costituzionalismo globale ed eccezionalismo: diritti e libertà nel sistema costituzionale cinese*, del 2015).

È compito arduo distillare un elemento unificante per un'area vasta ed eterogenea come quella asiatica, per la quale si è addirittura negata non già una identità unitaria, chiaramente non ipotizzabile, ma una soggettualità, seppur indistinta. L'autrice sa bene, e lo riconosce espressamente, che «*L'Asie n'existe pas*», o che «*Asia is only a geographical world. Asian nations share nothing in common*»<sup>1</sup>, ma questo non le impedisce di individuare un elemento unificante, sia pure di segno negativo.

Ad accomunare l'esperienza asiatica non è, infatti, un ipotetico nucleo di "valori asiatici", ma piuttosto la debolezza delle garanzie approntate nelle Costituzioni asiatiche a tutela di diritti e libertà importate dalla tradizione del costituzionalismo occidentale. Sono allora fattori accomunanti l'esperienza asiatica la previsione nelle Costituzioni di clausole che rimettono al legislatore la limitazione dei diritti, senza che a ciò corrisponda una tutela giurisdizionale effettiva; l'assenza di tutele per le situazioni di emergenza, ed anzi, al contrario, la presenza di clausole abilitanti la sospensione dei diritti in tali stesse ipotesi; la chiusura al diritto internazionale; la scarsa indipendenza del giudiziario. Così, l'inserimento dei diritti nelle Costituzioni asiatiche risulta essere non una vera e propria affermazione, ma piuttosto uno strumento di politica internazionale,

---

1 Sono due citazioni che la stessa autrice fa richiamando rispettivamente le parole del geografo Pierre Gourou e del ministro dell'industria e del commercio giapponese.

una sorta di “referenza” per aderire al club del costituzionalismo globale, con tutti i benefici che da ciò derivano, come risulta evidente nel caso cinese.

## 2. I metodi

“La sostanza non ha bisogno di forma” mi disse un tempo un professore ordinario a cui mi rivolgevo, da giovane studioso, dandogli del Lei. Così è anche per Tania Groppi, che per le classificazioni ministeriali (la forma) è Professoressa Ordinaria di Istituzioni di Diritto Pubblico, ma nella sostanza è studiosa di diritto comparato. Lo si vede in tutta la sua produzione, e non tanto per i temi affrontati, che guardano sempre oltre confine, quanto piuttosto per i metodi d’indagine utilizzati, che sono quelli propri del diritto comparato. Su questo aspetto non vi sono tante parole da spendere, se non forse per sottolineare la capacità di supportare sempre il dato quantitativo con quello qualitativo, come in *Sostenibilità e costituzioni: lo Stato costituzionale alla prova del futuro* (2016), nel quale l’autrice riflette sulla costituzionalizzazione del concetto di sostenibilità come aspetto del fenomeno della globalizzazione costituzionale.

C’è però un aspetto metodologico che vale la pena sottolineare, e che si colloca posteriormente alla riflessione fatta su ogni singolo lavoro inserito nell’opera. Si tratta della scelta ricostruttiva operata per dare corpo unitario al complesso di saggi scelti dall’autrice, sia attraverso l’individuazione di un *leitmotif*, come abbiamo già detto, sia con la proposta di un percorso logico, e non cronologico, di lettura.

Il volume è suddiviso in quattro parti: *Costituzionalismo globale?; Input; Competitors; Output*. Nella prima parte (*Costituzionalismo globale?*), il saggio sulla Costituzione tunisina del 2014, da solo rappresenta il pretesto per delineare il concetto stesso di costituzionalismo globale. La seconda (*Input*), offre uno sguardo su alcuni aspetti relativi alle origini del modello, il cosiddetto *Postwar paradigm*, in Europa, ed in particolare in Italia (*Resistenza e Costituzione*, del 2014; «Fondata sul lavoro». Origini, significato, attualità della scelta dei costituenti, del 2012 e *I simboli della Repubblica democratica: la bandiera*, del 2018). La terza parte (*Competitors*) contiene alcuni saggi cui abbiamo già fatto cenno sulla difficile affermazione del costituzionalismo al di fuori del contesto occidentale (oltre a quelli già menzionati vi si trova *Turchia 2017: l’attacco allo Stato di diritto e il fallimento della condizionalità europea*, del 2017). L’ultima parte (*Output*), più corposa, contiene le riflessioni su alcuni aspetti problematici del modello dello Stato costituzionale (*Occidentalis Karma?*?, cit.; *La legittimazione della giustizia costituzionale*, del 2010; «Bottom up globalization»? Il ricorso a precedenti stranieri da parte delle Corti costituzionali, del 2011; *Il dialogo tra le Corti in materia di antiterrorismo: strategia giurisprudenziale o convergenza culturale?*, del 2011; *Sostenibilità e costituzioni*, cit.; *Multiculturalismo 4.0*, del 2018 ed, infine, *Diseguaglianze ed immobilità sociale. Quel che la Costituzione italiana ha da dire*, del 2019).

L’ordine lascia intendere, *rectius* suggerisce, una chiave di lettura, che comunque non deve necessariamente essere rispettata. Ciascun saggio è autonomo, come evidentemente lo era in origine, e vive pertanto di vita propria. Ciò non toglie che sia stato messo bene in evidenza il contesto più ampio, quel progetto iniziale, in cui tutti si collocano.

### 3. L'approccio

Con riguardo ad un'opera scientifica può sembrare contraddittorio parlare allo stesso tempo di metodi e di approccio. Metodo e approccio non sono però sinonimi. Il primo è più consono a descrivere le scelte fatte dallo studioso tra uno strumentario ben definito ed approvato dalla comunità scientifica di appartenenza. Il secondo è invece più adatto a descrivere l'atteggiamento personale dell'autore, quello cioè che attiene alla sua sensibilità. Per intenderci, due diversi autori possono studiare lo stesso oggetto usando gli stessi strumenti metodologici, arrivando però a conclusioni diverse perché diversa è la loro attitudine personale e dunque il loro approccio.

Ciò che potrebbe suonare come un ridimensionamento, se non addirittura uno screditamento della scientificità del diritto, in realtà è un punto di forza. Fenomeni complessi e poliedrici, come il multiculturalismo, la globalizzazione, la sostenibilità, possono essere analizzati e compresi solo allargando la prospettiva a dimensioni apparentemente estranee al fenomeno giuridico.

Il lavoro di Tania Groppi ha il pregio di guardare oltre la "giuridicità" del diritto. Di tale approccio, ma si direbbe meglio *forma mentis*, si rinviene più di una traccia. Che lo stimolo alla riflessione venga dalla domanda di un giovane studente è già indicativo di tale sensibilità, ma lo è anche il saper appoggiare il proprio ragionamento su studiosi e personalità estranee alla ristretta cerchia dei giuristi. Non sono allora fuori luogo le parole di Papa Francesco che l'autrice cita a conclusione del saggio sul multiculturalismo:

«La pace sarà duratura nella misura in cui armiamo i nostri figli con le armi del dialogo, insegniamo loro la loro battaglia dell'incontro e della negoziazione. In tal modo potremo lasciare loro in eredità una cultura che sappia delineare strategie non di morte ma di vita, non di esclusione ma di integrazione» (*Discorso per il conferimento del Premio Carlo Magno*, 6 maggio 2016).

Non c'è modo migliore di descrivere il multiculturalismo.

Per concludere, ricordo una vignetta che campeggiava sulla porta di un caro amico, nonché collega, dell'Università di Friburgo (Svizzera). In essa un signore con la faccia assorta sentenziava che "*il serait important de dejuridiciser le droit!*" (sarebbe importante degiuridicizzare il diritto). Una *boutade*? Forse, ma il diritto non è una scienza esatta. Il diritto è una creazione dell'uomo per l'uomo, e pertanto deve rimanere umano. In quella *boutade* io l'ho sempre letta come "sarebbe importante riumanizzare il diritto". Leggendo il lavoro di Tania Groppi la mente è andata a quella vignetta.

Per concludere, questa volta veramente, avrei dovuto forse dare una spiegazione del titolo dato all'opera, *Menopeggio*, che sembra lasciar intendere un certo pessimismo dell'autrice riguardo il modello della democrazia costituzionale. Avrei dovuto, ma non l'ho fatto volutamente, per lasciare al lettore il piacere di trovare da sé la risposta.

Remedio Sánchez Ferriz:  
*Los institutos de democracia  
semidirecta. Estudio comparado  
(especial referencia: Italia-España),*  
Madrid, Fundación Jiménez Díaz,  
2021, 182 págs.

**GABRIEL MORENO GONZÁLEZ**

Profesor Contratado Doctor de Derecho Constitucional  
Universidad de Extremadura

Como toda buena obra académica que se precie, esta última contribución de la catedrática Remedio Sánchez Ferriz no se limita a la descripción del objeto estudiado, sino que sobre el mismo adopta una posición de compromiso intelectual en una dirección concreta y anunciada. Todo el libro gira en torno a la necesidad que ve la autora de diseñar los instrumentos de democracia semidirecta de tal manera y forma que sean complementarios a la democracia representativa y parlamentaria, no sus sustitutos. Lo sorprendente, dice, es cómo en pleno siglo XXI seguimos “sin haber hallado el equilibrio que permita complementar la democracia representativa con algunas formas de manifestación popular que siguen hoy generando encendidos debates y que se siguen usando en forma plebiscitaria, tan contradictoria (por su personalismo) con la vida democrática”.

Por ello, la reflexión académica parte de una defensa contundente del principio representativo como mejor forma de concretar el viejo ideal del “gobierno de las leyes” y como barrera frente a populismos de uno y otro signo que suelen acudir, últimamente, a la bendición plebiscitaria de sus mágicas y pretenciosas soluciones políticas.

Sánchez Ferriz recuerda, siguiendo las oportunas advertencias de Tudela Aranda, que la complejidad de los asuntos tratados y la falta de reflexión y deliberación en la ciudadanía desaconsejan, desde un prisma puramente democrático, la toma constante de decisiones mediante mecanismos referendarios. Como he tenido oportunidad de analizar en *La democracia humanista*, las interpretaciones puramente formalistas de lo democrático han tendido en las últimas décadas a olvidar la dimensión sustantiva del mismo, aquella que ha sido enriquecida por la tradición republicana y por las aportaciones de la teoría deliberativa. Pretender ampliar los instrumentos de democracia semidirecta para llegar a equipararlos en intensidad con el gobierno representativo constituye, en el momento actual, una clara temeridad derivada de la ausencia, fácilmente constatable, de una

educación cívica y de unas virtudes ciudadanas que deberían presidir, y no lo hacen, toda sociedad democrática avanzada.

A lo que hemos de añadir los deseos actuales de instantaneidad que se predicán de la hiperconectividad de sociedades cansadas, como las bautizado con acierto Byung Chul-Han; esto es, de comunidades fragmentadas incapaces de detenerse con sosiego (y silencio) para leer, analizar, estudiar y reflexionar. De aquí que sea de agradecer el hecho de que el libro ahora recensionado haga también un excursus sobre la realidad del fragilísimo compromiso cívico de una ciudadanía que, en su mayoría, apenas es consciente de los deberes que acompaña el ejercicio de lo político en una democracia. Apreciación que sigue una de las preocupaciones constantes en la extensísima y rica obra de la profesora Sánchez Ferriz y que se amolda en ésta al estudio, crítico, de las derivas plebiscitarias en algunos sistemas políticos.

Además, y como ha puesto de manifiesto parte de la doctrina más acreditada y se refleja en el libro, hemos de tener en cuenta que los llamamientos directos al cuerpo electoral para que se pronuncie sorteando a sus representantes, suelen pivotar en torno a respuestas binarias (sí o no) difícilmente compatibles con la resolución de los conflictos, cada vez más complejos, de nuestras sociedades actuales. Valga como ejemplo el referéndum del Brexit de 2016, que ha partido en dos al pueblo británico y cuyas consecuencias, jurídicas, políticas y económicas, aún no se han calibrado en su totalidad.

La preferencia por la democracia representativa está, pues, fundamentada y se hace evidente a lo largo de la obra. Pero al mismo tiempo la autora es consciente de que la autorreferencialidad de la representación política, si no es corregida en ocasiones por la expresión popular directa, puede devenir en una hipertrofia de los poderes constituidos y en un exceso de institucionalización de la toma de decisiones que puede llegar a difuminar tanto sus contornos como para bordear los límites de la deslegitimación.

La iniciativa popular o el referéndum (abrogatorio o propositivo), si son diseñados con las debidas cautelas, pueden ser instrumentos que frenen aquella tendencia autorreferencial y que complementen el principio representativo, enriqueciéndolo al ampliar la deliberación al conjunto del cuerpo electoral y mejorando su legitimación directa en cuestiones de especial trascendencia o, en aquellas otras, en las que la propia ciudadanía haya mostrado singular interés. Su uso, como se estudia en el libro, se ha incrementado exponencialmente en las últimas décadas, lo que también posibilita un mejor análisis comparado de sus diversas regulaciones en los Estados donde existe una concreción constitucional más detallada o extensa.

Tal es el caso de Italia, objeto prioritario de estudio para la profesora en toda su producción académica, que contempla tanto una iniciativa legislativa popular más ambiciosa que la española como, sobre todo, el inexistente en nuestro país "referéndum abrogatorio", que permite derogar una norma con rango de ley mediante el ejercicio muy pautado de la iniciativa popular.

Y es que después de Suiza, Italia es el país europeo de nuestro entorno donde más acogida han tenido los instrumentos de democracia semidirecta y donde el debate académico ha disfrutado de un nivel más alto y al mismo tiempo sosegado, algo que se echa en falta en un solar hispano que parece revolverse únicamente cuando se presentan demandas específicas o pretensiones esporádicas.

El grueso de la obra, por tanto, es la comparación entre el sistema italiano y el español, aclarando e indicando en todo momento la naturaleza timorata de los prácticamente inexistentes mecanismos de democracia semidirecta que se dan en el segundo. Para ello se hace acompañar de unos cuadros comparativos

sumamente didácticos y pedagógicos de los diversos institutos, que resumen las principales diferencias de una manera muy sencilla y fácilmente entendible para el lector, también para el lego en Derecho.

Para empezar, y esto es algo sobre lo que la autora hace hincapié, en España carecemos del “nexo de unión entre iniciativa y referéndum”, algo que cree decisivo para calificar a éste de auténtico instituto de democracia semidirecta. Solo cuando la iniciativa proviene del elemento popular, así como su resultado final, es cuando podemos hablar de tales institutos democráticos. Y en España, como sabe el lector, todo ejercicio referendario está institucionalizado en su iniciativa, que siempre parte del poder establecido sin dejar margen a la voluntad autónoma del cuerpo electoral. Lo cual no quiere decir que, de mejorar la regulación constitucional del referéndum en España, éste llegue a sustituir al principio representativo, algo que tampoco acontece en Italia.

La referencia del referéndum abrogatorio es ineluctable al respecto: el pronunciamiento popular, sumamente detallado en su regulación y con plazos y requisitos prefijados, se realiza sobre la previa decisión de los representantes que han aprobado una norma con rango de ley. Es decir, aquí el instituto actúa como lo que debiera ser para la autora todo mecanismo de democracia semidirecta, como una corrección puntual, pero necesaria, del principio representativo.

El resultado del pronunciamiento popular versa sobre un contenido normativo y tiene una traducción final también normativa, lo que atenúa su posible carácter decisorio o político, algo que la autora ve como poco deseable en aras del mantenimiento estable de aquel principio. Lo que no obsta a que actualmente haya un debate en el país vecino sobre la oportunidad política y jurídica de incorporar también en el edificio constitucional el referéndum propositivo, aquel que obligue al parlamento a adoptar una determinada iniciativa normativa aun pudiéndose modular en sede representativa.

Siguiendo el estudio comparado, uno de los análisis más interesantes que contiene la obra es el referido al control que la Corte Constitucional italiana realiza preventivamente del uso de los institutos de democracia semidirecta, lo que ha permitido la producción de un amplio corpus doctrinal en el que, en ocasiones y como deja traslucir la autora, parece derivarse cierta extralimitación, o exceso de celo, en su función jurisdiccional. Aunque ello nos habla, al mismo tiempo, de las cautelas que se adoptaron en su momento por el constituyente italiano, consciente de la necesidad de que las tipologías del referéndum o de la iniciativa legislativa popular sirviesen únicamente para complementar el principio representativo; de ahí la introducción de límites materiales al ejercicio de aquellas que deben ser supervisados, en su cumplimiento, por la jurisdicción constitucional.

Siguiendo a la autora, “si se quiere continuar en el sistema representativo, al referéndum y a la iniciativa popular no se les puede reconocer un espacio que sea tan grande como para marginar o debilitar las instituciones representativas”. Ahora bien, y en esta línea, no compartimos del todo su rechazo de plano al instituto del revocatorio de mandato, que sí se da como instrumento de democracia semidirecta en la realidad sub-federal de los Estados Unidos y en algunos países de América Latina. Sánchez Ferriz lo descarta como tal por ir contra la prohibición del mandato imperativo y por sustituir al principio representativo, pero somos muchos quienes lo vemos también en la senda apuntada de la corrección de este último y no en la de su sustitución. Hemos de recordar que el revocatorio puede igualmente ser diseñado con cautelas y límites jurídicos (empezando por los temporales y los circunstanciales), y que su uso puede ser momentáneo para corregir la deriva de un gobernante, o de unos representantes, que se han alejado en exceso de la voluntad popular o se han plgado a la referencialidad interna de sus partidos políticos.

Sobre estos últimos la autora realiza una crítica aguda, siguiendo a doctrina ya consolidada, por haber colonizado los contrapoderes y el conjunto de la arquitectura institucional del estado de Derecho. Y precisamente defiende la ampliación prudente de la democracia semidirecta para “suavizar los excesos a los que conduce la partitocracia”, algo que sería sumamente conveniente en España para paliar los excesos de un sistema político-partidista esclerotizado. Conveniencia que también ve y que considera oportuna si, en sede de reforma constitucional, se articularan mecanismos de democracia semidirecta con las garantías y cautelas jurídicas que ya muestran los italianos, pero en los que, como en estos, se diera esa unión entre iniciativa popular y resultado (popular) que hoy no contempla nuestra norma fundamental.

Es tan intensa esta ausencia en el sistema español que Sánchez Ferriz llega a afirmar el exceso de democracia representativa autorreferencial del modelo, puesto que, “salvo que se reforme la Constitución, no podemos hablar en España de instrumentos de democracia semidirecta complementarios de la representación parlamentaria”. La iniciativa legislativa popular, que es la única que procede de la ciudadanía directamente sin intermediación institucional previa, no tiene en la Constitución del 78 la capacidad de condicionar ni impulsar al parlamento, que libérrimamente puede hacer caso omiso de un instrumento, además, muy restringido a priori tanto por los límites materiales como por los leoninos requisitos exigidos (500.000 firmas).

La defensa que la catedrática realiza de la reforma constitucional en España para aumentar el grado de participación y deliberación ciudadana, teniendo como referencia el caso italiano, se incardina en las reflexiones finales de la obra, en las que Sánchez Ferriz realiza una reivindicación de lo común y de la comunidad sobre los intereses espurios del individualismo posesivo y egocéntrico que hoy reinan en nuestras sociedades.

Si queremos que de verdad la democracia sea tal, sea plena y avanzada, necesitamos no solamente disponer de los expedientes jurídico-constitucionales adecuados para el despliegue de sus potencialidades, sino también de una cultura política que se asiente en el respeto, la deliberación y la virtud de los antiguos, que diría Constant.

Cicerón o Aristóteles resuenan en estas últimas reflexiones de un libro esencial para comprender la necesidad de reformar nuestra Constitución no para eliminar sus elementos esenciales, como la primacía del principio representativo, sino para reforzarlos mediante la complementariedad de aquellos instrumentos, como los de la democracia semidirecta, funcionales a la mayor perfección y legitimidad de aquellos.

“Todo se diluye y cambia sin tiempo para aprehender las razones de nuestros cambios radicales ni de buscar soluciones”, se queja acertadamente la profesora de la Universidad de València. Al menos podemos afirmar que ese adagio no se cumple con la obra que aquí recensamos.

# Óscar Sánchez Muñoz: *La regulación de las camapañas electorales en la era digital. Desinformación y microsegmentación en las redes sociales con fines electorales,* Madrid, CEPC, 2020, 347 págs.

**VICENTE JESÚS NAVARRO MARCHANTE**  
Profesor Titular de Derecho Constitucional  
Universidad de La Laguna

Una de sus principales líneas de investigación son los temas electorales, a los que se ha aproximado desde una perspectiva jurídica, pero también con el complemento de la ciencia política, en la que también es licenciado, y añade además una perspectiva práctica por haber sido miembro de misiones internacionales de asistencia y asesoramiento electoral.

Es buen conocedor de los sistemas políticos norteamericanos, tanto de EEUU como de Canadá, países en los que ha tenido largas estancias de investigación, muy bien aprovechadas por el magnífico dominio que demuestra de las fuentes jurídico-políticas de ambos Estados.

El interés de Óscar Sánchez por estos temas no es nuevo. Más allá del análisis de los métodos de escrutinio y los sistemas electorales en sentido estricto, hay un amplio campo de lo que se conoce como “legislación electoral de contorno”, que se ocupa de los elementos que aseguran la celebración de procesos electorales justos, limpios, transparentes, y, en definitiva, con una razonable igualdad de oportunidades de los competidores. Precisamente a esto, a la igualdad de oportunidades, dedicó Óscar Sánchez su tesis doctoral que se convirtió en su primera y completísima monografía, también editada por el CEPC en 2007, que se ha convertido en una obra de referencia sobre el tema en nuestro país.

Con éstos antecedentes sobre sus inquietudes investigadoras no es extraño que los acontecimientos vividos en los meses previos a las elecciones presidenciales de 2016 que auparon a Trump a la presidencia de EEUU contra todo pronóstico, también las campañas previas al referéndum del Brexit, hayan sido uno de los principales acicates que ayudaron a iniciar la investigación que ha concluido con este nuevo libro.

Desde las anteriores victorias electorales de Obama de 2008 y 2012 supimos que las redes sociales se estaban convirtiendo en un instrumento poderoso dentro de las estrategias de las campañas electorales, pero parecía que

se trataba de poco más que un nuevo canal de comunicación unidireccional con gran capacidad de penetración y redifusión, eso sí, mucho más atractivo y eficaz que los correos electrónicos.

Sin embargo, en los últimos cinco años nos hemos ido acostumbrando a toda una nueva terminología que ha ido calando: fake news, posverdad, memes, etc. Las cifras de usuarios de redes sociales como Facebook, Twitter, Snapchat, Tik Tok, Instagram, etc. son varias veces millonarias y cada vez hay más personas, especialmente jóvenes, que sólo utilizan la redes o plataformas como You Tube como principal o única fuente de información, por lo que la preocupación por la eventual manipulación y distorsión del debate sobre los asuntos de las *res publica* en éstas está más que justificado.

Los ecosistemas de información digital carecen de filtros que puedan hacer una criba elemental de las mentiras y bulos, que se propagan con enorme facilidad, también a través de los servicios de mensajería instantánea (WhatsApp, Telegram, etc), sin que existan tampoco mecanismos eficaces de exigencia de responsabilidad. Además, carece de sistemas de equilibrios, se tiende a una polarización simplista e irreal que nos lleva a las “cámaras de eco”, como grupos cerrados que se interrelacionan únicamente con los que piensan como ellos, asumiendo acríticamente todos los mensajes, muchos de ellos con contenidos falsos que interesadamente buscan dañar la imagen de los competidores.

Junto a esto, las aplicaciones de Inteligencia Artificial aplicadas a nuestros buscadores (diseñadas originalmente para personalizar la publicidad que nos proporcionan) nos generan una “burbuja de filtro”, que nos facilitan un acceso preferente a lo que los algoritmos “suponen” que nos interesa ver, un ecosistema propio de selección de información: microsegmentación.

Tenemos así ya los tres elementos y premisas de los que parte el libro: redes sociales, desinformación y microsegmentación.

El siguiente paso resulta obvio: si ya disponemos de los perfiles de los ciudadanos, es posible personalizar los mensajes con capacidad para influir en su percepción de la “realidad” a los efectos de condicionar su comportamiento electoral, especialmente durante los periodos de campaña electoral.

Además, las nuevas redes sociales se presentan como alternativas a los medios de comunicación clásicos vinculados a los tradicionales poderes políticos y económicos (el establishment), y para el ciudadano aparecen como una forma de contrapoder en el que puede participar activamente, lo que es una de las razones por las que ha calado especialmente en movimientos extremistas y populistas de todo tipo.

Este panorama está causando un grave deterioro a la democracia, basada en la posibilidad de diálogo racional entre personas con cierta educación y cultura, con acceso a información plural, que permite la existencia de ciudadanos críticos y saludablemente escépticos. Hubo un dato de las elecciones norteamericanas de 2016 en las que Trump alcanzó la presidencia: el republicano no ganó en ninguna ciudad de más de un millón de habitantes.

La desinformación, que es cierto que ha existido a lo largo de la historia, dispone ahora de métodos e instrumentos más sofisticados, eficaces y baratos. Son los:

**BOTS:** perfiles falsos de las redes sociales que diseminan contenidos y son capaces de interactuar con otros usuarios de forma automatizada o dirigidos por algún humano (CYBORG).

**GRANJAS DE TROLLS:** grupo de personas que, de forma coordinada y anónima, realizan campañas en redes, foros, chats, y similares con el propósito de crear hostilidades y polémica, sin ánimo constructivo, y creando una falsa percepción de enfrentamiento y desprestigiando a rivales políticos.

En la actualidad es mucho más eficaz crear un meme o cualquier otro producto infográfico atractivo, con contenido real o no, que pueda viralizarse en las redes o servicios de mensajería que cualquier otro tipo de producto de campaña publicitaria tradicional, y, sobre todo, con costes sustancialmente menores. En algunos casos no es disparatado hablar de “guerra de la (des) información” y si comparamos lo que vale un caza F-18 con el coste de estas campañas la diferencia es abismal, y, sin embargo, quizá la influencia geopolítica real de ambas no es a favor del avión militar.

Ya disponemos de estudios serios que dejan constancia de estas estrategias: un estudio de la Universidad de Oxford ha identificado estrategias de este tipo en diversos procesos electorales de países occidentales, muchas de ellas desde servidores rusos, aunque no solo.

Además, es de sobra conocido el escándalo de la empresa Cambridge Analytica, que utilizó datos obtenidos de forma ilegal de Facebook, debidamente cruzados con técnicas de inteligencia artificial y comunicación estratégica con la finalidad de influir en los procesos electorales como en el referéndum del Brexit.

El conjunto de técnicas y estrategias que permiten a las nuevas tecnologías de la información y la comunicación suponen un evidente peligro para el pluralismo político, pero también un riesgo individual para los derechos fundamentales del ciudadano, y no solo por la intimidad y la protección de datos, ahora, junto a los derechos digitales, empezamos a hablar de los neuroderechos, en tanto que empezamos a preocuparnos por una eventual manipulación individual orquestada desde la inteligencia artificial. Los análisis personalizados y perfiles de simpatizantes políticos obtenidos con técnicas de minería de datos (historial de búsquedas, cookies, información de redes sociales y otras) nos deben poner también en alerta para no derivar en la distopía orwelliana del Gran Hermano.

Óscar Sánchez también se ocupa de los problemas que plantea el uso de redes sociales en las campañas electorales sin ver el lado más patológico, por ejemplo cómo supervisar los gastos electorales de las formaciones políticas, o el cumplimiento de limitaciones que impone una LOREG “analógica” y una Junta Electoral Central con medios más que modestos: ¿respeto de la jornada de reflexión?, ¿prohibición de publicación de encuestas en los últimos días previos a la votación? Tan sólo enumerar algunas de estas limitaciones nos hacen levantar una ceja y esbozar una ligera sonrisa...

El libro plantea todos estos problemas en el primer capítulo por lo que nos arrastra a seguir con los tres capítulos siguientes si queremos saber cómo propone un riguroso jurista como Óscar Sánchez que se deben abordar estos problemas. Para ello nos hará una brillante exposición de los estudios y recomendaciones de organismos europeos como la Comisión de Venecia del Consejo de Europa y también de la Unión Europea, que se pueden concretar en medidas que van desde refuerzo de la protección de datos personales, al fomento del periodismo de calidad o los programas de educación digital y mediática que doten al ciudadano de herramientas para discernir mejor entre la información de calidad y los intentos de manipulación. Plantea el autor que son necesarias medidas multinivel, una combinación de propuestas de reformas normativas, de carácter coercitivo, de fomento de protocolos de autorregulación y de acuerdos de coordinación entre estructuras políticas (nacionales e internacionales) y empresas tecnológicas globalizadas para disponer de todos los instrumentos que contribuyan a la eficacia de los objetivos.

Finalmente, el último capítulo lo dedica a la situación en nuestro país, en el que propone unas mejoras normativas, en línea con las que se deban tomar en el ámbito supranacional. Para combatir situaciones de manipulación durante los sensibles periodos de las campañas electorales, es particularmente atinada la

propuesta de un necesario protocolo de corregulación entre la Junta Electoral Central y las empresas tecnológicas mediante los que se pueda dar una respuesta rápida y con garantías frente a intentos de manipulación o intoxicación. En lo referido a la protección de datos y los partidos políticos, también dedica unas páginas a la relevante STC 79/2019 que impide que los partidos políticos tengan perfiles sobre las preferencias políticas de los ciudadanos.

En definitiva, se trata de un libro que, si se me pide una sola palabra para definirlo y animar a su lectura utilizaría el término: sugerente.

# Artemi Rallo Lombarte: *Investiduras fallidas y Constitución ignota 2015-2020, Madrid,* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2020, 516 págs.<sup>1</sup>

**CRISTINA PAUNER CHULVI**

Profesora Titular de Derecho Constitucional  
Universitat Jaume I

Me complace participar en la presentación del último libro de Artemi Rallo junto con Joan Montañes Xipell, humorista gráfico, a quien felicito desde este momento por la magnífica portada del libro. Esa ingeniosa imagen nos da las claves del libro: los leones del Congreso de los Diputados sujetan las bolas del mundo transformadas cada una de ellas en un reflejo gráfico del cambio en la composición del Congreso desde 1978 hasta 2020, el paso de un bipartidismo imperfecto al nuevo multipartidismo asimétrico que, en el periodo que va desde 2015 hasta 2020, ha dado paso a una “terra incognita” del constitucionalismo español. Igualmente, es un honor compartir mesa con dos personas clave en la historia de Castelló: Joan Lerma, primer presidente de la Generalitat Valenciana, y Francesc Michavila, primer rector de la Universitat Jaume I, ambos artífices de la creación de la UJI hace 30 años.

Antes de centrarme brevemente en la obra, quisiera referirme a su autor. Artemi Rallo es catedrático de Derecho Constitucional de la Universitat Jaume I y senador. Pero previamente ha sido Diputado nacional (2016-2019), director de la Agencia Española de Protección de Datos (2007-2011), director del Centro de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia (2004-2007) y diputado en las Corts Valencianes (1987-1995). Y quiero destacar que en todos estos cargos como servidor público ha prevalecido su faceta como jurista, con la que ha logrado importantes avances en el reconocimiento de los derechos fundamentales.

Como director de la Agencia Española de Protección de Datos firmó la resolución, que años más tarde, dará origen a la histórica sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que reconoció el derecho al olvido frente a los

---

<sup>1</sup> Intervención en la presentación del libro en el Menador Espacio Cultural de la Universitat Jaume I de Castelló.

buscadores de internet, un éxito calificado de victoria de David contra Goliat y gracias al cual los ciudadanos europeos podemos impedir situaciones que perjudican nuestra vida personal.

Como diputado, su lucha por reconocer los derechos digitales ha encontrado acomodo en el nuevo título X de la Ley Orgánica 3/2018 de Protección de Datos Personales y Garantías de los Derechos Digitales del que ha sido promotor. De este logro destacaré dos cosas: en primer lugar y de nuevo, su compromiso por fortalecer los derechos fundamentales dando respuestas a problemas emergentes y, en segundo lugar, subrayar que la norma suscitó el acuerdo unánime en el Congreso de los Diputados y ampliamente mayoritario del Senado, un feliz resultado y un dato no menor por cuanto contrasta con una vida parlamentaria muy crispada, en la que la política se ha convertido en un espectáculo agresivo y el conflicto radicalizado se ha instalado como norma. Y es en este ambiente en el que transcurren los episodios del libro de Artemi Rallo.

¿Qué encontramos en el libro? En *Investiduras fallidas y Constitución ignota* (2015-2020) se presenta un elenco de situaciones que tensionaron la Constitución y, en ocasiones, llevaron a la activación de disposiciones nunca aplicadas con anterioridad. Es el libro de las primeras veces y jornadas inéditas.

Porque en la historia más reciente de nuestro país se han producido situaciones inauditas que nos han sorprendido y desconcertado a medida que se iban sucediendo. Era difícil imaginar que la crisis de desafección ciudadana que originó las movilizaciones sociales del 15M en 2011 y la emergencia de nuevos partidos políticos iba a provocar no solo el fin del bipartidismo sino el inicio de un periodo de inestabilidad política a partir de las elecciones de 2015. Desde esa fecha se han sucedido coyunturas desconocidas en nuestra reciente historia constitucional: dos disoluciones anticipadas de las cámaras ante la inviabilidad de la investidura del presidente del Gobierno, la renuncia de un candidato a someterse al proceso de investidura o el primer triunfo de una moción de censura.

La obra no es –o no es solo– una crónica político-constitucional, sino que analiza los avatares de la política española durante los últimos cinco años y tiene el atractivo añadido de que su autor conoce las esquinas de la vida política y nos brinda explicaciones sobre los motivos y las estrategias que hay detrás de muchas decisiones de los partidos políticos en su lucha por el poder.

Respecto a su estructura, el texto se articula en seis capítulos si bien es posible discernir dos bloques claramente diferenciados.

El primer bloque se centra en las dos investiduras fallidas y correspondientes repeticiones electorales, situaciones en las que rigió un tacticismo de los partidos del que se lamenta Artemi Rallo y que los llevó a repetir los mismos errores en dos ocasiones.

Efectivamente, la pluralidad de fuerzas políticas representadas en el Parlamento español no ha abandonado un comportamiento frentista y la fórmula constitucional de investidura ideada para desarrollarse dentro de las costuras del bipartidismo se ha revelado como ineficaz dando lugar a largos periodos de Gobierno en funciones o el fracaso de las investiduras tras las elecciones de 2015 y 2019.

La fallida investidura de Sánchez en 2015 marcó un hito histórico al ser la primera vez que un candidato de un partido que no había ganado las elecciones trataba de recabar la confianza de la cámara ante el rechazo de Mariano Rajoy al Rey, lo que comprometió la posición de neutralidad de la Jefatura del Estado. La segunda se produce tras las elecciones de abril 2019 que tuvieron que repetirse en noviembre 2019 ante la falta de apoyos parlamentarios.

El autor analiza con rigor el procedimiento de investidura vigente del artículo 99 CE para valorar diversas opciones de reforma del mismo (analiza el

papel que puede desempeñar la presidencia del Congreso de los Diputados en lugar del Rey, descarta como vías alternativas las reformas de la LOREG y del Reglamento del Congreso de los Diputados para reducir el porcentaje de barrera electoral o la eliminación de los votos negativos, respectivamente) y apuesta por una modificación del artículo 99 CE para permitir la investidura automática del candidato de la minoría parlamentaria mayoritaria porque entiende que repetir elecciones constituye una anomalía democrática pues implica trasladar al cuerpo electoral la responsabilidad de garantizar la gobernabilidad. En una democracia representativa corresponde a los electos –y materialmente, en un Estado de partidos, a las formaciones políticas– preservar el normal funcionamiento institucional mediante un entendimiento leal y comprometido con el orden constitucional.

Como colofón de esta primera parte del libro, Artemi Rallo desarrolla la tesis conforme a la cual entiende que es necesario un cambio de percepción social sobre la cultura del pacto entre partidos políticos puesta al servicio de la gobernabilidad democrática. Porque advierte que la ciudadanía tiene una concepción negativa y errónea del diálogo político, como un duelo entre adversarios en el que ceder equivale al fracaso, y castiga electoralmente a los partidos que la practican.

La segunda parte del libro, que es la más extensa, está dedicada a la Constitución ignota y nos adentra en los “Otros episodios constitucionales inéditos”, “terrenos inexplorados del Derecho Constitucional español” en el que analiza con exhaustividad prácticas que han afectado a las funciones del Parlamento en diferentes direcciones.

Así comienza por la inaudita negativa del Gobierno en funciones de Mariano Rajoy a someterse al control de la Cámara baja, interinidad que se prolongó durante 10 meses, sosteniendo “una suerte de impunidad política del Gobierno cesante”, controversia zanjada por la STC 124/2018 que declaró la plena capacidad de control parlamentario sobre el gobierno cesante y recordó pertinentemente la obligatoriedad de que los órganos constitucionales ejerzan sus funciones con respeto al principio de lealtad institucional. También describe episodios que muestran la erosión de los poderes legislativos del Parlamento debido a las estrategias de los partidos para instrumentalizar el diseño institucional y aprovecharlo ilegítimamente en beneficio exclusivo, en primer lugar, mediante un ejercicio abusivo del veto presupuestario del Gobierno para paralizar u obstruir la tramitación de proposiciones de ley o a través de la ampliación del plazo de enmiendas de proposiciones de ley que ya han pasado su primer examen en el pleno del Congreso pero se estancan durante meses en las comisiones correspondientes o estancando su producción legislativa en favor de un uso intensivo del decreto-ley. O muy especialmente, presenta un crítico análisis sobre la instrumentalización partidista de la moción de censura, práctica contra la que Artemi Rallo se posiciona desde el inicio. El autor evidencia la utilización de la moción de censura como un acto positivo de construcción de un nuevo Gobierno para transformarlo en un acto negativo (destructor). Se han presenciado mociones como mecanismo instrumental para un fin distinto (convocar elecciones) porque los partidos políticos que la apoyaron no pretendían dar continuidad de la legislatura ni del programa de gobierno del Presidente investido; como mecanismo de desgaste político del gobierno solo útil a los efectos de mero instrumento de control parlamentario dirigido a erosionar y debilitar al gobierno de turno, o en el peor ejemplo, para debilitar al partido con el que se compite electoralmente en el espacio ideológico y provocar un *sorpasso*.

La activación del artículo 155 CE inició una serie de episodios vigorizantes de la posición la posición constitucional del Senado corrigiéndola a su favor y

otorgando a esta Cámara un protagonismo inédito, tales como el rechazo al techo de gasto que posicionó a la Cámara alta en pie de igualdad con el Congreso de los Diputados en el procedimiento legislativo y alteró el monopolio exclusivo del ejecutivo en la iniciativa legislativa presupuestaria o la creación de una comisión de investigación planificada para contraprogramar con fines ilegítimos otra comisión de investigación abierta al mismo tiempo en la Cámara baja.

En una democracia con ausencia de cultura de la reforma constitucional, no podía faltar una reflexión sobre el fracaso de los ambiciosos planes de reforma constitucional de muchas fuerzas políticas. Una situación de partida favorable pero que se frustró tanto por cuestiones de fondo –la dificultad de identificar un bloque temático de reforma cuyos postulados fuesen compartidos por la totalidad o mayoría de grupos– como por maniobras tácticas –la apropiación partidista del texto constitucional– que han demostrado la incapacidad de alumbrar con éxito cualquier conato de reforma constitucional.

Finalmente, en el año de la gran pandemia, el autor reflexiona con rigor sobre la declaración del estado de alarma, que justifica frente al de excepción –postura compartida por numerosa doctrina pese al pronunciamiento constitucional que ya conocemos en la STC 148/2021, de 14 de julio– y apunta los retos que deberá afrontar la sociedad de la era poscovid-19.

Así pues, el de Artemi Rallo, es un libro sobre unos años difíciles para la gobernabilidad pero apasionantes para un catedrático de Derecho constitucional en el que conviven armónicamente el jurista y el político. Un jurista con visión intelectual renovadora y fecunda en términos académicos que analiza estas coyunturas inéditas y aporta soluciones sólidamente argumentadas y el político comprometido y preocupado por la demostración pública y repetida, en sede parlamentaria formal, de la incapacidad o falta de voluntad de llegar a acuerdos, en evidente perjuicio del buen funcionamiento de órganos constitucionales.

En ese sentido, insiste en una idea básica que recorre todo el libro: “el acuerdo y el pacto político debe considerarse como la *última ratio* para resolver los dilemas constitucionales irresolubles” porque tan importante como una buena regulación es una buena praxis. Además de las normas hace falta compromiso institucional, buenas prácticas y altura política para alcanzar esa calidad democrática.

En definitiva, como no resulta posible disentir de este diagnóstico, espero que el libro se lea y, en aras de conseguir una mejor gobernabilidad y una mayor calidad democrática, se ponga en práctica esa lealtad constitucional que el autor reclama.

Ana Marrades Puig (coord.):  
*Los cuidados en la era COVID-19.*  
*Análisis jurídico, económico y*  
*político, Valencia, Tirant lo Blanch,*  
2021.

**JULIA SEVILLA MERINO**

Profesora honoraria de Derecho Constitucional  
Universitat de València

¿Es el cuidado un derecho? Igual no con estas palabras, pero para la vida de todo lo que existe en el mundo es necesario. Son muchas las acepciones que figuran en el diccionario: atención, solicitud, esmero, asistencia, diligencia... Algunas se relacionan con conceptos jurídicos, por ejemplo la denegación de asistencia, deber de socorro que junto al abandono puede poner en peligro la vida que sí es un verdadero derecho. Y, sin embargo, el cuidado parece que es algo innato, si se me apura instintivo en la especie animal sin la cual la descendencia no viviría. Y, como forma parte del instinto, no se valora. También está rodeado de emociones placenteras que lo hacen atractivo, lo que puede suponer algo de trampa porque al ocupar un tiempo exclusivo que impide hacer otras cosas. Supone una elección que puede limitar, excluir o renunciar a otras opciones personales. Y toda esta descripción tiene un sujeto en la totalidad y/o en la mayoría de las ocasiones: la mujer.

No tendría que ser necesariamente así. Esta continuidad fáctica, salvo en el caso de embarazo, es debida a la asignación de roles a la mujer, lo que se llama "género", por pertenecer al "sexo" femenino.

La verdad es que me hace mucha ilusión contribuir a que este libro se conozca un poco más. Por eso también agradezco a la profesora Remedio Sánchez Ferriz su amable invitación a publicar esta reseña en una revista, muy querida para mí y, de esta forma, tentar a su lectura.

El libro tiene su origen en el II Congreso internacional del cuidado, esta vez centrado en la igualdad y la diversidad en la era covid-19, por lo que cuanto se puede leer en él ha pasado por una doble reflexión: la exposición del profesorado, generalmente *on line*, contrastada por el posterior debate que acompañaba a cada una de las sesiones y la revisión para ser incluidas en este libro. Ana Marrades lo explicaba así: "Un momento sin precedentes conocidos por las generaciones de este período histórico, una crisis que ha puesto en jaque a

los servicios sanitarios, sociales, al sistema de enseñanza, y especialmente a la economía... que ha alterado nuestro sistema de valores y prioridades... y que ha hecho que las instituciones se enfrenten al problema y a la deuda pendiente que tienen con el cuidado". En definitiva, forma parte de ese contenido especial del Derecho Constitucional que sin las profesoras no existiría: el reconocimiento de las mujeres como sujetos políticos. Y este rasgo de vocación y convencimiento por lo que hacen se refleja en estas páginas en las que también encontramos ese sentido crítico que va unido a un buen análisis y que puede estimular a la ciudadanía activa.

Conviene también recordar que en la Constitución ya nos asimilaban al "sexo" hurtando la palabra mujeres cuando era a nosotras a las que se nos discriminaba por pertenecer al sexo femenino. Y eso no era un buen pronóstico. Sigo sin entender por qué lo hicieron porque la explicación aparente es demasiado cruel. Desde entonces estamos empeñadas en cambiar ese vicio de origen. Uno de los muchos ejemplos es el Institut Universitari de Estudis de la Dona que apoyó el conocimiento de esta materia en la Universitat de València y, recientemente, la creación en su seno de la Cátedra de Economía Feminista para propiciar un cambio cultural que haga realidad la centralidad de la persona, mujer y hombre, como sujeto de derechos.

El prólogo, de Ana Marrades, ya nos adelanta que su contenido abarca "tres dimensiones: la jurídica, la económica y la política que se apoyan en las vivencias propias de quienes escriben con dedicación plena a los cuidados y al mismo tiempo a la investigación y docencia". Su propuesta es científicamente ambiciosa: conseguir un modelo económico constitucional feminista.

No es un empeño fácil porque precisamente esta crisis, como dice Victoria Vázquez, está visualizando y problematizando el debilitamiento de las instituciones públicas derivado de políticas neoliberales, el fracaso del modelo económico que trata de perpetuarse de espaldas a las necesidades reales de la ciudadanía, el malestar y la violencia física y psicológica que se está viviendo en muchos hogares y fuera de ellos, la vulnerabilidad de nuestros cuerpos.

Y, sin embargo, como todo acontecimiento humano imprevisible que, como este, afecta a la salud de las personas de manera global, también provoca reacciones que a largo plazo pueden ser positivas. A una de ellas se refieren Elena Mut-Montalvá, Ana Vázquez-Cañete y Sergio Belda-Miquel cuando apuntan que la elaboración de la Agenda 2030 y los Objetivos de Desarrollo Sostenible, no está exenta de críticas, pero ha hecho emerger la importancia de la multivisión, también en el ámbito universitario, desde una "perspectiva más transformadora y desde la educación superior porque el cuidado es indispensable en tres ámbitos fundamentales: el cuidado de sí misma, hacia los demás y del entorno...".

Leyre Burguera ilustra con tablas las diferencias por sexo en el acceso a la enseñanza, "una de las variables que mejor expresan la asimetría entre los sexos. Se inicia desde el primer contacto con el itinerario formativo: pese al aumento de la escolarización femenina no se alcanzan a ver los resultados en igualdad en el desarrollo profesional... que también se advierte si introducimos la variable sexo en las evaluaciones que determinan el progreso en la carrera". Añadiendo, como Burguera hace, la encuesta de empleo del tiempo aparece el desigual y endémico reparto de responsabilidades. No obstante, "si, como dice la profesora Vicenta Tasa, mañana por cualquier motivo se paralizaran las múltiples formas de cuidados, el mundo tal y como lo conocemos se colapsaría y la inmensa mayoría de los bienes y servicios que son habituales en nuestras sociedades dejarían de funcionar... que además, en su mayoría, son realizados por mujeres...".

La política de cuidados también pertenece al ámbito competencial de las Comunidades Autónomas y la Comunidad Valenciana lo desarrolla en la Ley

3/2019 de 18 de febrero de servicios sociales. Esta ley, afirma Beatriz Bosch como conclusión de un análisis detallado del desarrollo normativo en esta materia, concibe “la titularidad de los derechos sociales como una dimensión transversal y continuada de manera que las personas pueden ser titulares de este derecho en diferentes etapas de su vida y pese a reconocer, en el preámbulo, la necesidad de asumir la ética del cuidado, omite en su articulado cualquier referencia o mandato explícitos a esta ética... aunque también la Ley prevé mecanismos en los que en la práctica se puede incorporar la ética del cuidado día a día...”.

Marcela Jabbaz y Juan Antonio Rodríguez ponen su mirada en los resultados que se han conseguido en los 18 años de vigencia de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia (LAPAD) en la Comunidad Valenciana. Esta ley plantea la profesionalización de la gestión del cuidado que obviamente pende mucho de los recursos que asigna el Estado y, por tanto, de la importancia que los poderes públicos le concedan. “Tiene la virtud de crear un sistema complejo, plural con un diseño adaptado al régimen de gobierno de las autonomías, garantista en la medida en que crea derechos subjetivos reclamables y, lo mas innovador, un modelo para armar la gestión de los cuidados entre profesionales y personas beneficiarias para que tengan el control sobre sus vidas, cuestión imprescindible para la naturaleza humana”; y, en relación con la Comunidad Valenciana, “se fue construyendo un enfoque centrado en un entorno familiar para que la persona dependiente permaneciera en un entorno conocido... y aunque implicó un reconocimiento de las personas cuidadoras no resolvió ni resolverá las asimetrías de género”. La COVID-19 evidenció los fallos del sistema, a juicio de quienes escriben, que concluyen con la necesidad de “un cambio en el análisis de las prioridades”, añadiendo que “el ecofeminismo y la economía feminista tienen mucho que decir”.

Las tres autoras, Empar Aguado, Anna Aguado y Cristina Benlloch, de “La re-conciliación y el teletrabajo: dilemas abiertos en tiempos de pandemia” empiezan afirmando que: “El viejo problema de conciliar la vida laboral con la familiar se fue revistiendo de urgente necesidad a medida que la crisis sanitaria e hizo más rotunda”. Para glosarla piensan que es la división sexual del trabajo la que ha legitimado tanto la separación de espacios como los discursos dicotómicos dando lugar a antagonismos entre identidades sexuales por un lado y entre los ámbitos público y privado-domestico por otro. Aportan entrevistas que muestran un retrato muy interesante sobre lo ocurrido en el interior de los hogares concluyendo que “la división sexual del trabajo en el ámbito privado-doméstico es todavía una tarea sin resolver incluso entre las parejas jóvenes, educadas con empleos cualificados y con vocación de familia igualitaria”

Pilar Domínguez aborda los sentimientos que suelen/pueden coincidir con el cuidado: el miedo, la responsabilidad y la soledad durante la pandemia covid-19. En muchas ocasiones invisibles, como lo es todo lo que se hace en el hogar y que sería considerado trabajo si el concepto de “por cuenta ajena” no hubiera sido acuñado por la ideología de clase liberal-burguesa imperante en la construcción de los primeros conceptos jurídicos y sociales que, en lo que afecta a las mujeres, aún no ha sido revisado totalmente. Al socaire del instituto se van “colando” las obligaciones hasta transformarse en sentimiento de culpa. “La economía feminizada y no remunerada del cuidado actúa como amortiguador en periodo de crisis”.

Las consecuencias del envejecimiento poblacional han provocado un incremento de las enfermedades degenerativas crónicas que ha planteado varios desafíos tanto para las personas que las padecen como para sus cuidadoras. “Desde la economía feminista se señala –apuntan Mónica Gil Junquera y Nina Navajas

Pertegás– que el cuidado, a pesar de ser imprescindible para el sostenimiento de la vida, de la economía y del conjunto de la sociedad, está invisibilizado porque el sistema económico monetizado no tiene capacidad para asumirlo... y la crisis del coronavirus ha propiciado una reorganización de estos cuidados que también afectó a las personas que los reciben debido a la ruptura de sus rutinas, restricciones de movilidad y ausencia de cuidado formal... se debería cuestionar este olvido de lo imprescindible –concluye el estudio– y reparar la desafección institucional hacia las personas enfermas de Alzheimer y sus cuidadoras”.

Y es la sostenibilidad de la vida, que va más allá de la organización social del cuidado, la que centra la propuesta de Astrid Agenjo Calderón, partiendo del género como categoría central de análisis, de una visión rupturista y pluralista de la economía y del compromiso político con la transformación social. Considera que “la noción de cuidados es un ejemplo de concepto transversal, localizado y estratégico para pensar el sistema socioeconómico desde una perspectiva alternativa que descentre a los mercados capitalistas... teniendo en cuenta el tiempo necesario para llevarlo a cabo y la pluralidad de agentes que intervienen en esta organización social...”. “Es crucial, finaliza, explorar, en el marco de crisis sistémica actual, las posibilidades de enfoques económicos feministas que cuestionen el funcionamiento del capitalismo en su conjunto”.

El teletrabajo se presenta como la fórmula ideal para permitir la conciliación entre la vida laboral y familiar, pero Rosa Roig expone que las medidas adoptadas en el RD-Ley 28/20 de 22 de septiembre de trabajo a distancia “no se conciben como motor transformador de las relaciones desiguales entre mujeres y hombres”, y se pregunta si conciliar son políticas “solo” para las mujeres “en un sistema de ciudadanía en el que la desigualdad de las mujeres es un problema estructural que se remonta a la función del Estado democrático contemporáneo”, que divide las funciones de ciudadanía en la esfera pública “para el hombre... y la función social de madre-esposa-cuidado en la esfera privada circunscrita al entorno familiar... es necesaria –concluye– la construcción de una sociedad sostenible e inclusiva donde las mujeres sean parte y protagonistas”.

En la misma línea, Carmen Castro, considera que hay que repensar la economía a través de “la política de cuidados como eje de transformación económica y social... para lo que las claves feministas para avanzar hacia sistemas integrales de cuidados... generando cambios en los valores y prácticas”. Para ella existen muchas posibilidades y alternativas como “la desactivación de los falsos dilemas... considerar los cuidados como esenciales para sostener la vida, el conflicto capital-vida, empleo público y economía del cuidado que emerge como sector estratégico para repensar y reorganizar el modelo económico...”, propuestas en definitiva pensadas desde la óptica feminista que deberían traducirse en la revisión del modelo vigente en nuestras sociedades.

También se aportan dos experiencias de Italia por Chiara Magneschi y de Brasil por Valeria Calvi, que permiten comparar las investigaciones españolas con las de otros Estados. Las crisis amplían, generalmente, la brecha de desigualdades, dice Magneschi, analizando comparativamente las condiciones laborales de las mujeres antes, durante y después del Covid-19: “son ellas las que pagan la segregación ocupacional, las que ganan menos y... la participación de las mujeres en el mundo del trabajo es estrictamente interdependiente de la carga del cuidado... algunos estudios recientes han resaltado cómo el encierro fue para muchos padres una experiencia de paternidad más afectiva, pero que se concretó en una mayor actividad lúdica con la descendencia y no en la asistencia del aprendizaje a distancia, ni en las tareas domésticas de rutina...”.

Valeria Calvi parte de la premisa de que la categoría “mujer” no es universal sino mediatizada por el orteguiano “mis circunstancias”, por lo que los análisis

generalistas son necesariamente parciales: sexo, raza, etnia, clase... Dedicó un apartado a las empleadas de hogar en Brasil relatando un caso concreto pero que puede extrapolarse: "en mayo de 2020, el alcalde de Belém, en el estado de Pará, región al norte de Brasil decretó el confinamiento de todos los ciudadanos excepto los trabajadores esenciales... entre los que estaban las empleadas de hogar...". Lo malo es que esa necesidad no se refleja ni en la dignidad personal ni en el sueldo.

Y he dejado para el final el factor que explica, pero no justifica, que todo sea así y es la falta de poder de las mujeres. Es la complicidad de la mitad de la humanidad de todos los sectores, Estados y de todas las épocas (ahora parece que se está descubriendo algún testimonio de lo contrario) para someter a las mujeres. Lo hace Octavio Salazar Benítez en su estudio sobre la propuesta estrella de la Red feminista de Derecho Constitucional, la democracia paritaria: urgente revisión del estatus de ciudadanía que "exige poner límites a los poderes y atender a los sujetos y grupos que están en condiciones de mayor vulnerabilidad... revisión del sujeto de derechos y del principio de igualdad", como se han encargado de exponer los estudios que le preceden en este comentario.

Se podría haber dicho mucho más, me he tenido que autocontrolar para no reproducir más contenido. Pero, para eso está la lectura del libro.



VNIVERSITAT  
DE VALÈNCIA