

# CUADERNOS CONSTITUCIONALES

AÑO 2023 N° 4



VNIVERSITAT  
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, Universität  
Konstanz, Alemania  
Luis Jimena Quesada,  
Universitat de València  
Rubén Martínez Dalmau,  
Universitat de València  
Albert Noguera Fernández,  
Universitat de València  
M. Josefa Ridaura Martínez,  
Universitat de València  
Göran Rollnert Liern,  
Universitat de València  
Fiammetta Salmoni,  
Università degli Studi  
Guglielmo Marconi, Italia  
Rosario Serra Cristóbal,  
Universitat de València

## **CONSEJO ASESOR**

Tatiana A. Alexeeva,  
Universidad Nacional de  
Investigación "Escuela  
Superior de Economía", Rusia  
Jorge Asbún Rojas,  
Universidad Privada de Santa  
Cruz de la Sierra, Bolivia  
José Asensi Sabater,  
Universidad de Alicante  
Francisco Balaguer Callejón,  
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  
Autónoma de México,  
México  
Marc Carrillo López,  
Universitat Pompeu Fabra  
Jesús María Casal  
Hernández, Universidad  
Católica Andrés Bello,  
Venezuela  
Carlos de Cabo, Universidad  
Complutense de Madrid  
Francisco José Eguiguren  
Praeli, Pontificia Universidad  
Católica del Perú, Perú  
Lliliana Estupiñán Achury,  
Universidad Libre, Colombia  
Teresa Freixes Sanjuán,  
Universitat Autònoma de  
Barcelona  
Tommaso Edoardo Frosini,  
Università 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, Università  
degli Studi di Padova, Italia  
Luis López Guerra,  
Universidad Carlos III  
de Madrid  
Marta Lorente Sariñena,  
Universidad Autónoma  
de Madrid  
Pascal Mahon, L'Université  
de Neuchâtel, Suiza  
Manuel Martínez Sospedra,  
Universidad CEU Cardenal  
Herrera  
Joan Oliver Araujo,  
Universitat de les Illes  
Balears  
Lucio Pegoraro, Università  
di Bologna, Italia  
Mariano Peset Reig,  
Universitat de València  
Miguel Ángel Presno Linera,  
Universidad de Oviedo  
Miguel Revenga Sánchez,  
Universidad de Cádiz  
Paolo Ridola, Sapienza-  
Università di Roma, Italia  
Dominique Rousseau,  
Université Paris 1 Panthéon-  
Sorbonne, Francia  
Carlos Ruiz Miguel,  
Universidade de Santiago  
de Compostela  
Massimo Siclari, Università  
degli Studi Roma, Italia  
Claudia Storini, Universidad  
Andina Simón Bolívar,  
Ecuador  
Antonio Torres del Moral,  
Universidad Nacional de  
Educación a Distancia  
Arianna Vedaschi, Università  
Commerciale Luigi Bocconi,  
Italia  
Marc Verdussen, Universidad  
de Lovaina, Bélgica  
Carlos Vidal Prado,  
Universidad Nacional de  
Educación a Distancia  
Francisco Zúñiga Urbina,  
Universidad de Chile, Chile

# CUADERNOS CONSTITUCIONALES



VNIVERSITAT  
DE VALÈNCIA

# ÍNDICE

## I. Derecho constitucional español

- Piedad García-Escudero Márquez**  
¿Déficit de representación o pérdida  
de centralidad del Parlamento? 9-30
- Manuel Martínez Sospedra**  
Eutanasia y Constitución. O las aporías de la  
autodeterminación. Notas críticas sobre la  
STC 19/2023 acerca de la LORE 31-71
- Alexandre H. Catalá i Bas**  
El difícil encaje del islam  
en la jurisprudencia del TEDH 73-102
- Pedro García Guijarro**  
El encaje jurídico-constitucional  
de la personalidad jurídica del Mar Menor  
y su cuenca 103-121
- Javier Mohedano Tejedor**  
El conflictivo control jurisdiccional  
del indulto: el juicio del *procés* 123-140

## **II. Derecho constitucional extranjero**

### **Sergio Gerotto**

"El simio egoísta". Reflexiones para glosar el concepto de especie en relación con la solidaridad intergeneracional 143-166

### **Giuseppe Donato**

La prohibición de la reconstitución del partido fascista en el ordenamiento jurídico italiano: análisis y propuestas 167-179

### **Carlos Arturo Gutiérrez-Rodríguez**

Constitucionalismo y Justicia Transicional: el proceso de paz entre Colombia y las FARC-EP 181-200

## **III. Historia constitucional**

### **Pilar García Trobat**

La Mujer en la Administración Pública de Primo de Rivera (La primera alcaldesa: Matilde Pérez Mollá de Cuatretondeta) 203-227

#### IV. Recensiones

- María Dolores Montero Caro: *Democracia en transición: una agenda para su regeneración*, por **Anna Buchardó Parra** 229-231
- Concepción Campos Acuña (dir.): *Aplicación práctica y adaptación de la protección de datos en el ámbito local*, por **Jaime Clemente Martínez** 233-236
- Jorge Castellanos Claramunt: *La participación ciudadana en el ámbito local. La integración democrática de lo local y de lo global en la era digital*, por **María Guadalupe Imormino de Haro** 237-239
- Adrián García Ortiz: *Orden público y Unión Europea. Una contribución a la construcción constitucional europea*, por **Rubén Martínez Dalmau** 241-246
- Remedio Sánchez Ferriz: *Estudios sobre las libertades públicas en el ordenamiento constitucional español (La voz de la sociedad civil)*, por **Pablo Torres Méndez** 247-249
- Ferdinand Lassalle: *Sobre la esencia de la Constitución. Estudio preliminar, traducción fiel al original y notas de Carlos Ruíz Miguel*, por **Mariano Vivancos** 251-254
- Javier Tajadura Tejada (dir.): *La jefatura del Estado parlamentario en el siglo XXI*, por **Mariano Vivancos** 255-260

# I. DERECHO CONSTITUCIONAL ESPAÑOL



# ¿Déficit de representación o pérdida de centralidad del Parlamento?<sup>1</sup>

*Representation or loss of Parliament's centrality?*

**PIEDAD GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ**

Letrada de las Cortes Generales  
Catedrática de Derecho Constitucional  
Universidad Complutense de Madrid  
piedadga@ucm.es

DOI: <https://doi.org/10.7203/cc.4.28017>

Fecha de recepción: 13/04/2023

Fecha de aceptación: 27/07/2023

## Resumen

Este trabajo retoma una reflexión del cambio de siglo en que la autora expresaba sus temores sobre la evolución del Parlamento. Ya entonces se ponía de relieve los nuevos retos que cambiaban radicalmente la vieja función estática de constituir uno de los tres grandes poderes. La temida crisis ante tantas novedades políticas ha superado todas las previsiones. La denostada partitocracia ha contribuido al divorcio entre la sociedad y la institución representativa, afectando, en definitiva, al carácter representativo de nuestra democracia, sin que ninguna de las propuestas de complementación surta efecto. Pero también parece desplazada la centralidad del Parlamento: el repaso de las funciones tradicionales de las Cámaras, vistas desde la actuación del ejecutivo de coalición, no son sino una enumeración de constantes desdenes a la institución parlamentaria en pro de una política gubernamental que halla atajos bien diversos. La conclusión es la pérdida de centralidad que, en definitiva, es pérdida del equilibrio que ha de presidir el parlamentarismo. Una mirada a la experiencia autonómica no permite modificar la conclusión, aunque sí ofrece algún "activismo" en el intento de introducir reformas.

## Palabras clave

Representatividad, crisis de la centralidad del Parlamento, desapego de la ciudadanía.

## Abstract

*This paper takes up a reflection from the turn of the century in which the author expressed her fears about the evolution of Parliament. Even then, she highlighted the new challenges that radically changed the old static function of constituting one of the three great powers. The feared crisis in the face of so many political developments has exceeded all expectations. The reviled partitocracy has contributed to the divorce between society and the representative institution, affecting, in short, the representative nature of our democracy, without any of the proposals for complementation having any effect. But the centrality of Parliament also seems to have been displaced: the review of the traditional functions of the Chambers, seen from the perspective of the actions of the coalition executive, is nothing more than a list of constant disdain for the parliamentary institution in favour of a government policy that finds a variety of shortcuts. The conclusion is the loss of centrality which, in the end, is the loss of the balance that must preside over parliamentarism. A look at the experience of the autonomous regions does not allow us to change this conclusion, although it does offer some "activism" in the attempt to introduce reforms.*

## Keywords

*Representativeness, crisis of the centrality of Parliament, detachment of citizenship.*

<sup>1</sup> Este trabajo recoge la ponencia expuesta en las XXV Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos "Reflexiones sobre el Parlamento hoy", organizadas por la Fundación Manuel Giménez Abad y la AELPA, en Zaragoza el 11 de abril de 2023.

## Sumario

**I. Introducción. II. El déficit de representación. 1. El plano electoral. 2. Déficit de democracia participativa. 3. El divorcio entre Parlamento y sociedad. 4. La relación entre representantes y representados. 5. La necesidad de renovación de las funciones parlamentarias. III. La falta de centralidad del Parlamento en el sistema político: las Cortes Generales. 1. La primacía del Gobierno. 2. Las Cortes Generales pierden (abdican de) su papel central. 3. Confianza y responsabilidad. IV. La falta de centralidad de los Parlamentos autonómicos. 1. Déficit de representación. 2. Recuperación de la centralidad del Parlamento. El control parlamentario. 3. Acercamiento a la ciudadanía. *Bibliografía.***

### I. Introducción

En un artículo publicado hace ya veinte años (García-Escudero, 2003)<sup>2</sup> intenté sintetizar los retos a que se enfrentaba el Parlamento en el umbral del siglo XXI y en una realidad cambiante que, si continuaba manteniendo por inercia la misma estructura y los mismos comportamientos, corría el peligro de desbordarle.

Se me permitirá que reproduzca a continuación algunas afirmaciones allí contenidas.

"Hoy no basta con un Parlamento, representante formal de la soberanía del pueblo, que asegure con su mera existencia la reserva de un espacio en el esquema de la división de poderes, impidiendo así que pueda llegar a ser ocupado por las tentaciones expansivas de los otros dos poderes, singularmente del ejecutivo.

Tal podía ser la justificación, más que suficiente, necesaria del Parlamento del siglo XIX (que actuaba como elemento introductor de la democracia) e incluso del XX, después de los ataques a la democracia que desembocaron en la Segunda Guerra Mundial.

En el momento actual, todo esto se da por supuesto. No hacen falta símbolos, hacen falta instituciones que se justifiquen por su actuación, por su eficacia real, por las funciones que desarrollan y el papel que desempeñan en el juego activo del entramado de poderes que establece una Constitución, y no por ocupar un puesto en un esquema estático. Éste es el reto de la institución parlamentaria en el futuro: justificar su existencia más allá de por razones históricas, en un escenario que ha cambiado totalmente."

A continuación, se examinaban los desafíos a que debe enfrentarse la citada

---

2 Para el presente trabajo se han utilizado también otros anteriores (2015a y 2016), que han servido de base para una reflexión actualizada, en el marco del subproyecto de investigación "*Diseño constitucional y calidad democrática (DICOCADE)*", proyecto "*El Control y responsabilidad política en el Estado constitucional con especial referencia al Parlamento en el contexto multinivel (CORE)*", PID2019-104414GB-C31 DER, IP José Tudela.

institución, divididos en retos internos, desglosados en cada una de sus funciones, y retos externos derivados de una realidad exterior en continua transformación.

Transcurridas dos décadas, la realidad, efectivamente, ha desbordado lo que entonces cabía imaginar. En esta nueva situación puede seguir siendo válido el análisis que entonces se realizaba: de los retos internos de la institución parlamentaria que afectan a sus funciones de representación, legislativa, de control y otras, así como a la figura del parlamentario individual y a la rigidez de los procedimientos; y de los retos externos: la globalización, la opinión pública (ahora expresada en una forma no concebible cuando escribía, gracias a internet y las redes sociales, que la han hecho irrumpir en el panorama político con una fuerza inusitada), los medios de comunicación social y las nuevas tecnologías.

Sin embargo, factores nuevos han agudizado el déficit de representación del Parlamento y, sobre todo, la percepción de este déficit por parte de la ciudadanía. El descrédito de las instituciones y partidos tradicionales, aflorado tras la crisis económica que se inicia en 2008, con la irrupción de nuevos partidos, fueron seguidos de la reclamación de lo que se vino en llamar regeneración democrática, coincidente con un movimiento hacia una mayor transparencia de las instituciones —entre otras razones, como medida de lucha contra la corrupción— que las acerque más a la ciudadanía. Transcurridos diez años más, nuevas crisis —pandemia, guerra— ponen en riesgo no ya el carácter representativo del Parlamento, sino su centralidad en el sistema parlamentario, si es que algún día la tuvo.

Es obvio que las inadaptaciones o retos de la institución parlamentaria venían apuntando desde hacía más tiempo<sup>3</sup>. Hablar de la crisis del Parlamento no es un tema nuevo, data de 1967 una obra clásica como la de Chandernagor (1967), *Un Parlement pour quoi faire*<sup>4</sup>, hasta el punto de que, como afirma Tudela Aranda (2023: 398), la crisis es rutina para el Parlamento<sup>5</sup>. Se han recordado, con ocasión de la revuelta de los indignados en 2011 y también en los días de shock postelectoral de 2014, otras épocas de desplazamiento del papel central del Parlamento a la calle<sup>6</sup>, hoy sustituida en parte por las redes sociales. En mi artículo anterior calificaba de primer reto con el que se enfrenta el Parlamento el saber mantener su carácter representativo, reto a la vez interno y externo. Esta afirmación se ha revelado tan cierta en los últimos años, que el grito de guerra adoptado como lema por los movimientos cuestionadores del sistema político ha sido "no nos representan"<sup>7</sup>, coreado con virulencia y acompañado de manifestaciones dirigidas al Congreso de los Diputados ("rodea al

3 Puede verse el estudio de Torcal (2004).

4 Decía Duverger (1963: 1, citado por De Esteban, 1968) que se viene hablando de crisis del parlamentarismo —aunque no sea lo mismo— desde principios del siglo XX. Sobre el tema, entre nosotros podemos citar a Ramírez (1995), García Morillo (1997) y Aguiló Lucía (1997). Más recientemente, Tudela Aranda (2008 y 2020a), Greciet García (2012) y Navarro Méndez (2013). Sobre el Parlamento británico, es particularmente lúcida la visión de Garton Ash (2015): nunca hubo una edad de oro; nunca la hay: nos cuentan que cuando el viejo edificio del parlamento se incendió en 1834, la muchedumbre aplaudió al ver hundirse el tejado.

5 Aunque entiende que la crisis contemporánea no es en sentido estricto crisis del Parlamento sino del sistema institucional (Tudela Aranda, 2023: 400).

6 Son plenamente aplicables a nuestros días los ejemplos del desplazamiento del Parlamento desde su importante papel de antaño que cita De Esteban (1968: 84) y data de 1967 la obra clásica de Chandernagor, *Un parlement pour quoi faire* (1967).

7 Que no es nueva, por otra parte: De Esteban (1968: 92) nos habla del llamado "Poder joven" en 1968, "que abraza a los jóvenes, estudiantes y obreros que, decepcionados de la sociedad de consumo occidental, rechazan las vías parlamentarias —por no sentirse representados— como medios para obtener sus deseos".

Congreso"); reflejado después en otros datos reveladores, como el aumento de la abstención y —significativamente— de los votos en blanco y nulos en las elecciones generales de 2011, o la disminución de los votos obtenidos por los dos partidos mayores de forma exponencial en diez años, con la irrupción de nuevos o el crecimiento de otras formaciones políticas, circunstancias que se magnificaron por primera vez en las elecciones europeas de 2014<sup>8</sup>, donde llegaron a diez las formaciones que obtuvieron escaños, frente a seis en 2009. La tendencia continúa hasta el punto de que en 2019 son seis los partidos que alcanzan conjuntamente 22 millones y medio de votos y el 90% de los escaños, frente a los 21 millones y medio que sumaban PP y PSOE en las elecciones generales de 2008.

Decía acertadamente J. Tusell en 1993: la aparición de nuevas fuerzas políticas nos descubre un aspecto esencial de esta apremiante necesidad de repensamiento de la democracia que surge en todas las latitudes. El fenómeno más decisivo es una sorda irritación contra la clase dirigente, contra toda ella, sea cual sea su significación, derechista o izquierdista. Si hay una tendencia a no acudir a las urnas y una consideración bajísima de la política como actividad es porque se piensa que los profesionales de la misma no están a la altura de las necesidades actuales (Tusell, 1993: 29).

El déficit representativo de nuestras Cámaras, que puede abordarse desde distintos planos, no es fácil de remediar mediante una modificación normativa, ni siquiera de la propia Constitución, teniendo en cuenta que la función representativa en sí no es objeto de regulación, más allá de la declaración con que se abre el Título III, art. 66 ("Las Cortes Generales representan al pueblo español") y la prohibición de mandato imperativo (art. 67.2), o la proclamación en el art. 69.1 de que el Senado es la Cámara de representación territorial. Se trata de un marco o, haciendo mía la visión de De Esteban y González Trevijano (1994: 527 y ss), una función genérica que se concreta en el resto de las funciones específicas enumeradas en el art. 66.2.

Como afirmara Hanna Pitkin (1985: 267), el concepto de representación se configura como una continua tensión entre el ideal y el logro; esa tensión debería hacer presente un desafío continuo aunque no desesperanzado: construir instituciones y entrenar a individuos de tal forma que se comprometan en la consecución del interés público, en la genuina representación del público; y, al mismo tiempo, seguir siendo críticos con tales instituciones y con tales aprendizajes con el fin de que siempre se muestren abiertos a posteriores interpretaciones y reformas.

El Parlamento debe luchar por mantener su carácter representativo y retener la centralidad en el sistema político, frente al desbordamiento de un Ejecutivo que se crece en situaciones de crisis. Hace tiempo —como he señalado— advertía de los peligros de mantener por inercia la misma estructura y los mismos comportamientos en una realidad cambiante que corría el riesgo de desbordarle. Hoy algunos de estos peligros se han convertido en realidad, y la crisis del Parlamento, como señala Esther Seijas (2018: 26), es el trasunto de la crisis de la representación, que a su vez es el paradigma de la crisis de la democracia. El diagnóstico de Tudela es que el Parlamento es una institución "perdida", con

---

8 En las que un partido, Podemos, creado dos meses y medio antes de las elecciones y que recogía las reivindicaciones de los "indignados", se convirtió en la cuarta fuerza política, con 5 escaños y 1.245.948 votos, el 7.97%, por debajo del 9.99% de La Izquierda Plural y por encima del 6.5% de UPyD. Las circunstancias que hicieron hecho posible este resultado fueron analizadas certeramente por De Esteban (2014).

fracaso en el ejercicio de sus funciones singulares y debilidad de su función principal, la representación política (Tudela Aranda, 2021).

Analizaré por separado el déficit de representación y la pérdida de centralidad que afecta al Parlamento en general y en particular a las Cámaras españolas.

## II. El déficit de representación

Distingamos algunos planos en el déficit de representación del Parlamento:

### 1. El plano electoral

Dejaremos fuera de nuestro examen este aspecto. Recordemos tan sólo que la primera de las exigencias del llamado 15-M, plasmadas en un documento de propuestas<sup>9</sup>, era que las listas fueran abiertas y con circunscripción única. A esto se ha unido más tarde el debate sobre las elecciones primarias para la selección de los candidatos, intento siempre fallido cuando se pretende aplicar a la realidad, incluso en los nuevos partidos supuestamente de organización asamblearia.

La proporcionalidad de la fórmula electoral d'Hondt (también incluida en esa primera reivindicación) se ha visto suficiente para reflejar los cambios que ha experimentado la sociedad, con el efecto de fragmentación parlamentaria que conlleva otros, como la inestabilidad política que he estudiado en otros trabajos. El objetivo último de cualquier reforma ha de ser que los resultados electorales reflejen la voluntad popular lo más exactamente posible y que los ciudadanos puedan percibirlo así, equilibrado con la exigencia básica de gobernabilidad y estabilidad del sistema que ha permitido durante décadas el funcionamiento del régimen constitucional y electoral.

### 2. Déficit de democracia participativa

La reivindicación de las virtudes de la llamada democracia participativa se ha convertido en uno de los leitmotivs de la crítica al sistema democrático<sup>10</sup>. Ello no nos hace abdicar de considerar que nuestra democracia debe seguir siendo básicamente una democracia representativa<sup>11</sup> y que el Parlamento es hoy por hoy —y esperemos que por mucho tiempo— "un organismo irremplazable"

9 Aprobado en asamblea el 20 de mayo de 2011. El documento se podía encontrar en [http://www.rtve.es/contenidos/documentos/propuestas\\_movimiento\\_15M.pdf](http://www.rtve.es/contenidos/documentos/propuestas_movimiento_15M.pdf). "1. Cambio de la Ley Electoral para que las listas sean abiertas y con circunscripción única. La obtención de escaños debe ser proporcional al número de votos".

10 Por continuar con la cita del documento de propuestas del 15M, la núm. 9 reza: "Democracia participativa y directa en la que la ciudadanía tome parte activa. Acceso popular a los medios de comunicación, que deberán ser éticos y veraces".

11 En la rotunda expresión de Sartori (1999:2): "La representación es necesaria (no podemos prescindir de ella) y [...] las críticas de los 'directistas' son en gran parte fruto de una combinación de ignorancia y primitivismo democrático". Como afirma Díez Nicolás (2014), la solución no está en reconocer representatividad a las manifestaciones callejeras, sino en exigir cambios en las instituciones para garantizar mayores niveles de democracia y representatividad, mediante cambios en la legislación electoral y en la organización de la vida política: "deslegitimar las urnas y legitimar las manifestaciones callejeras conducirá necesariamente a legitimar las revoluciones sociales, y eso, no nos engañemos, conducirá a justificar la imposición de regímenes políticos autoritarios, de izquierda o derecha".



(Hariou, 1971: 687)<sup>12</sup> que otorga legitimidad al ejecutivo a la vez que lo controla, pero que caben en aquélla instrumentos complementarios de democracia directa (como prevé por otra parte el art. 23 de la Constitución) que en su día fueron objeto de una visión rigurosa y desconfiada por parte de los constituyentes, tal vez explicable en el contexto histórico, pero que hoy dejaría de tener sentido: número desmesurado de firmas exigidas y limitación de materias innecesaria puesto que están sujetas las proposiciones de ley de iniciativa popular a toma en consideración por el Congreso de los Diputados, exclusión de la iniciativa de reforma constitucional. Es posible que sea en este apartado donde —más como símbolo de una postura renovadora que como decisiva en sus resultados— una reforma constitucional pudiera aportar algunos frutos: iniciativa popular, incluso en materia constitucional, y referéndum pueden ser revisados desde una nueva perspectiva.

El propio Parlamento ha iniciado medidas para permitir la participación de los ciudadanos en el ejercicio de sus funciones, en la línea del llamado Parlamento abierto, precisamente para tratar de combatir el déficit denunciado a continuación: el divorcio entre Parlamento y sociedad.

### 3. El divorcio entre Parlamento y sociedad

El distanciamiento entre la actividad del Parlamento y la realidad social, que en 2003 calificué de divorcio entre Parlamento y sociedad, se encuentra en la raíz de la percepción del déficit de representación. Está claro, si se examinan las encuestas de opinión, que la institución parlamentaria, si alguna vez lo fue, en este momento no es capaz de mantener viva su conexión con la ciudadanía, y que se ha generado lo que se ha dado en llamar el desafecto o la desafección (Presno, 2014), imperante no sólo respecto de los políticos, sino también de las instituciones. Si el Parlamento se aísla de la sociedad a la que representa y no existe esa conexión eficaz con la realidad social y plural, decía entonces (y perdóneseme la continua autocita, que no pretende adjudicarme un poder de profecía, sino situarme en un punto de partida para avanzar en la reflexión), pueden buscarse otros cauces alternativos de representación, que es lo que los nuevos movimientos han pretendido demostrar. Decía también que el Parlamento es acusado de ser ácrono, de vivir fuera del tiempo (García Morillo, 1997: 79 y ss) (fuera del tiempo legislativo, fuera del tiempo de control, o sea, del tiempo político), lo que origina que deje de ser el eje o el escenario principal del sistema político y se produzca un vaciamiento de la función de poder de la institución parlamentaria<sup>13</sup>. La capacidad del Parlamento para hacer que los ciudadanos se

---

12 Como concluye De Esteban en su artículo pionero, la necesidad de un Parlamento se siente precisamente con mayor agudeza en los países en que éste no existe (De Esteban, 1968: 101). En palabras de Tudela Aranda (2013: 96): complementos, mejoras, sí; sustitución, hasta hoy no. El punto de partida, no obstante, es un modelo en el que los cauces para la participación son elevados.

13 Véase el interesante análisis de Vallespín (2015): "El Parlamento ha perdido su distancia, y con ello casi toda su auctoritas. Los políticos lo han abandonado en busca de la "cercanía" que les brindan las redes sociales y las ondas televisivas y se ofrecen gustosos como mercancía de consumo instantáneo para una audiencia expectante por ver quién despelleja a quién. Las confidencias, los rumores, los chismes internos de los partidos cotizan más que los discursos y los programas. Y los datos, la cultura de los datos que nos ofrecen las encuestas. No en vano estas permiten que el público pase a formar parte de la representación, se suba al escenario y sea un actor más en la función de la teatrocracia". En el mismo sentido, Garton Ash (2015): se pierde la sustancia de la democracia deliberativa o queda en manos de los

sientan representados reside en parte en su poder de dar respuesta rápida a sus problemas, sus vivencias y sus inquietudes.

Sigo pensando, y en esta vía han pretendido avanzar las iniciativas internacionales en favor de la transparencia<sup>14</sup>, que el Parlamento debe acercarse a los ciudadanos, hacerse próximo, que éstos le sientan suyo y conozcan su actuación. Debe destruir mitos como que los parlamentarios no trabajan o que el Parlamento no sirve para nada, y debe hacer conocer su actividad, sus funciones, sus procedimientos y el porqué de los mismos y de su existencia. En nuestro país, tal vez al haber dado por sentado el sentimiento democrático y parlamentario de los ciudadanos, se ha perdido tiempo en hacerles llegar las cualidades representativas de la institución.

El uso de las nuevas tecnologías —que se preveían útiles para estrechar y facilitar la relación entre institución parlamentaria y representados— como mecanismo de acercamiento ha puesto también de relieve las carencias y dificultades de las mismas (por ejemplo, el fracaso de las redes sociales institucionales por falta de feedback o la escasa respuesta en iniciativas abiertas a la participación pública<sup>15</sup>). No obstante, autores como Rubio Núñez abogan por caminar hacia la centralidad del Parlamento por la transformación digital, aunque reconoce que el mayor desafío al que se enfrentan hoy los Parlamentos no es de carácter político ni tecnológico, sino democrático: el reto de ponerse de acuerdo con el resto de los poderes públicos en una serie común de necesidades de los ciudadanos (Rubio Núñez, 2022: 19-22).

#### 4. La relación entre representantes y representados

Esta relación es susceptible de examen en varias vertientes:

a) *Falta de democracia interna de los partidos políticos*, en mi opinión déficit capital de nuestro sistema político —aunque no entre directamente en el objeto de análisis de este trabajo— hasta cierto punto relacionado con el déficit democrático de las Cámaras, y en todo caso denunciabile. Los partidos políticos, y no sólo los dos mayoritarios, se han convertido en instituciones tan burocratizadas y gobernadas desde la cúspide (confirmando una vez más la ley de hierro de Michels (1979: 164 y ss)) como los departamentos ministeriales, con todos sus vicios y defectos de funcionamiento: organizaciones costosas, con exceso de personal, falta de transparencia y de agilidad en su funcionamiento interno, en definitiva con muchos condicionantes para poder anteponer en su actuación el interés público a todo lo demás<sup>16</sup>.

Los nuevos partidos, menores en tamaño, surgidos en el siglo actual, no escapan

periodistas. Un buen interrogatorio de un veterano entrevistador televisivo consigue mucho más que cien sesiones en el Parlamento.

- 14 De la que son muestra los Índices de transparencia de los Parlamentos auspiciados por Transparencia Internacional.
- 15 Sobre la problemática que rodea al Parlamento 2.0 o al llamado Parlamento abierto, pueden verse los distintos trabajos que forman la obra coordinada por Rubio Núñez (2014), Parlamentos abiertos. Tecnología y redes para la democracia, en particular los de Campos Domínguez, E., Coello de Portugal, J.M y Aguilar Nacher, I. Véanse también Tudela Aranda (2008: 46 y ss), Navarro Méndez (2013: 83 y ss), y Rubio Núñez y Vela Navarro-Rubio (2017).
- 16 En descripción de Vírjala Foruria (2013: 11), en la práctica política se ha producido la transformación de los grandes partidos nacionales en maquinarias dirigidas a obtener y mantenerse en el poder, pero con una militancia reducida en número y con unos procesos internos de escasa democracia, a la vez que se convierten en los canales prácticamente exclusivos de participación institucional de los ciudadanos.

a estos defectos. La forma de saldar las disensiones surgidas en su seno no refleja grandes cambios.

b) *Descrédito de la institución parlamentaria*. La falta de democracia interna de los partidos políticos afecta no sólo a las relaciones con sus militantes, sino a la percepción que los ciudadanos tienen de su papel, y en consecuencia también del que desempeñan las instituciones de democracia representativa en las que se integran y los representantes que sirven de intermediarios entre el pueblo y esas instituciones. Al fin y al cabo, la visión de una Cámara parlamentaria es la de una institución compuesta por la suma de las formaciones políticas que la componen, esto es, de los partidos, y su comportamiento y actitud influyen en que sea creíble la función representativa de aquélla. Como destaca Biglino en un trabajo titulado "Malos tiempos para los Parlamentos", el Parlamento tiene un grave problema de imagen (2021a: 32).

Las prerrogativas de los parlamentarios no creo sean ya una causa de gran peso en tal descrédito, como podía pensarse hace unos años, cuando se realizaron algunas reformas en los Estatutos de Autonomía. Por supuesto, no hablamos de las prerrogativas institucionales o colectivas derivadas de la autonomía parlamentaria, que siguen siendo fundamentales para la salvaguardia de la separación de poderes (inmunidad de sede, autogobierno, autonomía reglamentaria y de personal) sino de las individuales de los miembros de las Cámaras: inmunidad, inviolabilidad y fuero especial.

Hoy reducidas a mínimos —salvo el aforamiento— por la doctrina del Tribunal Constitucional, es más bien su presentación por los medios de comunicación la que puede dañar a la institución parlamentaria<sup>17</sup> que por otra parte es ella misma sujeta a crítica y objeto de cuestionamiento, además de sus miembros.

En la línea de recuperar el crédito dañado se sitúa la aprobación de Códigos éticos, como el Código de Conducta de las Cortes Generales de 1 de octubre de 2020 (BOCG 8 octubre) —el Congreso de los Diputados habría adoptado previamente el suyo el 28 de febrero de 2019 (BOCG 2 abril)—, siguiendo las recomendaciones del Grupo GRECO en sus informes de evaluación.

c) *Carencia absoluta de protagonismo del parlamentario individual*, en teoría el auténtico representante del electorado y en último término de la Nación, depositario de la relación representativa. El representante individual cuenta a su favor apenas con la prohibición de mandato imperativo que le sirve de escudo, al menos formal, frente a la fuerza invasora de sus competencias por parte de los partidos políticos y de su trasunto los grupos parlamentarios<sup>18</sup>, así como con la reserva en los Reglamentos parlamentarios de algunas iniciativas (pocas: preguntas y enmiendas), mermadas en su ejercicio por la exigencia, en la norma o en la práctica, de la firma del portavoz del grupo. La partidocracia en el seno del Parlamento se transforma en grupocracia y el diputado desaparece como

---

17 Pueden restringirse las dos primeras de acuerdo con la jurisprudencia constitucional y los ejemplos constitucionales comparados, pero un núcleo esencial de inviolabilidad y de inmunidad limitadas a las funciones parlamentarias creo que debería salvarse de la poda.

18 Un análisis de la situación en García-Escudero Márquez (2011: 210 y ss), considero importante la presencia en la Constitución del art. 67.2, que pervive también en las Constituciones de nuestro entorno (italiana, art. 67: "Cada miembro del Parlamento representa a la Nación y ejerce sus funciones sin estar ligado a mandato alguno"; francesa, art. 27: "Todo mandato imperativo es nulo"; la portuguesa establece que los diputados representan a todo el país y no a las circunscripciones por las que son elegidos —art. 152— y declara que los diputados ejercen libremente su mandato, art. 155, si bien el art. 163.1.c dispone que pierden su mandato cuando se inscriban en un partido distinto de aquél por el que se han presentado a las elecciones), aunque en la realidad no exista libertad respecto del partido y sus decisiones.



representante, absorbido —fagocitado— por su grupo<sup>19</sup>.

En efecto, como apunta Pendás (2002: 9), los grupos parlamentarios y la Junta de Portavoces van ganando día a día posiciones concretas de poder sobre el parlamentario singular, sin necesidad de modificar la letra de las Constituciones y Reglamentos: el mandato imperativo sigue jurídicamente prohibido, pero el mandato de partido le ha ganado para siempre la batalla política. No obstante, comparto con García Pelayo que la presencia en los textos constitucionales de la prohibición de mandato imperativo cumple, cuando menos, la función de garantizar jurídicamente la libertad de juicio y de voto del representante (García Pelayo, 1986: 100)<sup>20</sup>.

Pese a ello, describe Rubio Llorente (2014: 138), el Parlamento no es hoy, como en su imagen ideal, un cuerpo integrado por representantes individuales que actúan con plena libertad y no están sujetos a mandato imperativo alguno, sino por grupos, cuya voluntad se impone a la de sus miembros<sup>21</sup>.

El peligro de esta grupocracia, como ya hemos denunciado en más de una ocasión, es que los ciudadanos lleguen a percibir como superflua la existencia de los parlamentarios, lo que arrastraría la innecesidad del propio Parlamento. Bastaría con asignar un cupo de voto a cada candidatura en función de los resultados de las elecciones y con una reunión de lo que sería el trasunto de la actual Junta de Portavoces, que votara para resolver cuantas cuestiones ahora se someten al Parlamento.

Debe reforzarse, por tanto, la idea de que el Parlamento existe porque existen los parlamentarios, los representantes del pueblo. Acentuar su contacto y conocimiento por su circunscripción, difundir las funciones que cumplen. Y darles juego, aprovechar sus potencialidades y sus deseos de trabajar, de todos ellos, no sólo los de los grupos pequeños saturados de intervenciones e iniciativas, sino también de todos los de los grupos grandes. Hemos de seguir clamando, pues, contra algo que tal vez sea irremediable pero que debe ser objeto de reflexión para que la Cámara no se convierta en algo inútil, perfectamente sustituible por unos portavoces con voto ponderado en función de los resultados electorales<sup>22</sup>, teniendo en cuenta además que la disciplina del grupo —con aplicación de

19 El grupo filtra sus iniciativas, decide cuándo y de qué puede hablar, le asigna sus Comisiones, le dice lo que tiene que votar (frente a la prohibición de mandato imperativo), le sanciona por falta de asistencia o por votar libremente, incluso por equivocarse; en ocasiones hasta vota por él: en los supuestos de voto ponderado, pese al carácter personal e indelegable del voto, proclamado por la Constitución. Véase la reserva a los grupos parlamentarios de la mayor parte de las iniciativas parlamentarias por los Reglamentos en García-Escudero Márquez (2011: 216 y ss).

20 En el mismo sentido, Rubio Llorente, (2012: 646- 647): una cosa es la vinculación fáctica y otra bien distinta su transformación en obligación jurídica, y es esta transformación lo que el principio de interdicción del mandato imperativo pretende impedir. Hoy ese principio es más imprescindible que nunca, por "la necesidad de mantener tan abierta como sea posible la relación entre los partidos y la sociedad". La relación entre electores y elegidos, que la interdicción del mandato imperativo permite en alguna medida preservar es la que ha inspirado la doctrina del Tribunal Constitucional desde las tempranas sentencias de 1983.

21 Y añade: también en el Parlamento decimonónico había una cierta subordinación del representante individual al grupo, como puede verificarse en los Diarios de Sesiones y evidencia el esfuerzo de Bentham para justificarla. La realidad actual es sin embargo sustancialmente distinta no sólo por la intensidad de la sujeción, sino sobre todo porque la voluntad que se impone no es la del grupo parlamentario, en cuya formación participan sus miembros, sino la del partido, es decir, la de sus dirigentes.

22 La STC 57/2011, que avala el requisito reglamentario de previo conocimiento para las peticiones de informe por los diputados, no ayuda en este sentido, pues no parece poner gran empeño en reivindicar el papel del parlamentario individual frente al grupo parlamentario en el ejercicio de las funciones constitucionales. Véase su análisis en García-Escudero Márquez (2011: 218 y ss).

sanciones económicas por inasistencia o por quebrantar la disciplina de voto— puede coartar realmente la posibilidad de libre ejercicio de su función por los parlamentarios individuales<sup>23</sup>. La propia institución parlamentaria tiene una labor que cumplir facilitando a los parlamentarios los medios necesarios para desarrollar sus funciones, dotándoles de mayor asistencia personal y material.

La regeneración del Parlamento debe contar, pues, con el fortalecimiento del papel del parlamentario individual sin privar de su necesario protagonismo a los grupos parlamentarios, lo que en otro lugar he llamado conseguir la cuadratura del círculo (García-Escudero, 2006: 675).

## 5. La necesidad de renovación de las funciones parlamentarias

También en el ejercicio de sus funciones necesitan las Cámaras una renovación en aras de la recuperación de su carácter representativo y de su centralidad en el sistema político. A ello me referido en otras ocasiones y alguna mención se hará en el apartado siguiente.

## III. La falta de centralidad del Parlamento en el sistema político: las Cortes Generales<sup>24</sup>

Al déficit de representación acompaña una disminución de la relevancia del Parlamento en el entramado constitucional de poderes. Cabría añadir: "si es que algún día la tuvo"; pero la pérdida de centralidad se ha hecho más evidente en las recientes épocas de crisis (pandemia, guerra) acaecidas tras la fragmentación parlamentaria.

En efecto, en los últimos años, el panorama de nuestro sistema político ha cambiado de manera importante, como consecuencia en primer lugar de la fragmentación política, que hemos estudiado en otros trabajos (García-Escudero, 2017: 237 y ss; 2018, 2019a y 2020), y sus efectos sobre las relaciones entre los órganos que componen el entramado constitucional de división de poderes.

Podemos comprobar que existen Gobiernos supuestamente más débiles, pues carecen del apoyo de mayorías absolutas en el Congreso de los Diputados (Gobierno de minoría), o —en la actualidad— se forma un Gobierno de coalición igualmente de minoría, con apoyos inestables que dificultan la gobernabilidad. Sin embargo, a pesar de esa debilidad —o por ella misma— el Gobierno ha desplazado al Parlamento —a las Cortes Generales y en concreto al Congreso de los Diputados— del papel central que ha de ocupar en un régimen parlamentario y mantiene, si no acrecentado, su papel preponderante.

Examinaremos sucintamente los elementos de nuestro sistema parlamentario

---

23 Como muestra de que la valoración pública del Parlamento de Westminster atraviesa horas bajas, Garton Ash (2015) recuerda que cuando se dijo que tal vez los parlamentarios tengan que mudar provisionalmente sus despachos a algún lugar fuera de Londres durante las obras, los programas de radio se llenaron de llamadas en las que se sugería a los señores diputados que se vayan y, a ser posible, no vuelvan. Uno de los motivos para este desprecio que cita es que muchos diputados dependen directamente de los líderes del partido, ocupando cargos en el Gobierno o desempeñando funciones paralelas en la oposición.

24 Para este apartado ha servido de base la Ponencia "Problemas en el sistema parlamentario español", expuesta el 19 de octubre de 2022 en el IX Ciclo de Seminarios Retos y desafíos del Estado Español en el siglo XXI, organizado por la Fundación Pablo Iglesias en colaboración con la Universidad Autónoma de Madrid.

racionalizado (Gobierno, Parlamento y la relación de confianza entre ambos: binomio censura/disolución) para destacar los problemas que presenta.

## 1. La primacía del Gobierno

Se ha dicho que, dentro de nuestro sistema parlamentario, estamos ante un hiperpresidencialismo, no en el sentido del régimen presidencial, sino de la posición preeminente que ocupa el Presidente en el seno del Ejecutivo, que oscurece a los restantes miembros del Gobierno. Esto arranca ya desde las elecciones, en que el voto elige en definitiva al futuro Presidente, de momento entre los dos partidos mayores. De hecho, el voto útil expresado en las últimas elecciones autonómicas parece ir haciendo volver al bipartidismo atenuado, lo que podrá comprobarse o no en las próximas elecciones autonómicas, y después generales.

Hemos aludido a la primacía del Gobierno sobre el Parlamento —agudizada curiosamente en un Gobierno de coalición débil en cuanto a escaños en el Congreso— que se ha visto acentuada en dos años de pandemia. Esta ha supuesto, en palabras de Rubio Núñez, un test de stress a la fortaleza del Parlamento (2022: 8)<sup>25</sup>, cuyo papel ha quedado generalmente relegado, cuando no dejado al margen de las decisiones, a un papel secundario (control mediante comités especiales u ordinarios reconvertidos). La excusa ha sido el carácter ácrono del Parlamento ya denunciado y su incapacidad para dar respuestas rápidas a las crisis, unida a la imposibilidad de ejercer sus funciones con normalidad durante un tiempo. Pero el resultado no se justifica, porque —como afirma el autor citado— la reducción del papel del Parlamento en momentos como estos afecta al funcionamiento de la democracia. Y hemos visto además el mantenimiento en el tiempo de medidas excepcionales adoptadas al inicio de la crisis sanitaria que han contribuido a la invisibilidad del Parlamento<sup>26</sup>.

El reforzamiento del Ejecutivo en situaciones extraordinarias, en que asume temporalmente poderes excepcionales, se ha visto claramente en nuestro país merced al uso de los instrumentos siguientes:

Declaración de estados de alarma, que dotan al Ejecutivo de poderes extraordinarios, en la práctica —como se ha podido comprobar— reforzando la figura del Presidente.

Una muestra inequívoca de esa primacía se vio en la prórroga de seis meses, acordada por el Congreso en el mismo debate en que se le comunicaba el segundo estado de alarma de carácter general, lo que le privaba durante ese período de debates y votaciones específicas sobre la necesidad de que dicho estado continuara vigente: de nuevo el Congreso perdía protagonismo en contra de lo dispuesto en el texto constitucional<sup>27</sup>.

Recordemos que —además de otras dos sentencias del Tribunal Constitucional que declararon inconstitucionales la suspensión de derechos fundamentales mediante el estado de alarma (STC 148/2021) y la suspensión de plazos en el Congreso (STC 168/2021)— la prórroga de seis meses y la rendición de cuentas mediante comparecencias del Presidente del Gobierno y del Ministro de Sanidad,

25 Así como un acelerador de procesos relacionados con la forma de funcionamiento del Parlamento, que puede servir para avanzar en la corriente de modernización del Parlamento abierto.

26 Véase al respecto García-Escudero (2022).

27 Como señalara López Basaguren (2021): "Los embates a la Constitución con ocasión del estado de alarma no están en aquel primer confinamiento, sino en la prórroga de seis meses del segundo estado de alarma general, que diluye el instrumento extraordinario de control establecido por la Constitución".

bimestrales la primera y mensuales la segunda, fueron asimismo declaradas inconstitucionales por la STC 183/2021, en la que se habla de desapoderamiento del Congreso de sus competencias: una vez más, en nuestros propios términos, abdicación de un papel activo.

Aunque el origen ha de situarse en la fragmentación del Congreso antes de la pandemia, durante esta se agudiza el uso y abuso de los decretos-leyes, situación que se prolonga después con la crisis de Ucrania y sus múltiples consecuencias.

Decretos-leyes complejos, heterogéneos (sobre multitud de materias, lo que admite el TC), largos —Sosa Wagner y Fuertes (2022) han realizado un estudio sobre el número de páginas<sup>28</sup>—, que modifican una y otra vez leyes y decretos-leyes anteriores<sup>29</sup> hasta complicar el ordenamiento, generando inseguridad jurídica<sup>30</sup>.

Aunque muchas veces se acuerde su tramitación como proyecto de ley, vemos que el porcentaje es apenas superior a la mitad (79/46, en un estudio reciente de Yolanda Gómez Lugo (2022), y que no todos ellos culminan en su aprobación como ley, pudiendo detenerse la tramitación mediante la ampliación del plazo de enmiendas o la no reunión de la ponencia.

El uso de las proposiciones de ley de los grupos representados en el Gobierno de coalición evita informes preceptivos para los proyectos, como también la participación de los interesados en la tramitación, exigida por la Ley del Gobierno a los anteproyectos.

## 2. Las Cortes Generales pierden (abdican de) su papel central

Hemos señalado que frente a la primacía del Gobierno, las Cortes Generales pierden su papel central, aunque paradójicamente sea ante un Gobierno más débil, minoritario o de coalición.

En efecto, se soslayan o distorsionan funciones típicamente parlamentarias:

### a) Función legislativa

Ya hemos visto cómo es frecuente legislar por decreto-ley (la llamada "normalización del decreto-ley"), pues la falta de mayoría y la inestabilidad de los apoyos que propiciaron la investidura hacen necesario pactar ley a ley, sin la certeza de que no se introduzcan en ellas elementos indeseados. El problema se incrementa en el caso de las leyes orgánicas, que no pueden aprobarse ni modificarse por decreto-ley, y que exigen mayoría absoluta para su aprobación.

Cierto que los decretos-leyes han de ser convalidados por mayoría del Congreso, pero al menos en ese trámite —que a veces se fuerza mezclando materias que hacen difícil explicar un voto en contra— no pueden modificarse. Para obtener la convalidación, se ofrece a veces a socios y no socios

28 Así, el Real Decreto ley 3/2020 de 4 de febrero cuenta con 252 páginas.

29 Siguiendo a los mismos autores, citaremos el Real Decreto ley 6/22, de 29 de marzo, que modifica 39 leyes.

30 T. R. Fernández, en "Otros efectos negativos del Covid", ABC, 9 enero 2021, considera que uno de esos efectos del que no va a ser fácil librarse es el gravísimo deterioro sufrido por nuestro ordenamiento jurídico, "pieza esencial de eso que convenimos en llamar precisamente Estado de Derecho, en el que han hecho estragos las respuestas que desde el Boletín Oficial del Estado se han ido dando desde el pasado mes de marzo a esta pesadilla" (Fernández, 2021).

la tramitación como proyecto de ley —eso explica, entre otras razones, su alto número—, pero ello no garantiza una modificación sustancial en una ley futura.

Con la expansión del decreto-ley y la mutación en el sujeto ordinario de la función legislativa, obviamente el Parlamento pierde su papel central en la función que le es propia, de forma coyuntural en situaciones excepcionales que luego han devenido en permanentes.

También debe citarse el aumento de las proposiciones de ley tomadas en consideración, dato engañoso pues afecta en definitiva a las procedentes de los grupos del Gobierno —que las usa como segunda marca para obtener una más rápida y sencilla tramitación— o de sus socios, y éstas últimas no siempre superan el trámite de enmiendas. Veremos el número de caducadas al final de la legislatura.

De otra parte, el ejercicio frecuente del veto presupuestario por el Gobierno, que no es sino una muestra más del temor a resultados indeseados en las votaciones, redundando en último término en la restricción de las facultades legislativas de las Cámaras.

Otras causas procedimentales que cita Cazorla (deficiente trabajo de las ponencias, debates de conjunto repetitivos, el uso impropio del procedimiento de lectura única) también perjudican la centralidad parlamentaria en la tarea de legislar (2018: 29-35).

### **b) Función presupuestaria**

Presupuestos prorrogados hasta dos veces (la prórroga solo había tenido lugar hasta estos últimos tiempos por razones de calendario electoral -salvo el rechazo en 1995, con consecuencias electorales), retrasos en la presentación en el Congreso de los últimos aprobados respecto al plazo fijado por el artículo 134 CE, son algunas de las novedades.

Como también —aunque ello no sea una novedad en Gobiernos de minoría— la necesidad de cesiones para llegar a la aprobación de los presupuestos, incluso —y esto sí es novedad— con los propios socios de la coalición de gobierno.

### **c) Función de control**

El control ordinario del Gobierno se desarrolla mediante las preguntas e interpelaciones semanales exigidas por la Constitución, instrumentos que han perdido parte de su sentido original: desde luego las preguntas escritas, pero también las orales, que se han convertido en un contracontrol de la oposición, y las interpelaciones devenidas preguntas ampliadas, no un debate general como prevén los Reglamentos.

En cuanto a las comparecencias y debates en Pleno, sólo se desarrollan cuando lo desean los socios de investidura, que hacen apoyo u oposición según les convenga, y pueden hacer inevitable la comparecencia —que entonces será a petición propia— del Presidente del Gobierno o de un Ministro.

La fragmentación se manifiesta también en la desproporción de los debates: con dos Grupos "Mixtos" (Mixto y Plural, en total 23 diputados, 2 de ellos procedentes de otro Grupo), 11 formaciones políticas representadas en ellos y por tanto numerosas intervenciones, más seis grupos pequeños y medianos (EH Bildu, Cs, GV, GR, UP, VOX) que intervienen por un mismo tiempo, tengan 5 o 52 diputados, como también los dos grupos mayores (en total 10 grupos parlamentarios con 19 formaciones políticas), el peso relativo se desdibuja en los debates, incluso las posiciones respectivas se diluyen.



#### d) Función de nombramiento

Puede decirse que la relación entre el Gobierno y el primer grupo de la oposición se ha mostrado en estos años con frecuencia como rota, bronca, sin diálogo, incluso sin coincidencia en los tradicionales pactos de Estado. Ello se manifiesta particularmente en la dificultad para llegar a acuerdos que permitan alcanzar las mayorías exigidas por la Constitución para órganos constitucionales o de relevancia constitucional (Defensor del Pueblo, Consejo General del Poder Judicial, Tribunal Constitucional), con los consiguientes retrasos en su renovación. Por supuesto, las negociaciones se desarrollan fuera del Parlamento y son los medios de comunicación los que se ocupan de trasladar a la opinión pública el desarrollo de aquéllas.

Un ejemplo típico es la renovación pendiente del CGPJ que, junto con su forma de designación, preocupa al Informe sobre el Estado de Derecho de la Comisión Europea. La confluencia con la renovación del tercio de componentes del Tribunal Constitucional procedente del Gobierno y del CGPJ empeoraba la imagen, al identificarse con el deseo de asalto a la institución o de defensa del *statu quo*, lo que no favorece en absoluto la percepción sobre la independencia del propio órgano constitucional.

Un burdo intento de presión legislativa para obtener el acuerdo, consistente en el recorte de las competencias del CGPJ en funciones, tuvo que ir seguido un año después —caso de miopía política— de otra proposición de ley —tramitada en lectura única— habilitándole para designar los miembros del TC, incluso con fijación de plazo para ellos, por supuesto desatendido. Y un tercer intento de forzar la renovación en ambas instituciones por vía legislativa —la reforma de la LOPJ y la LOTC mediante enmiendas a otro texto señalado— dio lugar al otorgamiento por un TC dividido de medidas cautelares solicitadas en un recurso de amparo<sup>31</sup>, con el inédito resultado de la detención por primera vez del procedimiento legislativo en las Cortes Generales, al suspender la tramitación de cuatro preceptos introducidos por vía de enmienda en el Congreso de los Diputados.

La polémica suscitada en nada contribuye al prestigio de las varias instituciones intervinientes, aunque influyera en que llegara a alcanzarse un acuerdo en el seno del CGPJ que permitiera la renovación del tercio de los miembros del TC designado por el Consejo y el Gobierno.

### 3. Confianza y responsabilidad

El Parlamento fragmentado ha provocado grandes cambios en la organización y el funcionamiento de las Cámaras, pero también ha tenido efectos más profundos, que atañen a las instituciones políticas y a las relaciones que mantenían entre sí. En este contexto ha de abordarse el examen de la incidencia que la fragmentación política ha tenido sobre la relación de confianza entre el Congreso de los Diputados y el Gobierno<sup>32</sup> y los instrumentos sobre los que gravita aquella, la investidura y la moción de censura, produciéndose situaciones inéditas y la aplicación por primera vez de preceptos constitucionales: dificultades para llegar a la investidura, con la consecuencia de largos períodos de gobierno en funciones; y la aprobación de la primera moción de censura en cuarenta años

---

31 ATC 177/2022, de 19 de diciembre.

32 Una visión más amplia presenta García-Escudero (2020).

de democracia constitucional.

En efecto, hemos visto ponerse en juego por primera vez instrumentos inéditos contenidos en la Constitución:

Investiduras fallidas (3) y repetición de elecciones (2) por aplicación del artículo 99.5 CE, con dos largos periodos de Gobierno en funciones en 2015-2016 y 2019-2020. Sin embargo, estas situaciones fruto de la fragmentación no podemos decir que hayan servido para reforzar mayorías, sino más bien al contrario. Tampoco parece plenamente alcanzada la cultura del pacto —más allá del Gobierno de coalición o de unos inestables pactos de investidura— a que aboca el nuevo (des)equilibrio de fuerzas.

Tres mociones de censura testimoniales de 2017 a 2023, sin posibilidad de éxito, frente a otras dos en casi cuarenta años (1980 y 1987).

La primera moción de censura exitosa en 2018, que tampoco generó un Gobierno fuerte o estable, como prueba la convocatoria de elecciones en 2019, apenas nueve meses después. El Presidente investido en la moción salió reforzado, pero no lo suficiente como para alcanzar la investidura, con la consiguiente disolución por aplicación del artículo 99.5 CE y unas segundas elecciones en el mismo año.

No hace falta añadir que la multiplicación de elecciones y por tanto de periodos en los que las Cámaras están disueltas favorece su invisibilidad frente a un Gobierno siempre presente, por muy en funciones que esté, y la preeminencia de su Presidente, que según Aragón (2017: 30), supone una grave alteración del régimen parlamentario.

#### IV. La falta de centralidad de los Parlamentos autonómicos<sup>33</sup>

Muchas de las afirmaciones contenidas en las líneas anteriores son de plena aplicación a los Parlamentos autonómicos, tanto en cuanto al déficit de representación como a la pérdida de la centralidad en el sistema político.

Quiero detenerme un poco más en algunas ideas:

##### 1. Déficit de representación

¿Es más acusado el déficit de representación en los Parlamentos autonómicos? La encuesta realizada por la Fundación Manuel Giménez Abad (Kölling y Tudela, 2022) no parece arrojar datos concluyentes. No obstante, el desprestigio de las instituciones vendría en este caso también unido a que los mayores casos de corrupción se han dado en el ámbito autonómico, para Andrés Iván Dueñas (2021: 220 y ss) consecuencia de un más débil control parlamentario y administrativo, de forma que la legitimidad que está en juego no es tanto la de origen como la de ejercicio (Biglino, 2021b: 284).

##### 2. Recuperación de la centralidad del Parlamento. El control parlamentario

El peligro de hipostatización de Gobierno y Parlamento creo que es todavía mayor en los Parlamentos autonómicos, donde el número de grupos es muchas

<sup>33</sup> Para la redacción de este apartado se ha tomado parcialmente como base lo expuesto en García-Escudero (2015b).

veces inferior a los existentes en el Congreso y el Senado y las mayorías hasta tiempos recientes en ocasiones más holgadas.

Es en consecuencia más fácil olvidar que mayoría y Gobierno no son lo mismo y que, aunque en último término quieran lo mismo y voten lo que determina el Gobierno, el Parlamento o Asamblea es una institución —un poder— diferente, con unas formas y procedimientos a respetar. Como expone García Pelayo, las críticas que el Parlamento, en el uso de sus competencias, puede hacer al Gobierno son las llevadas a cabo por las minorías (García Pelayo, 1986: 113). Esta función debe aceptarse, respetarse y facilitarse, siempre en un ejercicio responsable.

Por eso resulta de particular importancia la función de control, en la que los Reglamentos deben reconocer el papel de la oposición. Precisamente porque los Reglamentos autonómicos son generalmente más fáciles de reformar que los de las Cámaras que integran las Cortes Generales, se han ido introduciendo algunas novedades que podrían extenderse al resto. El ejemplo es la legitimación para la constitución de comisiones de investigación en Castilla y León o Cataluña, pero también habría que fomentar el uso efectivo de los instrumentos ordinarios de control y de los debates sobre la política gubernamental, que permitan su exposición con luz y taquígrafos y la crítica de las minorías.

La doctrina suele destacar la debilidad del Parlamento autonómico en la función de control (Tudela Aranda, 2015: 41; 2007: 98), hasta el punto de llegar a hablar de la deriva presidencialista de la forma de gobierno (Pérez Moneo y Vintró, 2017: 432). El fin del bipartidismo, obviamente, ha afectado también a los Parlamentos autonómicos, con pérdida de las anteriores mayorías absolutas a partir de 2015, pactos de investidura, Gobiernos de coalición, mociones de censura, constitución de comisiones de investigación... ¿Significa esto que recuperan protagonismo? Bilbao Ubillos en 2017 apuntaba algunos signos (2017: 15-38). En aspectos parciales del debate y la negociación parlamentarias puede verse al menos alguna novedad (investidura, aprobación de los presupuestos, actividad legislativa, pero también abuso del decreto-ley) que para alguno permite hablar de un giro de presidencialismo parlamentario al parlamentarismo presidencialista (Magdaleno, 2019).

Tudela (2020b: 198) concluye que ninguna de estas circunstancias se ha traducido en un auténtico protagonismo, y que los instrumentos de control han seguido careciendo de efectividad, excluyendo apenas la dificultad para aprobar un número minoritario de decretos-leyes (y el protagonismo no puede traducirse en la sola capacidad para hacer inviable la acción del Gobierno, controlar no es sinónimo de impedir).

¿Ha supuesto la pandemia un avance en cuanto a la asunción por el Parlamento autonómico de su papel central? Quizá sea demasiado afirmar que claramente no. Algunos Parlamentos autonómicos permanecieron en la sombra en ese periodo, otros adoptaron decisiones técnicamente cuestionables<sup>34</sup>, finalmente otros reaccionaron tras el ¿obligado? y criticado tiempo de suspensión de la actividad con la constitución de comisiones de investigación o la multiplicación de las comparecencias gubernamentales, aunque en general puede afirmarse que el control de las medidas autonómicas adoptadas —de particular importancia cuando se derivó hacia la cogobernanza— fue insuficiente.

---

34 Una cierta coordinación entre los distintos Parlamentos, como apunta Tudela Aranda (2021: 115) habría sido posiblemente beneficiosa para la gestión de la pandemia.



### 3. Acercamiento a la ciudadanía

Es cierto que en materia de acercamiento a la ciudadanía y Parlamento abierto se ha podido observar cómo las iniciativas más innovadoras de participación ciudadana en nuestro país se han implantado en los Parlamentos autonómicos. Algunas Asambleas se han involucrado también con intensidad en la tarea de la transparencia, como puede apreciarse en los resultados de los IPAR, en el primero de los cuales los dos primeros puestos eran ocupados por los Parlamentos de Cantabria y Navarra, el primero con un 98,8%.

También son Parlamentos autonómicos los que han incluido las audiencias en sus Reglamentos como trámite ordinario en el procedimiento legislativo (Andalucía, Cataluña). Debe perseverarse en esta vía de buscar medios de acercamiento de y a la ciudadanía, y de fortalecimiento del conocimiento de la institución parlamentaria y el papel de los representantes.

Además de estas medidas encaminadas al acercamiento a la sociedad, nuevas iniciativas de mayor transcendencia, pues requieren de modificaciones legislativas de envergadura, o incluso estatutarias, han surgido de la conjunción de dos causas: la crisis económica y su repercusión en la sociedad —que ha generado una visión más crítica de las instituciones—, de una parte, y el deseo de superar el descrédito de las instituciones parlamentarias y recuperar la confianza del electorado.

Podemos situar aquí las iniciativas dirigidas a la supresión de los privilegios de los parlamentarios (García-Escudero, 2019b), la reducción del número de los diputados (Castilla-La Mancha, Cantabria) o la modificación de sus retribuciones (Castilla-La Mancha). Las dos últimas medidas se situarían en la línea de un retorno a los Pactos de La Moncloa de 1981, que se plasmaron en los Estatutos de Autonomía aprobados con posterioridad.

En cuanto a la primera medida, reducción del número de diputados<sup>35</sup>, parece ampliamente justificada en supuestos como el de la Asamblea de Madrid, para la que el Estatuto reformado por Ley Orgánica 5/1998 prevé que esté compuesta por un diputado por cada 50.000 habitantes o fracción superior a 25.000, de acuerdo con los datos actualizados del censo de población, lo que ha elevado de forma automática su número, llegando a extremos excesivos (129 en la convocatoria de elecciones de 2011, 136 en 2021, 135 en 2023), si se comparan con el número de diputados al Congreso, y además incomprensibles para la ciudadanía, que muchas veces contempla a las instituciones en términos de gasto público.

En cuanto a la segunda cuestión, la modificación reglamentaria del sistema de retribuciones de los diputados, implantada y contestada en Castilla-La Mancha<sup>36</sup>, su constitucionalidad ha sido resuelta por la STC 36/2014, de 27 de

35 La Ley Orgánica 2/2014, de 21 de mayo, de reforma del Estatuto de Castilla-La Mancha, reduce el número de diputados de las Cortes de esta Comunidad autónoma a un mínimo de 25 y un máximo de 35, siendo 49 los miembros existentes. La redacción anterior (LO 3/1997) establecía una distribución mínima de escaños: Albacete, 10; Ciudad Real, 11; Cuenca, 8; Guadalajara, 7; Toledo, 11. La redacción originaria del Estatuto establecía un arco de 47 a 59 diputados. Por su parte, la Ley de Cantabria 2/2012, de 30 de mayo, de medidas administrativas, económicas y financieras para la ejecución del Plan de los servicios públicos de la Comunidad Autónoma de Navarra, mediante una reforma de la Ley 5/1987, de 27 de marzo, de Elecciones al Parlamento de Cantabria, redujo el número de sus miembros de 39 a 35.

36 Distinguiendo, conforme al nuevo artículo 11 del Reglamento de las Cortes, entre los diputados en régimen de dedicación exclusiva e incompatibilidad, únicos que percibirían un sueldo, y el resto, que recibirán asistencias por la concurrencia efectiva a las sesiones de los órganos de que formen parte, en la cuantía que señale la Mesa oída la Junta de Portavoces. Además, todos los diputados percibirán una cantidad en concepto de indemnización por los gastos

febrero (que desestima el recurso de inconstitucionalidad presentado por 60 senadores del Grupo Socialista), en la que el Tribunal se reitera en su doctrina de que sólo poseen relevancia constitucional los derechos y facultades atribuidas al representante que pertenezcan al núcleo de su función representativa parlamentaria. La Constitución no configura el régimen retributivo de los miembros de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, habrá que estar por tanto a lo que determinan los Estatutos de Autonomía. En el caso de Castilla-La Mancha, la reforma operada por Ley Orgánica 3/1997, de 3 de julio, eliminó toda referencia a las retribuciones o asignaciones de los diputados de las Cortes regionales, y "en consecuencia, y partiendo del nuevo marco estatutario, las Cortes de Castilla-La Mancha, en el libre y legítimo ejercicio de su autonomía reglamentaria, aprobaron la reforma de los arts. 11 y 12 del Reglamento de la Cámara", implantando el nuevo sistema, "sin que existan razones para considerar inconstitucional dicha reforma, pues no ha quedado acreditado que el nuevo régimen retributivo origine perjuicios económicos en el desarrollo del núcleo esencial de la función representativa" (FJ 8), ni siquiera en cuanto a su aplicación con carácter retroactivo.

No obstante su constitucionalidad, la crítica a estas medidas vienen: en la primera, del reforzamiento del bipartidismo con exclusión de la representación de partidos minoritarios<sup>37</sup>; la segunda, de la posible repercusión de la menor retribución en la función de control<sup>38</sup>.

Sean las expuestas u otras las medidas adoptadas en el ámbito de la autonomía parlamentaria, deben siempre tenerse presentes dos aspectos implicados: que la eliminación, no ya de privilegios parlamentarios en el sentido técnico del término, sino de "beneficios" derivados de la función, en un marco de austeridad, será siempre bien recibida por la ciudadanía que cualesquiera iniciativas que se adopten por la mayoría en solitario deberán tener como horizonte primordial el interés general, siempre con la debida protección de las minorías, sin pretender obtener una posición más ventajosa o favorable, sea en el plano electoral o en el ejercicio de las funciones parlamentarias.

derivados de sus funciones representativas. Todas las asignaciones estarán sujetas a las normas tributarias de carácter general y se incluirán en la declaración de bienes de los diputados.

37 Como recuerda Navarro (2013: 72 y ss), en la actualidad hay en nuestro país 1268 diputados autonómicos. Añade: "si no cabe duda de que los tiempos en que vivimos exigen respuestas ejemplares y decididas tendentes a equilibrar los ingresos y los gastos públicos, sin embargo no estamos muy seguros de que una de ellas tenga que ser, necesariamente, el redimensionamiento a la baja de nuestras asambleas legislativas regionales, en una carrera desenfrenada por ver quién es capaz de recortar más"; habrán de tenerse en cuenta elementos como la relación entre el número de diputados y la población de la Comunidad Autónoma o el coste efectivo de funcionamiento de la Cámara antes de tomar una decisión. "El principal riesgo de 'sacar la tijera' y aceptar este tipo de propuestas que, sin duda gozan de una enorme popularidad entre la ciudadanía, es que pueden hacer de nuestros Parlamentos unas instituciones más baratas, pero también menos representativas y de menor calidad en los resultados que producen. Por ello, se ha criticado, creemos que, con razón, que estas medidas reductivas fomentarán o consolidarán el bipartidismo ya predominante y, por ende, producirán Cámaras legislativas menos plurales, al limitar el acceso a las mismas a los partidos minoritarios".

38 En el mismo sentido crítico, en este caso de la STC 36/2014, García Roca (2014: 97) se plantea como cuestión central: ¿devaluará la medida el ejercicio de la función de control del ya todopoderoso ejecutivo autonómico al dejarla en manos de unos parlamentarios aficionados o poco profesionalizados y con escaso tiempo de dedicación?

## V. Conclusión

Cabe concluir que, no superada la crisis de representación del Parlamento en su versión más reciente, el funcionamiento de nuestro sistema político en los últimos años ha agravado la falta de centralidad de las Cámaras (y en concreto del Congreso de los Diputados —si alguna vez la tuvo, pues el Senado siempre ha carecido de ella— y de los Parlamentos autonómicos, aunque quizá hayan ido en sentido inverso hacia un mayor protagonismo) con un reforzamiento paradójico del Gobierno minoritario sobre el Parlamento fragmentado.

En efecto, en palabras de Tudela (2020b: 197-198), no es posible congratularse de un mayor protagonismo del Parlamento como consecuencia de una inexistente mayoría de gobierno —grave distorsión del sistema político-constitucional—, pues se ha comprobado que también en ese marco político el protagonismo del Parlamento es reducido. Puede haber más ruido, más iniciativas, más incertidumbre en los resultados, pero en todo caso sería un falso protagonismo<sup>39</sup>.

Ello se pone de manifiesto no sólo en los citados acontecimientos extraordinarios, sino en el día a día del juego político-parlamentario. Tras el impacto de la pandemia y con el estreno de un primer Gobierno de coalición a nivel estatal, la primera parte de la XIV legislatura se caracterizó por la excepcionalidad (paralización legislativa de las Cortes Generales, estados de alarma, uso del decreto ley). Cuando la pandemia se cronifica, quizá la polarización y el enfrentamiento sean los elementos descriptivos predominantes<sup>40</sup>. Y polarización y democracia, dice Tudela (2023: 403), son términos de difícil convivencia y que en última instancia pueden resultar excluyentes<sup>41</sup>.

Abogamos por que el "equilibrio de debilidades" entre Gobierno y Parlamento a que aludían Solé Tura y Aparicio (1984: 206) como riesgo del carácter constructivo de la moción de censura y la correlativa búsqueda de la estabilidad gubernamental, no se convierta en la tónica permanente de nuestro futuro sistema político no bipartidista, ya que —auguraban— "el resultado de ello es el debilitamiento de ambas instituciones".

### Bibliografía

- Aguiló Lucía, L. (1997). El Parlamento en el umbral del siglo XXI. *Corts. Anuario de Derecho parlamentario*, 4 (extraordinario), 15-38.
- Aragón Reyes, M. (2017). Legislatura fallida e investidura convulsa. Análisis y consecuencias. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 109, 15-34. DOI: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.109.01>

39 No es que el Parlamento haya ganado centralidad y que ahora sea una institución protagonista del sistema político, es que este ha derivado al caos, y en muchos casos al absurdo, tratándose como mucho de un falso protagonismo. El eventual protagonismo es más efectista que efectivo, con un grave deterioro del régimen parlamentario hasta el punto de que puede calificarse de perversión (Tudela Aranda, 2021: 98).

40 Cazorla Prieto (2018: 24) considera que el carácter casi exquisito del estilo parlamentario (conjunto de modos y formas) que acompañó al nacimiento de la Constitución de 1978 contribuyeron a conformar y fortalecer la centralidad parlamentaria, y no sólo formalmente sino también en la dimensión sustancial; mientras que la tendencia al deterioro de ese estilo ha sido uno de los factores que han contribuido a que la oscilación de la centralidad parlamentaria no sea positiva en los años de vigencia de la Constitución.

41 En otro trabajo destaca la polarización del sistema político, con la presencia de fuerzas radicales que supera los cien escaños, más la radicalización electoralista de los dos grandes partidos (Tudela Aranda, 2021: 98).

- Biglino Campos, P. (2021a). Malos tiempos para los Parlamentos. *Cuadernos Constitucionales*, 2, 31-45.
- Biglino Campos, P. (2021b). La reivindicación del Parlamento en la época del populismo. ¿Cómo regenerar su propia legitimación? En M. Aragón Reyes, J. R. Cossío Díaz y L. F. Nava Gomar (coords.). *La crisis del parlamentarismo en nuestra democracia constitucional* (pp. 269-287). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Bilbao Ubillos, J. M. (2017). Un nuevo ciclo político sin mayorías absolutas: los parlamentos autonómicos recobran protagonismo tras las elecciones de 2015. *Revista Jurídica de Castilla y León*, 42, 15-38.
- Cazorla Prieto, L. M. (2018). Reflexiones sobre la oscilante centralidad del Congreso de los Diputados bajo la Constitución de 1978. *Revista de las Cortes Generales*, 104, 19-41.
- Chandernagor, A. (1967). *Un parlement pour quoi faire*. Paris: Gallimard.
- De Esteban, J. y González Trevijano, P. (1994). *Curso de Derecho Constitucional*. Vol. III. Madrid: Facultad de Derecho UCM.
- De Esteban, J. (1968). La situación del parlamento en las sociedades industriales. *Revista de Estudios Políticos*, 159-160, 75-103.
- De Esteban, J. (2014). El prodigio de Podemos. *El Mundo*, 27-5-2014.
- Díez Nicolás, J. (2014). La globalización y las crisis. *ABC*, 11-4-2014.
- Dueñas, A. I. (2021). Las Comunidades Autónomas como laboratorios de democracia. Participación de los ciudadanos y relaciones entre poderes. Zaragoza: Fundación Manuel Giménez Abad.
- Duverger, M. (1963). Apogée et déclin du système parlementaire. *Les cahiers du Centre d'Études Socialistes*, 32-33, 3-21.
- Fernández, T. R. (2021). Otros efectos negativos del Covid. *ABC*, 9-1-2021.
- García-Escudero Márquez, P. (2003). Parlamento y futuro: los retos de la institución parlamentaria. *Cuadernos de Derecho Público*, 18, 192-205.
- García-Escudero Márquez, P. (2006). *El procedimiento legislativo ordinario en las Cortes Generales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- García-Escudero Márquez, P. (2011). El parlamentario individual en un Parlamento de grupos: la participación en la función legislativa. *Teoría y Realidad Constitucional*, 28, 205-242.
- García-Escudero Márquez, P. (2015a). Regeneración del Parlamento, transparencia y participación ciudadana. *Teoría y Realidad Constitucional*, 36, 171-216.
- García-Escudero Márquez, P. (2015b). La regeneración del Parlamento. El papel del Congreso, el Senado y los Parlamentos Autonómicos. En E. Arnaldo Alcubilla y P. González Trevijano (dirs.). *En pro de la regeneración política de España* (pp. 437-487). Pamplona: Aranzadi.
- García-Escudero Márquez, P. (2016). Las Cortes Generales: nuevos roles y transformación de funciones. En T. Freixes Sanjuán y J. C. Gavara de Cara (coords.). *Repensar la Constitución. Ideas para una reforma de la Constitución de 1978: reforma y comunicación dialógica. Parte primera* (pp. 101-130). Madrid: CEPC – Ministerio de la Presidencia.
- García-Escudero Márquez, P. (2017). Actividad legislativa del Parlamento con un Gobierno en funciones. En E. Aranda Álvarez (coord.), *Lecciones constitucionales de 314 días con el Gobierno en funciones* (pp. 237-264). Valencia: Tirant lo Blanch.
- García-Escudero Márquez, P. (2018). Un nuevo Parlamento fragmentado para los 40 años de la Constitución. *Revista de Derecho Político*, 101, 67-98.
- García-Escudero Márquez, P. (2019a). Balance de la moción de censura constructiva en un Parlamento fragmentado. *Teoría y Realidad Constitucional*, 44, 101-136.



- García-Escudero Márquez, P. (2019b). Reforma constitucional, prerrogativas de los parlamentarios y Parlamentos autonómicos. En A. Sanz Pérez y J.M. Corona Fierro (coords.). *Parlamentos autonómicos y reforma constitucional* (pp. 69-91). Santander: Parlamento de Cantabria.
- García-Escudero Márquez, P. (2020). Parlamento y Gobierno en tiempos de multipartidismo. *Corts. Anuario de Derecho parlamentario*, 33, 183-209.
- García-Escudero Márquez, P. (2022). El debido retorno del Parlamento a los hábitos prepandemia. En J. Tudela y M. Kölling, (dirs.). *Calidad democrática y Parlamento* (pp. 347-374). Madrid: Marcial Pons.
- García Morillo, J. (1997). El Parlamento en la era global. *Cuadernos de Derecho Público*, 1, 77-100.
- García Pelayo, M. (1986). *El Estado de partidos*. Madrid: Alianza.
- García Roca, J. (2014). La supresión –sobrevvenida– del sueldo de los diputados de Castilla-La Mancha según la STC 36/2014, de 27 de febrero: una solución sencilla para un problema complejo. *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, 7, 95-107.
- Garton Ash, T. (2015). Es urgente renovar el Parlamento británico. *El País*, 29-3-2015.
- Gómez Lugo, Y. (2022). Efectos de la fragmentación del Congreso en la función legislativa. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 126, 155-187. DOI: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.126.05>
- Greciet García, E. (2012). El Parlamento como problema y como solución. *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, 26, 235-298.
- Hauriou, A. (1971). *Derecho Constitucional e Instituciones políticas*. Barcelona: Ariel.
- Kölling, M. y Tudela, J. (2022). Resultados y conclusiones de la encuesta sobre Parlamentos autonómicos. En M. Kölling y J. Tudela, (coords.). *Calidad democrática y Parlamento* (pp. 435-468). Zaragoza: Fundación Manuel Giménez Abad.
- López Basaguren, A. (2021). Octavio y Catón en el Constitucional. *El País*, 29-6-2021.
- Magdaleno Alegría, A. (2019). El Gobierno de las Comunidades Autónomas. Del presidencialismo parlamentario al parlamentarismo presidencialista. En A. Sanz Pérez y J. M. Corona Fierro (coords.). *Parlamentos autonómicos y reforma constitucional* (pp. 219-251). Santander: Parlamento de Cantabria.
- Michels, A. (1979/1911). *Los partidos políticos II. Un estudio sociológico de las tendencias oligárquicas de la democracia moderna*. Buenos Aires: Amorrortu.
- Navarro Méndez, J. I. (2013). Algunas propuestas para la mejora del rendimiento institucional de las Asambleas legislativas autonómicas españolas. *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, 29, 65-96.
- Pendás, B. (2002). Formas de gobierno. Notas para un debate sobre el parlamentarismo adaptado. *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, 6, 3-14.
- Pérez Moneo, M. y Vintró, J. (2017). Conclusiones. En M. Pérez Moneo y J. Vintró (coords.). *Participación política: deliberación y representación en las Comunidades Autónomas*. Madrid: Congreso de los Diputados.
- Pitkin, H. F. (1985). *El concepto de representación*. Madrid: CEPC.
- Presno Linera, M. A. (2014). La voz del desafecto: razones y propuestas. *El derecho y el revés* [blog], 7-5-2014. Disponible en: <http://presnolinera.files.wordpress.com/2014/05/la-voz-del-desafecto.pdf>
- Ramírez, M. (1995). Problemática actual del Parlamento. *Revista de Estudios Políticos*, 87, 53-79.
- Rubio Llorente, F. (2012). La representación política. En F. Rubio Llorente. *La forma del poder*. Vol. II. 3.ª ed. Madrid: CEPC.
- Rubio Llorente, F. (2014). Defectos de forma. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 100, 133-165

- Rubio Núñez, R. y Vela Navarro-Rubio, R. (2017). *Parlamento abierto. El Parlamento en el Siglo XXI*. Barcelona: UOC.
- Rubio Núñez, R. (coord.) (2014). *Parlamentos abiertos. Tecnología y redes para la democracia*. Madrid: Congreso de los Diputados.
- Rubio Núñez, R. (2022). El Parlamento en busca de la centralidad perdida. Entre el test de stress y la aceleración de procesos. *Revista AC Asuntos Constitucionales*, 2, 5-22.
- Sartori, G. (1999). En defensa de la representación. *Claves de Razón Práctica*, 91, 2-6.
- Seijas Villadangos, E. (2018). La centralidad del Parlamento: una teoría crítica de sus funciones. *Revista Brasileira de Direito*, 14 (3), 24-54.
- Solé Tura, J. y Aparicio Pérez, M.A. (1984). *Las Cortes Generales en el sistema constitucional español*. Madrid: Tecnos.
- Sosa Wagner, F. y Fuertes, M. (2022). El Congreso, ese costoso decorado. *El Mundo*, 2-9-2022.
- Torcal, M. (2004). La confianza en el Parlamento español: tendencias, causas y consecuencias. En F. Vallespín Oña y F. Pau i Vall (coords.). *Ciudadanía y política, X Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos* (pp. 169-194). Madrid: Tecnos.
- Tudela Aranda, J. (2007). La renovación de la función parlamentaria de control. *Teoría y Realidad Constitucional*, 19, 75-104.
- Tudela Aranda, J. (2008). *El Parlamento necesario. Parlamento y democracia en el siglo XXI*. Madrid: Congreso de los Diputados.
- Tudela Aranda, J. (2013). Participación en el procedimiento de elaboración de la ley. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 14 (Número extraordinario dedicado a: Transparencia, participación ciudadana y Administración Pública en el siglo XXI), 93-119.
- Tudela Aranda, J. (2015). El Parlamento autonómico y la calidad de la democracia. En J. Tudela (coord.). *Los Parlamentos autonómicos en tiempos de crisis* (pp. 15-52). Zaragoza: Fundación Manuel Giménez Abad.
- Tudela Aranda, J. (2020a). *El Parlamento en tiempos críticos. Nuevos y viejos temas del Parlamento*. Madrid: Marcial Pons.
- Tudela Aranda, J. (2020b). Crisis política (y social) y Derecho constitucional. *Teoría y Realidad Constitucional*, 46, 173-210.
- Tudela Aranda, J. (2021). Nuevos reflejos de la debilidad del Parlamento. *Cuadernos Constitucionales*, 2, 95-119.
- Tudela Aranda, J. (2023). Representación y Parlamento: la representatividad necesaria. En M. Aragón Reyes y D. Valadés Ríos (coords.). *Derecho constitucional del siglo XXI: desafíos y oportunidades* (pp. 397-418). Zaragoza: Fundación Manuel Giménez Abad.
- Tusell, J. (1993). La regeneración de la democracia, *Cuenta y Razón*, 78-79, 27-32.
- Vallespín, F. (2015). Teatrocraza. *El País*, 20-2-2015.
- Vírgala Foruria, E. (2013). Crisis de la representación y democracia directa en España. *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, 29, 11-25.

# Eutanasia y Constitución. O las aporías de la autodeterminación. Notas críticas sobre la STC 19/2023 acerca de la LORE

***Euthanasia and constitution. Or the aporias of self-determination. Critical notes on STC 19/2023 on the LORE***

**MANUEL MARTÍNEZ SOSPEDRA**

Catedrático emérito de Derecho Constitucional UCH-CEU  
sospedra@uch.ceu.es

DOI: <https://doi.org/10.7203/cc.4.28101>

Fecha de recepción: 25/07/2023

Fecha de aceptación: 08/10/2023

## Resumen

La STC 19/2023, que resuelve recursos de inconstitucionalidad presentados contra la LO/2021, de eutanasia, se ve fuertemente condicionada por la decisión del legislador de optar por un modelo en el que, previa la determinación de un presupuesto habilitante configurado mediante conceptos jurídicos indeterminados de base médica, se trata de configurar un derecho de prestación, de la que se encarga en exclusiva el SNS, consistente en dar muerte al sufriente solicitante, de tal modo que, mediante un procedimiento administrativo que concluye en una resolución, el Estado da muerte a aquel. La resolución, que trata de fundamentar la constitucionalidad de la ley no es consistente, toda vez que ni puede basarse en la doctrina del TEDH que se cita, ni es posible definir el sistema establecido por la ley en términos de derecho público subjetivo, ni resulta convincente la tesis de fundamentar una prestación cuyo contenido es privar de existencia al solicitante en el derecho a integridad física y moral. No obstante, la sentencia aclara algunos extremos poco claros de una regulación legal de calidad escasa, establece un conjunto de supuestos de interpretación conforme que, sorprendentemente, no se llevan al fallo, y aclara el régimen jurídico de la objeción de conciencia operando una interpretación *favor libertatis* de la misma.

## Palabras clave

Eutanasia; procedimiento administrativo, prestación a cargo del Estado, derecho subjetivo de prestación con pretensión de fundamentalidad, objeción de conciencia.

## Abstract

*STC 19/2023, which resolves unconstitutionality appeals filed against LO/2021, on euthanasia, is strongly conditioned by the legislator's decision to opt for a model in which, after determining an enabling budget configured through legal concepts indeterminate on a medical basis, it is a question of configuring a right to benefit, which is exclusively in charge of the SNS, consisting of killing the suffering applicant, in such a way that, through an administrative procedure that concludes in a resolution, the State kills the person. The resolution, that tries to support the constitutionality of the law, is not consistent, since it cannot be based on the doctrine of the ECHR that is cited, nor is it possible to define the system established by the law in terms of subjective public law, nor is the thesis of basing a benefit whose content is to deprive the applicant of existence on the right to physical and moral integrity. However, the sentence clarifies some unclear extremes of a legal regulation of low quality, establishes a set of assumptions of compliant interpretation that, surprisingly, are not carried to the ruling, and clarifies the legal regime of conscientious objection operating an interpretation favor "libertatis" of the same.*

## Keyword

*Euthanasia; administrative procedure, provision by the State, subjective right to provision with a claim of fundamentality, conscientious objection.*

## Sumario

**I. Introducción. II. Un derecho de prestación y su procedimiento administrativo. III. Las correcciones al legislador o la interpretación conforme que no se lleva al fallo. IV. La jurisprudencia del TEDH y su uso en el caso. V. La invención de un nuevo derecho, que, a veces, parece fundamental. VI. La fundamentación. 1. La autodeterminación personal. 2. La base constitucional: el derecho a la integridad física y moral. VII. Las contradicciones internas del edificio. VIII. Balance y perspectivas. *Bibliografía.***

Ya sé que muchos dirán  
Que peco de atrevimiento  
Si largo mi pensamiento  
P´al rumbo que yo elegí  
Pero siempre he sido así,  
Galopador contra el viento.

A. Yupanqui

### I. Introducción

La ley orgánica reguladora de la eutanasia (LORE) nace como una proposición de ley presentada por el Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso al comenzar la Legislatura que acaba de finalizar, proposición intensamente modificada en el trámite parlamentario y de la que ya traté en su día (Martínez Sospedra, 2021). De entrada conviene hacer dos observaciones, de un lado la proposición de ley, por ser tal, no está sujeta a la exigencia legal de informes técnicos en fase prelegislativa, como lo estaría si de un proyecto de ley se tratare, por la sencilla razón de que ni el Reglamento del Congreso, ni el del Senado lo contemplan. Esa omisión podrá merecer el juicio que a cada operador jurídico le parezca oportuno y no parece que la mayoritaria le sea especialmente favorable. Del otro que desde su mismo origen el texto se basa en una opción legislativa clara, a saber, se ha rechazado explícitamente la posibilidad de regular la eutanasia a partir de considerarla una variable de la figura del suicidio asistido, sobre la base de que tal posibilidad produciría una regulación legislativa de insuficiente capacidad garantista<sup>1</sup>. En su lugar el legislador ha optado por un modelo distinto: una regulación legal que configura un derecho de prestación a cargo del Estado (Sistema Nacional de Salud mediante), que comporta el diseño e implementación de un complejo procedimiento administrativo *ad hoc* susceptible de acabar, caso de demanda exitosa, con el otorgamiento de una "prestación de

<sup>1</sup> No hace falta ir muy lejos: véase el último párrafo de la exposición de motivos de la proposición de ley.



ayuda a morir" cuya forma y contenido se reservan al poder público. Eso supone que el legislador no ha querido seguir, y no ha seguido, el modelo existente en los tres países del Benelux, en el que se reconoce la legitimidad de la eutanasia según un modelo en el que sólo existe un muy leve control previo destinado a determinar la efectiva voluntariedad de la demanda, al que sigue, en su caso, la prestación, y en el que los controles efectivos son de aplicación posterior a la realización de la prestación misma con el fin de supervisar la regularidad de la aplicación de dicha prestación.<sup>2</sup> Irracional no es, desde luego.

El precio a pagar por la renuncia al modelo del suicidio asistido es doble: por una parte se pasa de un modelo en el que la decisión del afectado es soberana y el Estado se limita a poner a su disposición el medio o medios para que se satisfaga la demanda, a otro que exige un complejo procedimiento administrativo y es el Estado no sólo el que determina el procedimiento, sino también el que lo ejecuta, el que realiza la prestación; del otro en lugar de operar una sola voluntad, la del peticionario, que determina por sí sola el otorgamiento de la prestación, operan necesariamente dos, que deben concurrir asimismo necesariamente para que la prestación pueda efectuarse: a saber la del solicitante y la del Estado. Un modelo de codecisión en el que el afectado efectúa la demanda de la prestación y es el Estado (Sistema Nacional de Salud mediante, conviene insistir) el que examina, decide y, en su caso, otorga. He escrito "codecisión" porque en el sistema diseñado por la LORE el otorgamiento de la prestación no es jurídicamente posible si no hay una solicitud formal y expresa por parte del afectado, pero el juicio sobre la misma y sobre su pertinencia corresponde al Estado a través de los facultativos del SNS y sin su concurrencia la prestación es jurídicamente imposible<sup>3</sup>, cosa que la doctrina sentada por la Sentencia que comentamos conserva en su integridad.

Sin embargo la misma decisión jurisdiccional que configura el derecho como uno de prestación se presenta, de entrada, con una vestidura muy diferente, en términos de surgimiento de un nuevo derecho, que se viene a justificar en razón del cambio cultural producido en la sociedad española:

*El "derecho de prestación de ayuda para morir" configurado por el legislador para personas que lo demandan en contextos eutanásicos ha de ser considerado teniendo en cuenta la evolución cultural, moral y jurídica que se ha producido en las últimas décadas en nuestra sociedad y en las de nuestro entorno. Se trata de una evolución que ha afectado a los valores asociados a la persona, a su existencia y a su capacidad de decidir en libertad sobre su vida, sobre su salud y sobre el final de su existencia, y que, a partir de ciertas ideas fuerza como la de autonomía del paciente y el consentimiento informado ha propiciado una ampliación de los contenidos del derecho fundamental a la integridad física y moral y de los principios de dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad.<sup>4</sup>*

2 Debe señalarse que el control a posteriori tal y como opera en Bélgica o los Países Bajos permite detectar casos de aplicación irregular si estos se dan. Que concurren.

El Legislador no ha indicado con claridad por qué no ha seguido ese modelo, pero su insistencia en el garantismo permite aventurar que no desea correr el riesgo de aplicaciones desviadas por la dificultad del remedio y por el previsible impacto deslegitimador que pudieran surtir.

3 En rigor la ley prevé una excepción en la que la voluntad del peticionario no juega porque, en rigor, no hay peticionario (vide el art. 5.2. en relación con el art. 9 LORE), si bien la STC 19/2023 limita muy fuertemente su relevancia, como veremos.

4 STC 19/2023 FJ 4. p. 57791.

Lo que, en caso de juicio positivo daría lugar al surgimiento de derechos de nuevo cuño, no previstos por el constituyente.

*En el juicio sobre la constitucionalidad de una ley como la que es ahora objeto de impugnación se debe comprobar si la Constitución, como marco de encuentro de opciones político-legislativas legítimamente heterogéneas, responde y ofrece cobertura a nuevos derechos.<sup>5</sup>*

Obligado por la opción regulatoria impuesto por el Legislador, el Tribunal se va a ver forzado a caminar por la cuerda floja: por una parte, y por razones claramente ideológicas, desea validar la regulación legislativa y aprovechar esa validación para introducir "nuevos derechos", pero por otra parte la configuración del derecho a la eutanasia como un derecho de prestación (que acarrea la necesaria concurrencia de la voluntad del Estado) no resulta claramente compatible con el edificación de un nuevo "*derecho público subjetivo*", y, menos aún, de un nuevo "*derecho fundamental*".

No debemos extrañarnos de que la STC 19/2023 sea muy extensa y compleja, y no esté exenta de contradicciones.

## II. Un derecho de prestación y su procedimiento administrativo

La LORE trata de configurar un "*derecho público subjetivo*" que reviste la condición de ser un derecho de prestación cuyo contenido esencial radica en la obtención de la ayuda indispensable para morir, pero, eso sí, en el modo y forma que la propia ley prescribe. Es, pues, correcta la observación de la sentencia que se comenta según la cual:

*El articulado de la LORE es inequívoco en cuanto a la condición de derecho público subjetivo y de prestación que en ella se confiere a la pretensión de solicitar y recibir, cumplidas las exigencias legales, la "ayuda necesaria para morir" (art. 1.)<sup>6</sup>*

El punto de partida se halla en la determinación legal de una serie de conceptos jurídicos indeterminados, la mayor parte de los cuales son de origen médico, mediante los cuales se trata de configurar el presupuesto de hecho que habilitaría, en su caso, la legitimidad de la demanda de eutanasia y, en consecuencia, a la recepción por el interesado de la prestación de "*ayuda a morir*" en el modo y forma previstos por la ley misma. En resumen dicho presupuesto exige la concurrencia de una enfermedad que inflige al paciente sufrimientos de todo orden de particular intensidad, enfermedad que no se puede curar con los medios y técnicas disponibles en el momento de lo que la sentencia denomina "*solicitud*", y que avoca al paciente a un horizonte de muerte inevitable que culmina el sufrimiento ya existente. En resumen los rasgos de concurrencia necesaria para que el otorgamiento de la prestación merezca el calificativo de "*homicidio piadoso*". La sentencia es exacta y clara:

*Por ello, decide configurar la eutanasia como una práctica legalmente aceptable en determinados supuestos, siempre que sean observados concretos*

5 STC 19/2023 FJ4 pp. 57791/92.

6 STC 19/2023 FJ 5 p. 57794 (se cita siempre según la página de la versión publicada en el BOE).

*requisitos y garantías, al tiempo que descarta, por considerarla insuficientemente garantista, la opción de un modelo meramente despenalizador...<sup>7</sup>*

El procedimiento a seguir tiene dos presupuestos: de un lado el "consentimiento informado" del sujeto pasivo, del otro la solicitud expresa de la prestación de ayuda a morir por parte del mismo, a cuyo efecto este debe ser persona con capacidad de obrar. La ley prevé que el consentimiento sea previo a la concurrencia del presupuesto de hecho si el solicitante suscribió en su día documento público (testamento vital y equivalentes) que contiene la voluntad de recibir la citada prestación. Lo que articula lo que podemos llamar el "procedimiento principal". La ley reserva al Servicio Nacional de Salud y, en su caso, a los centros privados concertados al efecto, la competencia de administrar la citada ayuda. Por ello es acertada la observación de la sentencia que señala que:

*La ley orgánica configura así un derecho de naturaleza prestacional frente a las administraciones públicas, condición que resulta corroborada por la inclusión de esta prestación en la cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud y por su financiación pública (art. 13.1.)<sup>8</sup>*

Como el destinatario de la solicitud es el Estado mediante dicho Sistema la misma se tramita a través de un procedimiento administrativo, en el seno del cual se debe acreditar que concurre el presupuesto habilitante y, en el caso de que así sea un órgano administrativo dicta la correspondiente resolución. La ley es clara en este punto y la Sentencia así lo reconoce:

*La prestación de ayuda para morir se reconoce por "decisión" o "resolución" (apartados 3 a 5 del art. 10) de un "órgano administrativo" (...) llamado a verificar si "concurren los requisitos y condiciones establecidos para el correcto ejercicio del derecho a licitar y recibir la prestación de ayuda para morir (art.10.1.) y que adopta la "resolución definitiva" sobre su reconocimiento o denegación (art.10.4)<sup>9</sup>*

El procedimiento a seguir es largo y complejo una vez se ha abierto el mismo a petición del paciente:

*Una vez firmado por el paciente el consentimiento informado, el médico responsable deberá dirigirse al médico consultor para que, después de estudiar la historia clínica y de examinar al paciente, verifique si se cumplen o no las condiciones legales, en el plazo máximo de diez días...<sup>10</sup>*

E incluye no solo la intervención de los dos facultativos citados, sino también el examen por un tercero, que puede confirmar o no la propuesta de decisión de los citados, la elevación a una comisión de evaluación y control, que es la que tiene asignada la competencia para otorgar o denegar la prestación, poniendo así fin a la vía administrativa. No debe extrañar vistas así las cosas que la sentencia remache una y otra vez que es la decisión de la comisión la que habilita por sí misma el otorgamiento de la prestación. *Ad exemplum*:

7 STC 19/2023 FJ 5 p. 57795.

8 STC 19/2023 FJ 5 p. 57795

9 STC 19/2023 FJ 5 p. 57795.

10 STC 19/2023 FJ 5 pp. 57797/98.

*El legislador ha diseñado un procedimiento administrativo complejo, articulado en dos fases. Una primera, a cargo de profesionales médicos que acompañan, asesoran al paciente y dictaminan sobre su estado(...) y otra, ya decisoria, para la que se ha configurado un tipo de órgano sin superior jerárquico, que bien puede identificarse como administración funcionalmente independiente, órgano a estos efectos de "garantía y evaluación" (capítulo V) o, en otras palabras de "control" (art. 8.5. o "verificación previa" (rúbrica del art. 10) y al que corresponde- siempre previo parecer favorables de tales facultativos- reconocer o no el derecho a la prestación de ayuda para morir.<sup>11</sup>*

Junto al sumariamente descrito, que es el procedimiento ordinario, la ley contempla el supuesto en el que la persona en la que concurre el presupuesto habilitante, otro distinto a seguir cuando el paciente se halla privado del pleno uso de sus facultades y, por ende, en situación de discapacidad. Al efecto la sentencia señala correctamente que:

*Como excepción, el art. 5.2. LORE prevé que dichas exigencias procedimentales no se apliquen si el médico responsable certifica que la persona inmersa en un contexto eutanásico "no se encuentra en el pleno uso de sus facultades, ni puede prestar su conformidad libre, libre, voluntaria y consciente para realizar las solicitudes" siempre y cuando la persona afectada "haya suscrito con anterioridad un documento de instrucciones previas, testamento vital, voluntades anticipadas o documentos equivalente legalmente reconocidos, en cuyo caso se podrá facilitar la prestación de ayuda para morir conforme a lo dispuesto en dicho documento. En el caso de haber nombrado representante en ese documento será el interlocutor válido para el médico responsable"<sup>12</sup>*

Empero si tal presupuesto fuere incompleto o sencillamente fallare porque no hubiere persona con capacidad para presentar la solicitud, cabe en último extremo la posibilidad que sea un facultativo del SNS el que presente la solicitud:

*d) Los hitos procedimentales que acaban de describirse varían en los casos en que el médico responsable certifique —conforme a los protocolos de actuación que determine el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud; art. 5.2.— que el paciente se encuentra en situación de "incapacidad de hecho". Se define como aquella en la que "el paciente carece de entendimiento y voluntad suficientes para regirse de manera autónoma, plena y efectiva por sí mismo, con independencia de que existan o se hayan adoptado medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica" (art. 3. h). En tal supuesto, la prestación puede reconocerse siempre y cuando el paciente (que ha de cumplir los requisitos ya indicados de mayoría de edad, nacionalidad o residencia) se encuentre en un contexto eutanásico certificado médicamente y haya suscrito con anterioridad un documento de instrucciones previas en este sentido. En los casos de incapacidad de hecho, la solicitud de prestación podrá ser presentada al médico responsable por una persona mayor de edad y plenamente capaz acompañándolo del documento de instrucciones previas suscrito con anterioridad por el paciente; o si no existe ninguna persona que pueda presentar la solicitud en nombre del paciente, el médico que le trata (art. 6.4.)<sup>13</sup>*

11 STC 19/2023 FJ 7D) c) (iii) pp. 57824/25.

12 STC 19/2023 FJ 5 p. 57796.

13 STC 19/2023 FJ 5 p. 57798.

En todo caso en vía administrativa el derecho a obtener la prestación no surge hasta que se dicta por la comisión "de garantía y evaluación" (en rigor de control como el legislador acaba por reconocer) resolución estimatoria, punto en el cual el Tribunal viene a aclarar algo que por sí mismo el articulado de la ley orgánica no dejaba suficientemente claro.

*La "realización de la prestación de ayuda para morir" (art. 11) únicamente procederá si existe una resolución favorable de la comisión de garantía y evaluación y si el solicitante no ha ejercido sus derechos a revocar su decisión o a pedir el aplazamiento de la administración de la ayuda para morir (art. 6.3.)<sup>14</sup>*

Si el solicitante no obtiene satisfacción en vía administrativa la ley prescribe que tiene abierta la vía jurisdiccional mediante la correspondiente interposición de recurso contencioso-administrativo.

Cinco observaciones merece la regulación legal del procedimiento sumariamente descrito:

**Primera.** Resulta evidente la fuerte voluntad garantista que mueve al legislador a establecer un procedimiento de tal complejidad. A la misma subyace el temor de que una regulación menos rigurosa y, por ello, más vulnerable a posibles usos desviantes, pueda dar lugar a incidentes que pongan en cuestión la legitimidad misma del procedimiento. Habida cuenta de que el legislador es consciente que la cuestión de la eutanasia es una cuestión discutida e intensamente divisiva en nuestra sociedad (Serrano y Heredia, 2018)<sup>15</sup>.

**Segunda.** El procedimiento está configurado de tal modo que una vez presentada la solicitud el mismo está dirigido y dominado por las facultativos del SNS (sean estos personal estatutario o empleados de centros concertados al efecto), cuya intervención es determinante: sin el asentimiento de dichos facultativos el procedimiento necesariamente encalla. En consecuencia es preciso aceptar que el procedimiento configura una técnica de codecisión: el solicitante inicia el procedimiento y puede interrumpirlo o dilatarlo, pero las decisiones a adoptar en las sucesivas etapas devienen constitutivas y se hallan en manos del Estado, personal facultativo mediante. Finalmente la decisión definitiva corresponde a un órgano administrativo (la comisión) que cierra la vía administrativa y habilita, en su caso, el otorgamiento de la prestación.

**Tercera.** La prestación viene definida unilateralmente por el Estado: esta consiste siempre en la administración de unos fármacos que el SNS determina, sin que quepa otra posibilidad de acción al solicitante capaz que escoger entre la administración en establecimiento sanitario o en su domicilio.<sup>16</sup>

**Cuarta.** Que precisamente porque nos hallamos ante un derecho de naturaleza prestacional su satisfacción pende de las políticas seguidas por los poderes públicos (en el caso las autoridades autonómicas) y de su eventual cobertura presupuestaria.<sup>17</sup>

14 STC 19/2023 FJ 5 p. 57799.

15 Es de señalar que, a juicio de los autores, la opción seguida por el legislador tiene mayor respaldo que la del suicidio asistido.

16 Conviene señalar que lo dicho implica que, por definición, la reproducción de prácticas eutánicas similares a las previas a la ley mediante las técnicas en ellas empleadas quedan fuera de la cobertura la LORE.

17 Aquí hace su presencia un defecto estructural de nuestro sistema de gobierno: la sanidad es materia objeto de compartición competencial, de tal modo que la casi totalidad de su regulación legislativa es competencia del nivel nacional de gobierno, en tanto que su implementación es responsabilidad del nivel regional del mismo, que ni ha sido consultado, ni ha tenido



**Quinta.** En otras palabras lo que el sistema LORE viene a regular no es otra cosa que un supuesto de homicidio rogado por razones piadosas, lo que explica la reiterada exigencia que la ley establece de la intervención necesaria de los facultativos del SNS. La complejidad del procedimiento se explica así con facilidad, tanto la concurrencia de una pluralidad de facultativos en la apreciación del presupuesto habilitante, como la intervención final de la comisión de control, devienen necesarios a los efectos de la evitación de errores y abusos, cosa especialmente importante dada la irreversibilidad de la prestación una vez efectuada. Y como de un procedimiento administrativo que da acceso, en su caso, a una prestación pública que figura en la cartera de servicios del SNS, en caso de no satisfacción de la demanda en vía administrativa se abre la vía judicial: la del procedimiento contencioso-administrativo.<sup>18</sup>

En resumen: homicidio rogado por razones piadosas, el paciente pide, la administración examina y comprueba si se cumplen los requisitos legalmente establecidos, si la decisión de la administración es negativa la prestación no se otorga quedando abierta la vía del recurso contencioso-administrativo; si la decisión de la administración es favorable se efectúa por el Estado la "*prestación de ayuda a morir*", esto es el Estado mata al paciente en el modo y forma que el mismo Estado determina.

### III. Las correcciones al legislador o la interpretación conforme que no se lleva al fallo

Una particularidad de la sentencia que comentamos radica en que, a diferencia de lo que es práctica general en la jurisprudencia constitucional, en la que cuando hay una "interpretación conforme" de concretas previsiones legislativas de tal modo que estas se consideran compatibles con la Constitución siempre y cuando se entiendan de un determinado modo, lo que se lleva al fallo, en el presente caso no sucede así, como se advierte de pasada en alguno de los votos particulares. Aunque es posible que haya más casos, dada la complejidad y extensión de la resolución judicial, me parece que baste para ello comprobar, de un lado, que en la parte dispositiva de la sentencia no se hace mención alguna de supuesto o supuestos de "interpretación conforme", y, del otro, que la sentencia contiene previsiones que se asemejan muy fuertemente al recurso a dicha técnica de conservación de la legislación adoptada por el Parlamento. Así:

**1. La interpretación del concepto legal de "padecimiento".** El enunciado del art. 3 b) LORE, que viene a establecer la definición legal de que es "padecimiento" en el sentido de la ley al efecto de configurar el presupuesto habilitante del otorgamiento de la prestación habla de sufrimientos "físicos y psíquicos", pero no detalla nada más. La redacción legal pudiera entenderse que el "padecimiento" comprende los sufrimientos físicos, que comprende asimismo los sufrimientos psíquicos y que, finalmente comprende la combinación de ambos. La redacción

parte alguna en la elaboración y adopción de la LORE. Si a ello agregamos que buena parte de los gobiernos autonómicos están en manos de fuerzas políticas que o bien no han sido tenidas en cuenta en la elaboración de la ley, y, directamente, son hostiles a la misma no resulta aventurado apreciar que la aplicación de aquella va a dar lugar a roces y conflictos.

<sup>18</sup> Es significativo al respecto que la LORE no precise que el recurso contencioso-administrativo sea el correspondiente a la protección jurisdiccional de derechos fundamentales y, con ello, nos remita al contencioso ordinario.

legal da pié a considerar como "padecimientos" en el sentido del art. 3 b) LORE los derivados de una dolencia psíquica, especialmente si se considera que la jurisprudencia del TEDH citada comprende varios casos de ese corte (*Grass vs. Suiza; Koch vs. Alemania, Mortier vs. Bélgica ad exem.*) En este punto el Tribunal opera una interpretación rigurosa del "padecimiento".

En efecto, en el FJ 7 D) c) (ii) puede leerse que la noción de padecimiento:

*No incluye dolencias ni trastornos de orden psíquico, por más que pudiera ser de esa naturaleza, como el precepto ha previsto, el sufrimiento.*<sup>19</sup>

Y, a renglón seguido agrega:

*El "padecimiento" definido por el art. 3 b) ha de presentarse siempre como una dolencia o enfermedad somática en su origen, aunque los sufrimientos constantes e intolerables que la ley orgánica en este punto requiere puedan ser de origen psíquico.*

De este modo en Tribunal viene a excluir del presupuesto habilitante de la prestación a los padecimientos de orden psíquico, a los que, en consecuencia, no corresponde como respuesta el otorgamiento de la "prestación de ayuda a morir" que la LORE previene. Por lo tanto la posible ambigüedad que registra el enunciado del art. 3 b) LORE se resuelve en el sentido de conformidad con el cual cualquier dolencia psíquica que no sea consecuencia de una enfermedad somática, aun cuando produzca sufrimientos graves queda excluida del ámbito de aplicación de la ley. En este punto la sentencia rechaza que pueda operar como presupuesto habilitante el cansancio vital (*Gross vs. Suiza*) o la depresión duradera y profunda (*Mortier vs. Bélgica*). En contrapartida si operaría en casos como los sufrimientos de orden psíquico derivados del padecimiento de ELA, pongamos por caso. Es, como mínimo, dudoso que pudiera habilitar la prestación en los supuestos en los que se produce una pérdida de la motricidad que no va acompañada de otros sufrimientos físicos, aun cuando sea la causa de sufrimientos psíquicos importantes.<sup>20</sup>

**2. La decisión definitiva de otorgamiento de la prestación.** El tenor literal de la LORE no acaba de perfilar con claridad si la autorización del otorgamiento de la prestación de ayuda a morir corresponde a los facultativos cuya intervención es necesaria, de tal modo que finalizado el procedimiento administrativo con un pronunciamiento favorable procedería la prestación en alguna de las dos modalidades previstas por la LORE, salvo impugnación ante la comisión de verificación, o si la decisión definitiva no corresponde a los citados sino a la comisión misma, única facultada por la ley para autorizar la prestación. La decisión del Tribunal se inclina por la respuesta de mayor garantismo. El FJ 7 es claro:

*Es la comisión de garantía y evaluación, y no el médico responsable, ni el médico consultor, quien reconoce o deniega el derecho a la prestación. Esta resolución, que sólo puede dictarse previo parecer favorable de los dos facultativos citados pone fin a la vía administrativa (art. 114 de la ley 39/2015)*

<sup>19</sup> STC19/2023 FJ 7 D) c) (ii) p. 57817

<sup>20</sup> Es el caso que dio pie al film de Amenábar "Mar Abierto", por poner un ejemplo bien conocido.

y se deberá trasladar "al médico responsable (...) para proceder, en su caso, a realizar la prestación de ayuda a morir (art. 10.4).<sup>21</sup>

En otras palabras si bien la intervención previa de los facultativos favorable al otorgamiento de la prestación es siempre jurídicamente necesaria, no son ni estos ni el médico que, en su caso, sería responsable de la realización de la prestación quienes tienen asignada la facultad de acordar o denegar la prestación, es pues un "órgano administrativo" que la sentencia entiende como "*funcionalmente independiente*" el que decide sobre el otorgamiento de la prestación<sup>22</sup>.

Si se considera que lo que la ley diseña no es tanto un procedimiento en el que la voluntad del paciente, bien por sí sola, bien de forma predominante, basta para que la prestación se realice, cuanto un procedimiento administrativo reglado que exige la intervención previa y positiva de los facultativos del SNS y en el que la decisión de otorgar o no una prestación de singular importancia por su naturaleza (prestación realizada por personal estatutario y sufragada por fondos público) no parece que la interpretación que el Tribunal hace de las reglas que ordenan el procedimiento mismo, aun cuando fueran susceptibles de otras interpretaciones, peque precisamente de arbitraria, desproporcionada o irracional.

De este modo el Tribunal viene a cerrar la puerta a una interpretación de la LORE que conviniera en establecer que la decisión primaria sobre el otorgamiento y denegación de la prestación corresponde a los facultativos y compete a la Comisión de Verificación una mera tarea de supervisión. Antes bien el criterio del Tribunal es otro: es la Comisión de Verificación a quien corresponde decidir sobre el otorgamiento o denegación de la prestación, poniendo fin a la "vía administrativa". En román paladino: el afectado puede solicitar, pero la decisión sobre el otorgamiento de la prestación exige la concurrencia de la voluntad de los facultativos que forman parte del procedimiento, y la de la comisión de verificación, que es quien, en último término, decide si la prestación se concede o no. No parece que calificar al procedimiento en términos de "derecho público subjetivo" sea especialmente adecuado, vistas así las cosas.

**3. La cuestión de los recursos.** El apartado 5 del art. 10 LORE preceptúa que la denegación de la prestación acordada opera como presupuesto del ejercicio de acciones ante los tribunales, pero nada dice para el caso del otorgamiento. Los recurrentes impugnaron el precepto en cuanto que el mismo podía entenderse que la resolución que acuerda la prestación no sería justiciable, siendo con ello inmune al control judicial. El tribunal rechaza tajantemente lo que entiende una interpretación desviante del texto legal:

*Sin embargo, no cabe aventurar a partir de ello la conclusión excluyente, y desde luego inconstitucional, a lo que sólo cabría llegar ante una determinación legal inequívoca (...) la inconstitucional pretensión de descartar el control judicial de la actuación administrativa sólo podría constatarse ante una norma explícita de la ley, no a partir de inferencias de su intérprete. En definitiva, el legislador no ha cerrado el paso a la eventual impugnación judicial de las resoluciones que reconocen el acceso a la prestación.<sup>23</sup>*

21 STC 19/2023 FJ 7 D) c) (iii) p. 57825.

22 En el mismo sentido STC 19/2023 loc. cit. pp. 57824/25 *in fine*.

23 STC 19/2020 FJ7 D) c) (iii) p. 57826/7



Como puede verse el rechazo a esa interpretación de la legalidad que operan los recurrentes es rotundo, al punto que parece estar respaldada por la idea de ser una interpretación que, a más de ser incompatible con el art. 106.1 CE, no parece hecha de buena fe precisamente. En consecuencia cualquier decisión de la Comisión de Verificación, sea cual fuere su contenido, es susceptible de control por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa.

**4. El problema del plazo de realización.** Que se plantea por el juego entre los arts. 11 y 18 a) LORE, toda vez que el primero determina que adoptada una decisión favorable por la Comisión de Verificación la misma debe ser comunicada a la dirección del centro al que corresponde la realización de la prestación en el plazo de siete días. En este caso el precepto es ciertamente ambiguo porque no determina con la claridad necesaria si el plazo de siete días es aplicable a la comunicación o si el mismo es predicable de la realización de la prestación acordada. El Tribunal admite que, efectivamente, la regulación legal adolece de imprecisión (y que esa misma puede ser usada para limitar o eludir el control judicial), pero que el precepto no puede entenderse en el sentido de que la prestación debe ser realizada en el plazo de siete días por ser el mismo claramente insuficiente para ello:

*Así las cosas, la inicial ambigüedad del párrafo cuarto del art.18 a) no impone al intérprete entender que el requerimiento a la dirección del centro para que "facilite la prestación solicitada" equivale, sin más, a una exigencia de su "realización" (art. 11) en el exiguo plazo de siete días.*

Y agrega que:

*En definitiva, ha de desestimarse la impugnación del párrafo cuarto del art. 18 a) en tanto que no puede acogerse la interpretación del mismo propuesta por los demandantes. Dicho párrafo cuarto ha de interpretarse, por el contrario, en el sentido de que el requerimiento a la dirección del centro para que, en el plazo máximo de siete días naturales "facilite la prestación solicitada a través de otro médico del centro o de un equipo externo de profesionales sanitarios...*

*La LORE no impone, por lo tanto, que la prestación sea "realizada" una vez reconocida definitivamente por la comisión, en el plazo de siete días, ni impide la plena tutela judicial -incluyendo su eventual suspensión cautelar-<sup>24</sup>*

En consecuencia el plazo de siete días se entiende aplicable a la comunicación al centro al efecto de que este realice los preparativos indispensables para la realización de la prestación de ayuda a morir, pero no puede ser interpretada como ordenando la realización efectiva de la misma, toda vez que ello dañaría la necesaria tutela judicial sobre la regularidad del procedimiento. Irrazonable ciertamente no es.

**5. El problema de la incapacidad.** Que aparece a raíz de la inclusión en el art. 6.4 LORE de unas previsiones que podrían interpretarse en el sentido de que si el presunto solicitante se halla en situación de incapacidad para determinar si la solicitud procede es preciso recurrir al testamento vital o documento previo equivalente, o, en defecto, es posible en el caso bien el recurso al consentimiento por representación, bien la solicitud directa por parte del facultativo que le asiste, de tal modo que en tales situaciones se podría proceder a otorgar la

24 STC 19/2023 FJ7 D) c) (iii) p. 57829

prestación de ayuda a morir sin que conste la solicitud del interesado. El texto legal es menos preciso de lo que hubiere sido de desear porque, efectivamente, se presta a una interpretación de ese perfil, lo que permite entender que los recurrentes lo cuestionaran en su recurso.

La posición que adopta el Tribunal pasa por la adopción de una interpretación estricta de la exigencia de consentimiento. Así, de un lado el Tribunal niega que sea posible recurrir para amparar la solicitud al consentimiento por representación previsto en la ley 41/2003, lo que hace en términos rotundos:

*Se sigue obviamente de lo dicho, aunque importa puntualizarlo, que la voluntad anticipada del paciente de ninguna manera podría aquí ser suplida ni contrariada mediante el otorgamiento o denegación de un "consentimiento por representación", como el previsto en general para los tratamientos sanitarios (art. 9.3. de la ley 41/2002).<sup>25</sup>*

Del otro el Tribunal es taxativo: no cabe tramitar la solicitud, ni por tanto satisfacer la pretensión, si no hay constancia documental previa mediante alguno de los documentos (testamento vital o equivalentes) suscritos por la persona afectada por el presupuesto habilitante, y, por ello, el facultativo que le asiste sólo puede estar habilitado para formular la solicitud que el paciente se encuentra imposibilitado para hacer si tiene acceso a dichos documentos (loc. cit. p. 57839) pues:

*solamente podrá reconocerse el derecho a la prestación si el paciente ha suscrito con anterioridad un documento de instrucciones previas, testamento vital, voluntades anticipadas o documentos equivalentes legalmente reconocidos (art. 5.2) y si los estrictos términos de dichos documentos así lo admiten y en los términos en que lo admitan (arts. 5.2 y 9). La situación de incapacidad de hecho no llevaría a prescindir, como se aduce en la demanda, del "consentimiento" del afectado, sino a la imposibilidad de constatar de prestarlo por una vía que no sea la del documento previo que el paciente, en su día, hubiera podido suscribir.<sup>26</sup>*

Es de señalar que en el caso de incapacidad la ley no prevea el supuesto de consulta a las personas próximas (el esposo o la esposa, por ejemplo), ni siquiera a título auxiliar. Como no es posible negar que al menos algunos de los más próximos familiares tengan interés legítimo en la no aplicación de la prestación en supuestos como estos, parece que esa ausencia sólo es explicable en razón del individualismo estricto que inspira tanto el texto legal como la presente jurisprudencia. Sobre lo que más adelante se volverá.

**6. La cuestión del registro de objetores.** Que no es peculiar del presente caso, (también se da en las dos versiones que a la fecha ha tenido la ley reguladora del aborto), pero que en el mismo opera con singular incidencia.

La ley regula la posibilidad de recurrir a la objeción de conciencia por parte del personal llamado, en su caso, a realizar la prestación de ayuda a morir, y a tal efecto contempla la existencia en cada centro habilitado (sea público o concertado) de un registro en el que se debe inscribir al personal objetor por razones de conciencia, al efecto de proporcionar a la dirección de aquel de la información necesaria al efecto de poder efectuar la prestación. La técnica se-

25 STC 19/2023 FJ 8 C) c) p. 57836.

26 STC 19/2023 FJ 8 C) a) p. 57835. (IC)

guida imita el citado precedente: la objeción afecta al "profesional sanitario", al objetor y a su solicitud se les inscribe en un registro y el acceso a la información correspondiente es restringida al personal responsable de la prestación del servicio y tiene carácter confidencial. Como es bien sabido esa figura ha sido criticada por estimar que el registro mismo es un medio de estigmatizar al personal objetor, objeción que tendría la misma validez (esto es muy escasa) si el mismo contemplara no a quien objeta la realización de la prestación, sino a quienes están dispuestos a prestarla. Si dejamos de lado el correspondiente fantasma la previsión del art. 16 LORE merece, de entrada, dos observaciones y encierra el problema de su fundamento.

Por lo que toca a la primera hay que anotar que el contenido de la prestación (dar muerte al paciente) es contrario a la ética médica, al menos desde el juramento hipocrático, que específicamente la veda<sup>27</sup> por lo que cabe esperar un cierto grado de resistencia y, en consecuencia, de objeción. Por lo que toca a la segunda la técnica seguida es irracional con arreglo a fines. Si de lo que se trata es de saber que personal profesional sanitario está dispuesto a efectuar la prestación al efecto de asegurar la misma lo lógico sería realizar la determinación del personal necesario para la prestación del servicio y dispuesto para ello, que es la información que se requiere para que dicha prestación sea viable. A mi juicio ese es un defecto de la ley, pero desde luego un vicio de inconstitucionalidad no es.

De mayor relevancia constitucional es la cuestión del fundamento de la objeción de conciencia. Es de todos sabido que la misma sólo tiene apoyo constitucional textual en un supuesto concreto, devenido por cierto obsoleto, la objeción al servicio militar obligatorio previstos (uno y otra) en el art. 30 CE. Tal limitación adquiere todo su sentido si se considera que una admisión general de una tal facultad haría imposible la correcta administración de las leyes toda vez que cualquiera podría eximirse de su cumplimiento invocando ese pretendido derecho. El problema se revela en su complejidad cuando se tienen en cuenta que efectivamente pueden producirse, y se producen, supuestos de conflicto entre los mandamientos de la ley civil y los propios de la propia conciencia. Entre Scila y Caribdis el Tribunal ha buscado una vía intermedia, que ya apareció en relación con la despenalización parcial del aborto operada por la reforma del Código Penal de 1984 y la consiguiente STC 53/1985 y que recoge en el FJ 10 C) a) de la sentencia que comentamos. Así escribe el Tribunal:

*No obstante, el legislador no debe ignorar o desdeñar, a la hora de regular determinadas materias, la posibilidad de que la imposición incondicionada de ciertas obligaciones pudiera llegar a comprometer gravemente la libertad de conciencia de algunas de las personas concernidas, al colocarlas ante la encrucijada excepcional de renunciar a convicciones morales racionalmente argumentables, aunque no compartidas por la mayoría, o sufrir, por ser con ellas consecuentes, la sanción que fuere aparejada al incumplimiento de un deber legal. En este sentido, y sólo en él, se ha de entender la apreciación que el Tribunal hizo en su día, ante el silencio de una regulación legal concreta, en orden a que la objeción de conciencia "forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa" (STC 53/85 FJ14.)<sup>28</sup>*

En la encrucijada entre la libertad de conciencia (que supone la facultad de actuar conforme a la misma) y la vinculación por el ordenamiento jurídico (art. 9.1

27 Lo que sucede igualmente en el caso del aborto.

28 STC 19/2023 FJ 10 C) a) p. 57845.

CE) la jurisprudencia se inclina por un uso excepcional, y por ello restringido, de la primacía de la conciencia sobre la ley, dando por supuesto como se ve, que el objetor es parte de una minoría, pues si lo fuere de la mayoría estaría a su alcance el recurso a la ley y, en su caso, a su modificación. Un buen ejemplo de la naturaleza contramayoritaria de los derechos constitucionales.

En otras palabras: si bien no existe un derecho fundamental a la objeción de conciencia, no se puede ignorar que puntualmente puedan darse casos de conflicto irreductible entre conciencia individual y cumplimiento de la ley, en tales casos la exigencia de cumplimiento estricto de la segunda conduciría al sacrificio completo de la primera, toda vez que la persona afectada quedaría privada de la facultad de actuar de conformidad con las propias convicciones, que forma parte del núcleo esencial tanto del derecho a la libertad de conciencia como del derecho a la libertad religiosa y de cultos. En tales supuestos límite es en aquellos en los que la objeción citada puede operar:

*Cuestión distinta es que el legislador pueda o, incluso en algunos casos deba, reconocer el carácter moralmente controvertido de ciertas decisiones normativas sobre asuntos vitales y permitir, entonces, con las debidas garantías para el interés general, que el individuo inicialmente obligado llegue a quedar exento de cumplir con un mandato no conciliables con sus más arraigadas convicciones.<sup>29</sup>*

Obsérvese que no nos hallamos ante un supuesto de mera tolerancia como el inciso primero del texto transcrito pone de relieve ("o incluso en algunos casos deba"), en los casos citados, y no cabe duda que el presente de la práctica de la "prestación de ayuda para morir" es uno de ellos, el legislador debe contemplar la facultad de las personas afectada por el precitado conflicto de norma para eximirse del cumplimiento de la ley. A tal fin el art. 16 LORE contempla tanto la existencia del registro como la facultad de eximirse del cumplimiento de la prestación por razones de conciencia.

La facultad de objetar se extiende a lo que la ley denomina "*profesional sanitario*", esto es a cualquier persona que presta servicios en centro hospitalario en condición de tal, sea o no facultativo en sentido estricto, y cuya participación en la prestación pueda ser requerida por razones de servicio. Lo que la ley no precisa es el estatuto de la inscripción registral. Desde luego conviene precisar que para poder acogerse a la objeción es preciso darse de alta en el registro público que mencionamos, porque de otro modo no habría forma humana de conocer con precisión cuanto y quienes son los "*profesionales sanitarios*" que se eximen de la realización de la prestación por razones de conciencia. Pero de ello no se sigue ni que la inscripción en el registro una vez efectuada devenga permanente, ni que no sea factible proceder a la inscripción más allá del momento inaugural del registro mismo. Lo decisivo en la cuestión no es tanto en componente formal de la inscripción registral, aunque la misma sea necesaria para eximirse, lo fundamental es evitar el conflicto entre la obligación legal y la objeción de conciencia, para lo que el registro es meramente instrumental. En razón de ello la sentencia que comentamos señala que:

*Hay que aclarar que la inscripción en el registro no condiciona el ejercicio de la objeción de conciencia, pues para que sea eficaz basta con que se manifieste "anticipadamente y por escrito" (párrafo segundo del art. 16.1 LORE).<sup>30</sup>*

29 STC 19/2023 FJ 10 C) a) pp. 57845/6.

30 STC 19/2023 FJ 10 C) b) p. 57846.

Incorporándose dicha declaración al registro a renglón seguido. En consecuencia nos hallamos muy lejos de la idea de un registro en el que la inscripción es preceptiva a partir del momento de su creación, y en la que una vez efectuada dicha inscripción la misma es inamovible tanto positivamente (no es posible incorporarse tras el período inicial, constitutivo del registro) como negativamente (no es factible la supresión de la inscripción una vez realizada). Ciertamente ello afecta a la funcionalidad del registro mismo, pero, a la postre, tanto esta como el registro mismo son de naturaleza instrumental, al efecto de evitar un conflicto de derechos sustantivo.

Como se ve los supuestos de "interpretación conforme" de la LORE no son ni escasos, ni poco importantes. La sentencia no obstante no lleva tales supuestos a la parte dispositiva de la misma, no figuran en el fallo como es habitual, pero al figurar en el cuerpo de la sentencia y precisar cuál es el contenido constitucionalmente admisible de la regulación que se enjuicia, constituyen jurisprudencia y están llamados a surtir los "efectos generales" a los que se refiere el art. 39 LOTC. Cuales puedan ser las razones de tal comportamiento omisivo se pueden presumir, pero no acreditar, no siendo descartable que nos hallemos ante una consecuencia negativa de una política de personal poco afortunada, defecto que lejos de ser imputable al Tribunal, lo es a quienes el ordenamiento atribuye la facultad de nombrar a sus miembros.

#### IV. La jurisprudencia del TEDH y su uso en el caso

El CEDH contiene dos previsiones que afectan a la materia que aquí tratamos: el art. 2, que reconoce el derecho a la vida y el art. 8 que hace lo propio con el derecho a la vida privada y la intimidad. Durante años la cuestión de la que tratamos apenas si ha tenido presencia en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, fuera de los problemas derivados de las excepciones que el propio art. 2 del Convenio contempla acerca de la posibilidad de infligir la muerte sin violar el derecho a la vida del propio Convenio. Las cosas comenzaron a cambiar a raíz de la regulación de la eutanasia, primero en el caso de los Países Bajos, luego en Bélgica y Luxemburgo, que planteaban supuestos de privación de la vida no contemplados en el Convenio. A ello se ha sumado en los últimos años la tendencia de varios Estado miembros del Consejo bien de adoptar regulaciones sobre la eutanasia (aunque mediante modelos diferentes del propio de los Estados del Benelux), bien a tolerar al menos algunos supuestos de suicidio asistido, de tal modo que el consenso de los Estados sobre la negativa a admitir un poder de disposición sobre la propia vida se ha debilitado y esa misma falta de consenso viene moviendo al TEDH a modular una jurisprudencia en origen muy exigente. Al ser España parte del Convenio y haber aceptado la jurisdicción del Tribunal, y al imponer el art. 10.2. CE una suerte de internacionalización de nuestra declaración de derechos, el recurso a la jurisprudencia del TEDH al efecto de precisar alcance y contenidos de los derechos fundamentales ha devenido habitual. Por ello no debe extrañar a nadie que la sentencia que comentamos base su toma de posición, entre otros, en el apoyo que dice encontrar en una serie de precedentes en la jurisprudencia del TEDH. La sentencia es al respecto bien clara:

*El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha tenido ocasión de pronunciarse en varias ocasiones sobre demandas individuales en las que se venía a solicitar al Tribunal, frente a la regulación restrictiva nacional, reconociera a la personas el derecho a obtener una ayuda para morir (SSTEDH de 29 de abril de 2002 Pretty c. Reino Unido; de 20 de enero de 2011, asunto Haas c.*



*Suiza; de 19 de julio de 2012, asunto Koch c. Alemania y de 14 de mayo de 2013 (sala segunda) y de 30 de septiembre de 2014 (Gran Sala) asunto Gross c. Suiza; o la retirada de tratamientos médicos de soporte vital (STEDH de 5 de junio de 2015 (Gran Sala) asunto Lambert y otros c. Francia. Pero en un asunto más reciente a resuelto sobre la conformidad con el Convenio de la eutanasia practicada al amparo de una regulación de su ejercicio (STEDH de 4 de octubre de 2022, asunto Mortier c. Bélgica).<sup>31</sup>*

En esta línea de actuación el Tribunal no es original: ya el texto de la proposición de ley se invocaba la decisión del TEDH en el caso *Gross vs. Suiza*<sup>32</sup> al efecto de buscar un apoyo jurisprudencial al modelo escogido por los autores de la mentada proposición. Sin embargo una cosa es que se nos haga una remisión más o menos completa a la jurisprudencia del TEDH y otra cosa es que entre los supuestos de hecho o de Derecho de cada uno de los citados precedente y el diseño que efectúan tanto el texto definitivo de la ley orgánica como la argumentación de la propia sentencia haya una relación de similitud o congruencia. Cosa que debería darse siempre, pero que en el mundo real no concurre necesariamente.

En el supuesto del asunto *Gross* nos encontramos ante un caso en el que la demandante aspira a un suicidio asistido, demanda fundamentada en una situación de fatiga vital, a cuyo efecto solicita se le proporcione un producto farmacéutico mediante cuyo uso pueda efectivamente suicidarse. Como los productos de ese tipo exigen para su expedición receta médica y la legislación suiza no contempla el supuesto concreto a que ha lugar la asistencia se le niega, siendo ese el contenido nuclear la demanda. La decisión del TEDH aprecia que el derecho helvético no proporciona directrices suficientes que garanticen con claridad el alcance del derecho al suicidio asistido y concluye que Suiza puede tolerar la figura del suicidio asistido, pero si así lo decide, dado la ausencia de consenso entre los Estados miembros del CEDH, no puede no establecer una regulación clara que evite una dolorosa incertidumbre.

Como se ve el supuesto de hecho de *Gross vs Suiza* no tiene que ver con el planteamiento que hace la LORE de la cuestión, pues esta se niega a admitir el suicidio asistido, establece un complejo procedimiento administrativo al efecto de otorgar o no la prestación y excluye de su ámbito, como hemos visto, los supuestos de padecimientos de orden estrictamente psicológico. No parece que *Gross* sea un precedente singularmente adecuado a los efectos que aquí interesan.<sup>33</sup> El caso *Hass vs, Suiza* es muy similar tanto por las circunstancias del caso como por las consecuencias que se siguen, si bien en este caso se registra una cierta ambigüedad que no aparece en *Gross*: de un lado se viene a sostener que:

*El derecho de una persona a decidir de qué forma y en qué momento debe terminar su vida, siempre y cuando esté en condiciones de forjar libremente su voluntad... es uno de los aspectos del derecho al respeto de la vida privada en el sentido del art. 8 del Convenio (párr. 51)*

31 STC19/2023 FJ 4, pp. 57793/94.

32 Conviene advertir que el caso *Gross vs Suiza* nos remite a dos decisiones distintas: de un lado una de la Sala, en la que se le da su cuota parte de razón a la demandante; del otro una segunda de la Gran Sala, que desestima el caso por darse un supuesto de fraude procesal. Obviamente es de la primera de la que se trata.

33 Recuérdese que en la tramitación parlamentaria se rechazó expresamente la solución del suicidio asistido, como en su lugar se señaló.



Pero, tras señalar la ya referida ausencia de consenso (párr. 55), concluye que la negativa helvética a eximir de la receta médica el suministro del producto que posibilitaría el suicidio asistido, no viola el derecho del recurrente:

*Suponiendo incluso que los Estados tuvieran a obligación positiva de adoptar medidas que posibiliten el suicidio con dignidad, las autoridades suizas no violaron esta obligación en el presente caso (párr. 61)*

El caso *Koch vs, Alemania* es muy similar al caso *Haas*, siendo la diferencia esencial que en este caso el recurrente ganó el pleito porque los tribunales alemanes declararon en tres instancias sucesivas el carácter inadmisibles de la solicitud de suicidio asistido y prologaron innecesariamente el procedimiento (párr. 54, 68 y 72), y, en todo caso,

*Incluso suponiendo que tal derecho existiera, era de carácter eminente personal y pertenecería a la categoría de derechos intransferibles (párr. 78)<sup>34</sup>*

Lo que se reitera por remisión en el caso *Lambert* (párr. 137) que veremos en seguida.

Como puede verse en los casos a los que se la STC se remite y que hasta este momento hemos examinado sumariamente. Encontramos cuatro rasgos comunes: en primer lugar todos ellos giran en torno a una opción regulatoria que no sólo no es la escogida por el legislador español, sino que este ha rechazado expresamente: el suicidio asistido, cuya estructura es incompatible con la propia del sistema LORE; en segundo lugar, se trata de supuestos cuyo presupuesto es una dolencia de naturaleza psíquica, supuesto que no concurre en el sistema LORE y que la propia sentencia que comentamos rechaza; en tercer lugar se trata de casos en los que se combate esencialmente es o bien una ausencia de regulación, o bien la existencia de una que no consiente el suicidio por razones piadosas; en cuarto lugar se trata de precedentes que buscan su base en el CEDH en la protección de la vida privada, en la autoprotección de la vida privada para ser exactos. En suma son casos en los que no se reúne ni la similitud de situaciones de hecho, ni el establecimiento de una arquitectura legal sustancialmente similar a la prevista en el caso de la LORE. En conclusión, como precedentes que puedan de algún modo legitimar la solución adoptada por el legislador español resultan no ser pertinentes.

Restan dos posibles precedentes a los que se atribuye la posibilidad de amparar una solución similar a la prevista por la LORE, se trata de los asuntos *Lambert vs. Francia* y *Mortier vs Bélgica*, siendo ambos muy distintos entre sí. Procedamos.

Por lo que toca al primero se trata de un caso en el que los familiares de una persona en coma por largo tiempo y sostenida en vida mediante técnicas de soporte vital discrepan sobre el mantenimiento de dicho soporte o la desconexión del mismo, lo que en este caso comportaría el fallecimiento de la persona afectada por inanición. El TEDH confirma la decisión de los tribunales galos, tras un largo y muy garantista procedimiento, de proceder a la desconexión. Para lo que aquí interesa conviene precisar que el TEDH parte del supuesto que el art. 2. CEDH implica para el Estado obligaciones, de tal modo que este debe adoptar las medidas apropiadas para salvaguardar las vidas de las personas sujetas a su

<sup>34</sup> El demandante actuaba en representación de su esposa. Por cierto el Tribunal se remite en este sentido a un precedente español *Sandes Sandes vs España*, que inadmitió el recurso.

jurisdicción (párr. 117), sostiene la legitimidad de la regla del Código de Salud francés que establece que:

*Los médicos no pueden quitar la vida intencionalmente* (párr. 121)

Y que en el caso no se halla el Tribunal ante un supuesto de eutanasia (párr. 141) sino ante un caso de retirada del tratamiento de soporte vital. Lo que casa poco y mal con la pretensión de la sentencia que comentamos de usar de la presente decisión a la hora de sostener la legitimidad de la eutanasia en el modo y forma previstos por la LORE.

Si la invocación del caso Lambert no es pertinente no sucede lo mismo con el asunto *Mortier vs. Bélgica*, toda vez que en este caso si se trata de un supuesto de hecho en que se produce aplicación de una ley nacional que prevé la práctica eutanásica, bien que en condiciones muy diferentes a las previstas en la LORE<sup>35</sup> Ahora bien en el presente supuesto el TEDH se encuentra con un problema delicado: de un lado se trata de un supuesto de hecho en el que el sistema de control previsto por la ley belga ha fallado; del otro el Tribunal, consciente de la falta de consenso entre los Estados miembros a que se ha hecho referencia, no desea adoptar una posición terminante toda vez que su adopción podría tener efectos poco deseables, y, al tiempo busca una decisión unánime, que por cierto no logra<sup>36</sup>.

El discurso del Tribunal parte del supuesto según el cual del art. 2. CEDH no se puede deducir

*Un derecho a morir, sea con ayuda de un tercero o con la asistencia de una entidad pública* (párr. 114)<sup>37</sup>

De este modo el Tribunal niega la compatibilidad de la práctica eutanásica, aun en la forma de suicidio asistido, con el derecho a la vida. Empero la decisión de poner fin a la propia existencia puede tener cobertura en el art. 8 de la Convención, como señala el párrafo 124 de la sentencia:

El derecho de una persona de escoger la manera y el momento del fin de su vida, siempre que la misma se dé en situación de formar libremente su

*voluntad al respecto (...) es uno de los aspectos del derecho al respeto de su vida privada en el sentido del art. 8 de la Convención.*

Y en ese momento el Tribunal cambia de rumbo toda vez que lo que se discute en el caso no es la conformidad de la ley belga con la Convención, sino más bien si en el presente caso aquella ha sido aplicada de forma compatible con esta última. Dicho en otros términos el Tribunal se escuda en el principio de justicia rogada para no entrar en el enjuiciamiento de la ley belga:

35 La ley belga sigue el modelo holandés, de tal modo que admite la posibilidad de la eutanasia a petición del paciente, incluso por sufrimientos psicológicos (que es el caso: depresión severa) previo asesoramiento médico y revisión posterior de la regularidad del procedimiento tras la intervención por parte de una comisión de control.

36 La sentencia tiene dos votos particulares que tienen en común situar en el centro del caso el art. 2 CEDH y ver con malos ojos el recurso al art. 8 CEDH que el voto mayoritario hace.

37 La decisión cita en su apoyo dos precedentes: el del caso *Pretty vs. Reino Unido* y el caso *Lings vs Dinamarca*.

*En este asunto, el Tribunal tiene que señalar que el presente caso no versa sobre la existencia o no de un derecho a la eutanasia. Versa sobre la compatibilidad con la Convención de la eutanasia tal y como se ha practicado a la madre del recurrente (párr. 131)*

Y, planteado así el asunto el Tribunal decide que, efectivamente, en el supuesto de hecho al que el caso se refiere el sistema de garantías previsto por la ley se revelado ineficiente<sup>38</sup>. No obstante, ante la evidente insuficiencia de la legislación belga, el Tribunal termina por señalar que para ser compatible con el art. 2. CEDH y el consiguiente deber del Estado ("obligación positiva del Estado de proteger el derecho a la vida (párr. 131) una regulación de la eutanasia debe respetar la autonomía personal (párr. 134) y debe satisfacer determinados requisitos:

*Para ser compatible con el art. 2. de la Convención, la despenalización de la eutanasia debe encuadrarse por el establecimiento de garantías adecuadas y suficientes dirigidas a evitar los abusos y asegurar el respeto del derecho a la vida (párr. 139)*

Para acabar concluyendo que la ley belga no satisface tales exigencias (párr. 148).

Como precedente de la LORE la decisión *Mortier* es, cuanto menos, ambigua. De entrada porque el Tribunal se niega a entrar a enjuiciar la conformidad de la ley belga con el Convenio y trata de limitarse a un supuesto concreto de aplicación de aquella sin entrar en la suficiencia o no de las garantías que aquella establece. Del otro se admite que del art. 2. CEDH no se sigue un derecho a la autodisposición de la propia vida, y que, en consecuencia no se puede extraer del art. 2. CEDH nada parecido a un derecho de disposición sobre la propia vida, ni en el caso de dicha disposición sea obra del propio sujeto, ni en el caso de que la misma suponga intervención pública. Finalmente se admite que esa autodisposición de la propia vida es un aspecto del derecho al respeto de la vida privada previsto en el art. 8 CEDH. De un lado se señala el deber público (obligación positiva del Estado) de proteger el derecho a la vida y del otro se abre la posibilidad de una regulación (por definición pública) de la eutanasia que pueda ser compatible con el art. 2 CEDH siempre que establezca las garantías adecuadas, de tal modo que en tal caso nos hallaríamos ante un caso de despenalización, y no ante uno de ejercicio de un derecho. Muy congruente no parece que sea, ni muy precisa: el fallo reconoce violación del derecho a la vida.

Vistas así las cosas no parece que la decisión *Mortier* otorgue un fundamento sólido al sistema establecido por la LORE. Sigue planeando sobre la misma dualidad entre despenalización y derecho subjetivo, y la posibilidad de al menos dos alternativas regulatorias: el suicidio asistido y la eutanasia *stricto sensu*, que se podría (tal vez) entender admisible siempre que asegure la autonomía del paciente y su libertad de decisión.<sup>39</sup>

Y resta la decisión *Pretty vs. Reino Unido* (que ya ha sido mencionada) y sus hijuelas. El caso *Pretty* trae causa de la demanda de una mujer, enferma de ELA

38 El médico que asesora a la solicitante y le recomienda el recurso a la eutanasia es, al mismo tiempo, miembro de la comisión de control que tiene que velar por la regularidad del procedimiento

39 Me parece claro, dicho sea en términos de defensa, que en la decisión *Mortier* el Tribunal no quiere tomar una posición clara. Es entendible: la posición de un tercero entre dos bandos que se tirotean entre sí no es precisamente cómoda. Pero encierra el riesgo de recibir el fuego de ambos bandos.

en estado avanzado y, por ello, imposibilitada de actuar por sí misma, al efecto de que se autorizara a su esposo a poner fin a sus padecimientos mediante la eutanasia sin por ello ser perseguido penalmente con arreglo a la legislación británica, es decir se pide o bien algo similar a una dispensa del cumplimiento de la ley penal<sup>40</sup> o bien que se declare que las decisiones de los tribunales británicos han violado, entre otros, los arts. 2 y 8 del CEDH al efecto de promover una modificación del derecho interno.

El Tribunal parte del supuesto de la primacía del derecho a la vida del art. 2 CEDH:

*De entre las disposiciones de la Convención que juzga preeminentes el tribunal, en su jurisprudencia, acuerda la preeminencia del art. 2. (párr. 37)*

Sentado lo cual el Tribunal rechaza la pretensión sostenida por la recurrente según la cual el derecho del art. 2 CEDH cubre no solo el derecho a la vida sino también el derecho a disponer de ella, el derecho a decidir sobre la propia muerte:

*El art. 2 no puede, sin distorsión del lenguaje, ser interpretado como confiriendo un derecho diametralmente opuesto, a saber un derecho a morir (párr. 39)*

Agregando a renglón seguido que:

*Il ne saurait davantage créer un droit à l'autodétermination en ce sens qu'il donnerait à tout individu le droit de choisir la mort plutôt que la vie (párr. 39).*

Como consecuencia de ese planteamiento el Tribunal señala que no es

*Posible deducir del art. 2 de la Convención un derecho a morir (párr. 40)*

Agregando que esa interdicción se produce:

*Que ce soit de la main d'un tiers ou avec l'assistance d'une autorité publique (párr. 40).*

Lo que conduce a la desestimación de la queja por violación del art. 2. CEDH.

De otro lado ante la alegación del derecho a la vida privada del art. 8 del Convenio da amparo a una suerte de derecho de autodeterminación el Tribunal señala que el art. 8 CEDH puede ser entendido como un precepto que ampara la autonomía personal y que la protección del mismo se extiende a esa autonomía:

*Aunque no ha sido establecido en ningún caso anterior que el art. 8 de la Convención comprende un derecho a la autodeterminación en cuanto tal, el Tribunal considera que la noción de autonomía personal refleja un principio que subyace a la interpretación de las garantías del art. 8 (párr. 61)*

Empero esa autonomía es exactamente eso, autonomía, esto es un poder de disposición limitado. Al efecto el tribunal señala que para que la medida limita-

---

40 No está de más señalar aquí que el *ius dispensandi* de la Corona desapareció del derecho inglés con el Bill of Rights de 1688.

tiva sea compatible con el CEDH es necesario que esté prevista por la ley, que persiga un fin legítimo y que obedezca a una necesidad social imperiosa, entendida en términos de proporcionalidad. Nadie discute la concurrencia en el caso de los primeros requisitos (vide párr. 70 y 74), el debate se centró en la doble reclamación, bien de cambio legislativo, bien de dispensa del cumplimiento mediante la pasividad del ministerio público. La Corte viene a estimar que la interdicción del suicidio asistido no es desproporcionada ni en lo que afecta a la ley misma, ni en lo que toca a la acción de la acusación, (párr. 76) finalizando con la observación de que en un estado de derecho no es admisible la previsión de supuestos de inaplicación de la ley, bien sea con referencia a un individuo, bien sea con referencia a una categoría de individuos (párr. 77), por lo que desestima la demanda también en este punto.

La doctrina *Pretty* se ha aplicado con singular radicalidad en supuestos posteriores (*Nicklimson y Lamb vs. Reino Unido*), en los que similares pretensiones a las planteadas en el asunto *Pretty* han sido primero acumuladas y después declaradas inadmisibles.

Después de lo dicho resulta difícil de entender por qué el Tribunal cita como precedentes aplicables al caso y que justifican su posición, cuando un examen, aun somero, de los casos de referencia induce a pensar exactamente lo contrario de lo que la sentencia que comentamos trata de justificar. No sólo porque algunos de dichos precedentes responden a decisiones que traen causa de un modelo que el legislador expresamente no ha querido (el suicidio asistido) y no pueden ser por ello precedentes, sino también porque en los casos en los que cabe apreciar similitud entre los casos que se citan y el contenido de la ley la doctrina del TEDH es más bien contraria al modelo establecido por el legislador y que el Tribunal Constitucional en su decisión pretende consagrar. Si desde el punto de vista de la argumentación jurídica la invocación de los citados precedentes es incomprensible si de consagrar la legitimidad constitucional del modelo LORE se trata, las cosas pueden verse desde otra óptica si el enfoque se centra en aquella, sino en las ideas y sentimientos de la mayoría del Tribunal.

## V. La invención de un nuevo derecho, que, a veces, parece fundamental

Desde el comienzo de su tramitación parlamentaria lo que ahora es la ley orgánica de la que tratamos ha sido sostenida por la pretensión de dar forma a un nuevo derecho subjetivo al que se tiende a calificar de "fundamental". Según el punto de vista al que dicha pretensión recurre la sentencia que estamos comentando la primera premisa del razonamiento que conduce a la dicha pretensión se halla la afirmación según la cual cuando cambian los valores y juicios sociales que en su día se tomaron en cuenta a la hora de configurar el Derecho Constitucional Escrito el entendimiento de las disposiciones de éste último deben ser reinterpretadas al efecto de ajustar la ley fundamental al cambio, así en el FJ 4 podemos leer:

*El "derecho de prestación de ayuda para morir" configurado por el legislador para personas que lo demandan en contextos eutanásicos ha de ser considerado teniendo en cuenta la evolución cultural, moral y jurídica que se ha producido en las últimas décadas en nuestra sociedad y en las de nuestro entorno. Se trata de una evolución que ha afectado a los valores asociados a la persona, a su existencia y a su capacidad de decidir en libertad sobre su vida, sobre su salud y sobre el final de su existencia, y que, a partir de ciertas ideas fuerza como la de autonomía del paciente y el consentimiento informado*



*ha propiciado una ampliación de los contenidos del derecho fundamental a la integridad física y moral y de los principios de dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad.*<sup>41</sup>

En principio no parece que haya nada que objetar, no obstante conviene señalar antes de seguir que ese "en principio" no resuelve sin más los complejos problemas que el cambio social suscita a la interpretación constitucional, y que su constatación, caso de darse, puede ser condición necesaria para cambiar la interpretación del Derecho Constitucional Escrito, pero no es *per se* condición suficiente para ello. Por citar un ejemplo ajeno: el inciso final de la enmienda VIII de la Constitución USA prohíbe los castigos crueles e inusuales, pero por tales hay que entender no los que tenían tal consideración en 1791 cuando se votaron las primeras enmiendas, sino los que tienen tal consideración a día de hoy<sup>42</sup>. El cambio social puede inducir e incluso hacer necesario el cambio de la interpretación constitucional, pero por sí mismo no tiene entidad suficiente para ello. El propio Tribunal es consciente de ello, y por ello señala:

*(la Constitución), a través de una interpretación evolutiva, se acomoda a las realidades de la vida moderna como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad, y no solo porque se trate de un texto cuyos grandes principios son de aplicación a supuestos que sus redactores no imaginaron, sino también porque los poderes públicos, y particularmente el legislador, van actualizando esos principios paulatinamente y porque el Tribunal Constitucional, cuando controla el ajuste constitucional de esas actualizaciones, dota a las normas de un contenido que permita leer el texto constitucional a la luz de los problemas contemporáneos, y de las exigencias de la sociedad actual a que debe dar respuesta la norma fundamental del ordenamiento jurídico a riesgo, en caso contrario, de convertirse en letra muerta.*<sup>43</sup>

La interpretación evolutiva es legítima si, y solo sí, su resultado resulta coherente con los "grandes principios" y se dirige a hacer efectivos tales "grandes principios" en un contexto social y político significativamente distinto del que contemplaron los constituyentes.<sup>44</sup> En tales casos puede plantearse la corrección constitucional de aquella interpretación pero esa es operación sujeta a condición:

*En el juicio sobre la constitucionalidad de una ley como la que es ahora objeto de impugnación se debe comprobar si la Constitución, como marco de encuentro de opciones político-legislativas legítimamente heterogéneas, responde y ofrece cobertura a nuevos derechos.*<sup>45</sup>

Teniendo en cuenta siempre que la posible introducción de "nuevos derechos" si bien puede ser operada al menos en parte por el legislador, exige imperativamente que la obra de este no sólo respete los "grandes principios", sino que la

---

41 STC 19/2023 FJ.4. p. 57791.

42 Los autores del Bill de Derechos no pudieron conocer la privación sensorial, pongamos por caso, método de tortura de singular crueldad, que no cabe duda que, a día de hoy cae bajo la interdicción de la Enmienda VIII.

43 STC 19/2023 FJ 6 B) b) p.57802.

44 Un ejemplo: la fundamentación del habeas data como derecho fundamental sobre la base del art. 18.4 CE.

45 STC 19/2023 FJ4 pp. 57792/92.



introducción de nuevos derechos tenga anclaje en la declaración de derechos de la ley fundamental, pues si este no se diera, o no fuere suficiente, nos podríamos hallar ante un supuesto de reforma constitucional efectuada por actor distinto de los titulares del poder de revisión, con las consecuencias que son de rigor.<sup>46</sup>

Dada la naturaleza de la "prestación de ayuda a morir", que consiste ni más ni menos que privar de la vida al paciente a solicitud del mismo, cabría pensar en la compatibilidad del diseño de la LORE con el derecho a la vida del art. 15 CE, primer inciso, y del art. 2. CEDH. Aquí el Tribunal se halla limitado por sus propios precedentes, para no extendernos basta citar "los casos de los GRAPO" de 1990 en los que el Tribunal desestimó el amparo solicitado por los internos miembros de dicha organización terrorista frente a la decisión de la administración de alimentarlos evitando así el mantener una huelga de hambre que podría terminar en el fallecimiento de los huelguistas:

*No es posible admitir que la Constitución garantice en su art.15 el derecho a la propia muerte y, por consiguiente, carece de apoyo constitucional la pretensión de que la asistencia médica coactiva es contraria a ese derecho constitucionalmente inexistente (SSTC 120/90 FJ 7 y 137/90 FJ5)<sup>47</sup>*

Decisión plenamente concorde con la jurisprudencia del TEDH (caso *Pretty* sin ir más lejos). Ahora bien de ello el Tribunal extrae una consecuencia que conviene señalar:

*En absoluto puede extraerse de tal jurisprudencia una imposibilidad constitucional de admitir la eutanasia y, mucho menos, un pronunciamiento sobre el problema iusfundamental que suscita.*

La observación es interesante por al menos dos razones: en primer lugar porque en los casos precitados el Tribunal no sólo negó que la asistencia médica obligatoria lesionara el derecho a la vida del primer inciso del art. 15 CE, sino también que aquella no lesionaba el derecho a la integridad física y moral del segundo inciso de dicho precepto constitucional (en la STC 137/90); en segundo lugar porque la contundente afirmación que se ha transcrito no se halla acompañada de justificación o razonamiento alguno que le de soporte. Y aquí no nos hallamos ante un *obiter dicta* en el que tal ausencia pudiera ser aceptable.

Lo dicho no supone que el Tribunal rehúya la cuestión, antes bien, la afronta directamente cuando sostiene en un texto esencial para el discurso que sostiene la sentencia, diciéndonos:

*que la previsión del art. 15 CE se inserta en una axiología constitucional que tiene a la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico (art 1.1 CE) y a la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad como fundamento del orden político y la paz social (art. 10.1). En tal medida, frente a lo defendido en el recurso, la Constitución no acoge una concepción del derecho a la vida y de la protección del bien de la vida desconectada de la voluntad de su titular y, por ende, indiferente a sus decisiones sobre cómo y cuándo morir.*

46 Va de suyo que si se trata de interpretación evolutiva de derechos fundamentales el escrutinio debe ser estricto, a la vista de lo que previene el art. 168 CE. Por si acaso conviene precisar aquí que esa operación que puede legítimamente efectuar el juez constitucional no se halla al alcance del legislador, ni ordinario, ni orgánico, so pena de quebrantar el principio de supremacía de la Constitución (art. 9.1 CE)

47 STC 19/2023 FJ 6 C) 9 b) pp. 57804/5.

*La consagración de la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE) "implica, evidentemente, el reconocimiento como principio general inspirador del mismo, de la autonomía del individuo para elegir entre las diversas opciones vitales que se le presenten, de acuerdo con sus propios intereses y preferencias" (SSTC 132/89 de 18 de julio FJ 6, por todas).*

*De otro lado, esta misma facultad de autodeterminación respecto de la configuración de la propia existencia se deriva de la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad, cláusulas que son "la base de nuestro sistema de derechos fundamentales" (por todas STC 212/05 de 21 de julio FJ 4)<sup>48</sup>*

Donde se expone con claridad y precisión en que se funda la decisión del Tribunal en lo que al núcleo esencial de la cuestión afecta.

Lo que no se nos dice es en qué medida una construcción así es compatible con los "grandes principios" a los que ya se ha hecho referencia, y con la finalidad política que persigue un sistema de derechos fundamentales tan riguroso como el nuestro. A mi juicio en esta cuestión sigue siendo relevante el planteamiento que en su día hicieron los padres de la Constitución y que puede resumirse del siguiente modo: en la ley fundamental debe distinguirse entre Constitución en sentido propio y leyes de la Constitución de tal modo que estas últimas son ante todo normas de desarrollo y aplicación de las primeras<sup>49</sup>, los principios de dignidad y libertad constituyen el fundamento del sistema de derechos (art. 10 CE) y, entre ellos, tiene una posición preferente el derecho a la vida toda vez que vivir es el presupuesto (lógico y ontológico, dirá en 1985 el TC) de la titularidad y ejercicio de cualquier derecho, sea este fundamental o no. En consecuencia la reconstrucción jurisdiccional de uno o varios derechos fundamentales está limitada en primer lugar por el modelo político constitucionalmente prescrito; en segundo lugar por el conjunto del sistema de derechos (y el orden constitucional de valores que subyace a éste) constitucionales y, en tercer lugar por el respeto al principio hermenéutico de concordancia práctica, que hace posible tanto una interpretación coherente del sistema de derechos como la optimización de la eficacia de los mismos. Y, vistas así las cosas, no resulta evidente que la interpretación de la que tratamos satisfaga esas condiciones.

La razón de esa ausencia de evidencia se halla muy bien expuesta en el razonamiento que podemos encontrar en la página 57802 y que reza así:

*(la Constitución), a través de una interpretación evolutiva, se acomoda a las realidades de la vida moderna como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad, y no solo porque se trate de un texto cuyos grandes principios son de aplicación a supuestos que sus redactores no imaginaron, sino también porque los poderes públicos, y particularmente el legislador, van actualizando esos principios paulatinamente y porque el Tribunal Constitucional, cuando controla el ajuste constitucional de esas actualizaciones, dota a las normas de un contenido que permita leer el texto constitucional a la luz de los problemas contemporáneos, y de las exigencias de la sociedad actual a*

48 STC 19/2023 FJ 6 C 9 (IV) p. 57805.

49 Herrero de Miñón (UCD) DSCD .Comisión 5/5/79 p. 2024, lo que explica la dualidad de procedimientos de revisión constitucional de los arts.166 y ss. CE. Que la Constitución debe asentarse en una función de justicia, para lo cual es indispensable que las distintas fuerzas políticas puedan gobernar con la misma ley fundamental. Peces-Barba ídem pp. 2031 y ss. hallándose el límite de cualquier derecho en los derechos de los demás Peces-Barba DSCD.Comisión 17/5/78 pp. 2393 y ss.

*que debe dar respuesta la norma fundamental del ordenamiento jurídico a riesgo, en caso contrario, de convertirse en letra muerta.*<sup>50</sup>

El texto es revelador: de un lado porque encomienda al legislador (ordinario u orgánico) la actualización de tales "grandes principios" lo que no parece precisamente la mejor de las ideas, desde la perspectiva de la supremacía constitucional al menos, y porque el Tribunal se autohabilita para fiscalizar dicha actualización, eso sí, sin señalar con que parámetros se puede efectuar la misma. La cuestión no es baladí porque lo que aquí está en juego es a quien corresponde el poder de revisión constitucional y como se ejerce. Como la sentencia de que tratamos no da respuesta a esas cuestiones se presta a la lectura según la cual el Tribunal pretende imponer a las Cortes Generales y a las legislaturas autonómicas su propia interpretación de la obsolescencia de ciertas previsiones constitucionales, al tiempo que se coloca en la posición de poder constituyente constituido sin que exista habilitación clara para ello, sustituyendo a la representación nacional y al cuerpo electoral.<sup>51</sup> Entiéndase bien: no se trata de negar que la interpretación que el Tribunal haga de las normas constitucionales debe velar por su eficacia y que, al efecto, si se producen cambios sociales que tienen por consecuencia el cambio del contenido de los enunciados constitucionales el Tribunal puede actuar en consecuencia: está facultado para ello.<sup>52</sup> Se trata de afirmar que ese poder de interpretación no es ilimitado, y que tiene sus límites en la conservación de las decisiones políticas que definen la "Constitución en sentido propio" (en el lenguaje schmittiano) en el respeto al orden axiológico constitucional y a la coherencia del sistema de derechos fundamentales. Y, en el caso que tratamos el respeto a esos límites no es evidente. En especial porque nuestra Constitución asume lo que el Trotsky periodista de las guerras balcánicas denominaba "la superstición cuáquero-papista de la santidad de la vida humana".<sup>53</sup>

En todo caso las afirmaciones reiteradas según las cuales la LORE consagra un nuevo derecho, fuere cual fuere su fundamento constitucional, deben someterse para su validación al examen del sistema previsto en la LORE misma al efecto de comprobar si el mismo puede ser entendido en términos de derecho subjetivo o no, pues si dicho examen condujera a una respuesta negativa resulta claro que no se podría hablar con propiedad de "derecho" alguno, sino, como máximo en un supuesto de despenalización parcial.

Para que quepa hablar de un "derecho subjetivo" es indispensable que exista un instituto jurídico, que el mismo determine el contenido (la esfera de acción) que constituye su objeto, al tiempo que determina quien es su titular, que este se halle dotado de las facultades necesarias para defender mediante el uso de las facultades legales que integran el contenido del derecho y por su mera voluntad, esto es, sin concurso necesario de voluntad ajena, pueda ejercer las facultades de disposición que integran el contenido mismo del derecho.

50 STC 19/2023 FJ 6 B) b) p. 57802. Es significativo que el Tribunal se apoye en una decisión del Tribunal Supremo canadiense de 1930 que aplica la Ley de la Norteamérica Británica de 1867, que era y sigue fungiendo de Constitución del Canadá, y en el seno de un sistema jurídico fundado en la declaración judicial del Derecho. Cosas todas ellas que evidentemente concurren en nuestro caso.

51 Despotismo ilustrado químicamente puro. Y ya se sabe que el despotismo ilustrado es un concepto autocontradictorio.

52 No en vano el que suscribe ya escribió en 1980 que adaptar la Constitución al cambio sin necesidad de recurrir a la revisión constitucional es una de las funciones de la justicia constitucional. Vide El Tribunal Constitucional 3.v. IEF.Madrid.1981. v. II. El tribunal constitucional como órgano político. p. 1785 y ss, en especial pp. 1812/13.

53 Es claro que D. Leon no había leído a Kant.

En el caso que nos ocupa es claro que la LORE pretende generar un instituto jurídico al efecto de atender de modo expreso, preciso y directo a una demanda social: la eutanasia. A ese efecto la LORE configura un presupuesto habilitante mediante la remisión a un haz de conceptos de origen médico que vienen a operar como conceptos jurídicos indeterminados cuya concurrencia es necesaria para que la citada habilitación se dé y, como ya sabemos, el presupuesto exige sufrimientos físicos causados por una enfermedad grave e incurable (que pueden ir acompañados de sufrimientos síquicos) que mueven al sujeto pasivo a pedir la finalización de su sufrimiento mediante la dación del fin de la propia vida. Empero si bien el complejo sufrimiento/ petición debe necesariamente concurrir no basta por sí mismo para que la última se satisfaga. En otras palabras la combinación citada es necesaria, pero no suficiente. Para que la suficiencia se alcance es indispensable una intervención en cadena de facultativos del SNS que valoren si el presupuesto concurre y nos hallamos ante una efectiva voluntad del paciente. A tal efecto la LORE diseña un complejo procedimiento administrativo que incluye no sólo un pronunciamiento favorable por parte de los facultativos intervinientes, sino también un pronunciamiento final (una "resolución") por parte de un órgano administrativo que cierra dicho procedimiento y es la que habilita el otorgamiento de la "prestación de ayuda a morir". En otras palabras nos hallamos ante un procedimiento de codecisión: para que la prestación se reconozca y efectúe es necesaria tanto la voluntad del sujeto solicitante como la voluntad del Estado expresada por los sucesivos facultativos cuya opinión prevé el procedimiento, y cerrada por la resolución favorable de la comisión de supervisión.<sup>54</sup>

Por ende la LORE no permite la determinación del personal médico interviniente por parte del solicitante, este viene designado en forma tal que debe ser siempre facultativo del Sistema Nacional de Salud<sup>55</sup>, bien porque presta servicio en una dependencia del mismo, bien porque lo hace en un establecimiento privado que ha establecido un convenio con el Sistema público al efecto de la presente prestación. Finalmente, en el caso de resolución positiva la misma determina que es el SNS el que fija el medio por el cual se efectúa la prestación sin que al sujeto paciente se le otro margen de decisión propia que el de escoger el lugar en el que se efectúa la prestación misma.

Como el núcleo esencial de cualquier derecho subjetivo exige que sea la voluntad del titular por sí sola la que determina el ejercicio o no de los poderes legales que forman parte del contenido del derecho, y ese núcleo aquí no se da es claro que debemos concluir que en el sistema diseñado por la LORE no hay derecho subjetivo alguno, y, por ello, no cabe hablar de un derecho de configuración legal, ni, con mayor motivo, de un derecho subjetivo de rango fundamental. Lo que la LORE establece es un sistema de homicidio rogado por razones piadosas en el que la iniciativa corresponde al paciente y la decisión y realización al Estado. Lo demás no es lenguaje jurídico, es lenguaje publicitario.

Las razones que han llevado al legislador a optar por un sistema así (que resulta obvio no se ajusta a la jurisprudencia del TEDH y es más bien incompatible con ella) me parecen evidentes, y quedan en todo caso claras si se atiende al rechazo explícito que del modelo del suicidio asistido se incluyeron en su

54 Procedimiento de codecisión que la Sentencia define explícitamente como un "procedimiento administrativo" vide STC 19/2023 FJ 7 D) c) (iii) pp. 57824/25.

55 Y por eso la LORE contempla la figura de la objeción de conciencia, que carecería de sentido si se admitiera la posibilidad de determinación del o de los facultativos intervinientes por parte del solicitante.

día en la exposición de motivos de la proposición de ley y se formularon en el debate parlamentario. Es la voluntad garantista del legislador en cerrar las posibilidades de realización de eutanasia por personal no cualificado, de un lado, y el propósito de establecer un sistema lo menos vulnerable al fraude posible, del otro, lo que permiten entender el sistema LORE, probablemente porque en un tema tan sensible y divisivo como este la posibilidad de otorgamiento de la prestación sin respetar ni la voluntad del paciente, ni la concurrencia plena del presupuesto habilitante acarrearían la deslegitimación del instituto mismo, y , con ella, de su sostenibilidad.<sup>56</sup> El Tribunal parece ser de la misma opinión cuando señala que la participación de un tercero (de un "agente externo") podría dar lugar a efectos indeseados<sup>57</sup>, y , en consecuencia, veta tal posibilidad, lo que impide de raíz la posibilidad de recurso al suicidio asistido. Que es la vía que la jurisprudencia del TEDH, que ya vimos, deja abierta (por todos *Grass vs. Suiza*).

## VI. La fundamentación

Una vez rechazada la posibilidad de fundar el sistema LORE en el derecho del art. 2.CEDH, y en el correlativo del primer inciso del art. 15 CE, el Tribunal se ve forzado a buscar una fundamentación jurídico-constitucional distinta que le permita salvar la constitucionalidad de la ley orgánica, para ello recurre a una línea de argumentación que recuerda fuertemente a aquella a la se refiere el TEDH al efecto de poder afirmar la compatibilidad con el convenio del suicidio asistido en los casos en los que el Estado afectado ha decidido tolerar a estos efectos tal medio. El razonamiento del Tribunal es un razonamiento en dos etapas interdependientes entre sí: de un lo que la sentencia denomina la "autodeterminación personal", del otro su incardinación en el derecho fundamental a la integridad física y moral del segundo inciso del art.15 CE interpretado a la luz del derecho a la privacidad que garantiza el art.8 CEDH. Así escribe el Tribunal:

*A todo ello hay que añadir que la facultad de autodeterminación consciente y responsable de la propia vida cristaliza principalmente en el derecho a la integridad física y moral (art. 15). Este derecho protege la esencia de la persona como sujeto con capacidad de decisión libre y voluntaria, resultando vulnerado cuando se mediatiza o instrumentaliza al individuo, olvidando que toda persona es un fin en sí mismo (SSTC 181/04 FJ3 y 34 (08 FJ5))<sup>58</sup>*

Y, a renglón seguido escribe:

*Ciertamente excluye el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que pueda derivarse del derecho a la vida del art. 2. CEDH un derecho a morir ( por todos asunto *Pretty c. Reino Unido párr. 40*) y concede un amplio margen de apreciación a los Estados en la decisión de limitar o no el derecho a la vida privada en aras de la protección de la vida y la búsqueda de un equilibrio entre ambos*

56 Incluso cabe pensar que la introducción en la agenda de la política sanitaria del preocupante ascenso de número de suicidios y la frecuencia con se recurre al mismo por personas jóvenes (introducción que debemos a los esfuerzos de Doña Carmen Monzón) tuvo cierta influencia en la configuración del modelo LORE.

57 STC 19/2023 FJ6 D) a) p. 57811.

58 STC 19/2023 FJ 6 (V) p. 57806.



*intereses. Pero, y es lo aquí determinante, la interpretación del precepto conforme al art. 8 CEDH conduce a descartar que prohíba per se una despenalización condicional de la eutanasia, aun cuando implique la actuación de un tercero de poner fin intencionadamente a la vida de quien lo pide, en tanto que tiene por objeto dar a la persona libertad para evitar un final de vida que considera indigno y doloroso, siendo la dignidad humana y la libertad la esencia misma del Convenio (asunto Mortier vs. Bélgica párr. 137 y 138.)<sup>59</sup>*

Como consecuencia de dicha interpretación de la ley fundamental se sigue que el Estado tiene el deber constitucional de establecer un sistema mediante el cual quepa el auxilio de terceros, al menos cuando el paciente no puede obrar por sí mismo, eso sí, a condición de que se den las "condiciones extremas" que el propio legislador está llamado a configurar:

*De ello se sigue que la Constitución demanda de los poderes públicos —en primer término del legislador— permitir la ayuda por parte de terceros a la muerte de la persona capaz que así lo decide, libre y conscientemente, en el tipo de situaciones extremas a las que se refiere nuestro enjuiciamiento y de habilitar las vías necesarias para ello. Sin que de ello se derive necesariamente un deber prestacional del Estado, lo que este no puede hacer es eludir su responsabilidad en esta materia.<sup>60</sup>*

Una decisión de tal clase por parte del paciente está amparada por el derecho a la autodeterminación, que trae causa del derecho a la integridad física y moral que, ahora sí, exige del poder público el cumplimiento de una obligación jurídica de regulación:

*Antes bien, la decisión de poner fin a la propia vida, adoptada libre y conscientemente por quien, estando en pleno uso de sus facultades mentales, se encuentra inmerso en una situación de sufrimiento extremo por causas médicas especialmente graves, irreversibles y objetivamente contrastables, es una de las decisiones vitales amparadas por el derecho de autodeterminación de la persona que deriva de los derechos fundamentales a la integridad física y moral (art. 15 CE) en conexión con el reconocimiento de los principios de dignidad y libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE). Este derecho conlleva la obligación del Estado de habilitar las vías legales necesarias para permitir la ayuda de terceros que sea precisa para que la persona inmersa en una de las situaciones trágicas a las que se refiere nuestro enjuiciamiento pueda ejercer su derechos a decidir sobre su propia muerte en condiciones de libertad y dignidad.<sup>61</sup>*

Lo que supone afirmar que la Constitución no puede exigir, y no exige, que se dote a la protección de la vida humana de un paciente de naturaleza absoluta, antes bien el derecho de autodeterminación impone al legislador el respeto de ese derecho y, con él, la adopción de las medidas que sean necesarias para que

---

59 STC 19/2023 FJ 6 (V) in fine p. 57806.

60 STC 19/2023 FJ 6 (iii) pp. 57809/10. Si no hay "deber prestacional del Estado" no puede haber derecho subjetivo de clase alguna salvo que se opte por un modelo expresamente rechazado por el legislador: el suicidio asistido. Y aun en tal caso el Estado debería levantar los obstáculos que impiden al titular poner fin a su existencia por sí mismo. Mismamente el supuesto de hecho del caso Gross.

61 STC 19/2023 FJ 6 e) p. 57810.



si es precisa la asistencia de terceros para posibilitar que el paciente pueda poner fin a su existencia en las "situaciones trágicas" que la LORE viene a regular:

*La Constitución no exige, como tampoco lo hace el CEDH, una protección de la vida humana de alcance absoluto que pueda oponerse a la voluntad libre y consciente de su titular, ni tal entendimiento de la vida resulta compatible con la consideración de la persona que deriva del texto constitucional en su conjunto. Antes bien, la decisión de poner fin a la propia vida, adoptada libre y conscientemente por quien, estando en pleno uso de sus facultades, se encuentra inmerso en una situación extremo por causas médicas especialmente graves, irreversibles y objetivamente contrastables, es una de las decisiones vitales amparadas por el derecho a la autodeterminación de la persona que deriva de los derechos fundamentales a la integridad física y moral (art. 15 CE) en conexión con el reconocimiento de los principios de dignidad y libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE). Este derecho de autodeterminación conlleva la obligación del Estado de habilitar las vías legales necesarias para permitir la ayuda de terceros que sea precisa para que la persona inmersa en una de las situaciones trágicas a las que se refiere nuestro enjuiciamiento pueda ejercer su derechos a decidir sobre su propia muerte en condiciones de libertad y dignidad.<sup>62</sup>*

A efectos de exposición conviene, pues, diferenciar los dos rasgos que vienen a concurrir el sistema que el legislador ha venido a establecer: de un lado la autodeterminación, del otro el fundamento del sistema LORE en el derecho a la integridad física y moral (art.15 Constitución) y al respeto de la vida privada (art. 8 CEDH).

## 1. La autodeterminación personal

El uso del concepto de "autodeterminación" aplicado a la persona singularmente considerada se suele usar sin demasiada precisión como sinónimo (en unos casos) o como muy próximo ( en otros) a un concepto jurídico bien perfilado cual es el de "autonomía", al punto que no es raro encontrar ejemplos en que dichos términos , en su uso, devienen intercambiables.<sup>63</sup> Con origen probablemente en la psicología ese uso supone una adaptación al efecto de la posición jurídica de personas individuales del concepto político originario, en cuyo caso se aplica a un colectivo. La sustitución, aun parcial, de un concepto por otro es fácilmente entendible si se piensa que la "autodeterminación" hace referencia a un principio jurídico de mayor fuerza e impacto que el más exacto, pero menos enérgico en su expresión, de "autonomía". El primero nos remite a una capacidad de decisión plena, toda vez que nació para dar cobertura a procesos de independencia en los que una parte de un cuerpo político anterior decide separarse del original para pasar a ser un cuerpo político pleno y, por ello, dotado de soberanía, en tanto que "autonomía" nos remite a un supuesto de capacidad de decisión limitada por estar sujeto a reglas no disponibles por el titular cuyo cumplimiento le viene impuesto. De modo implícito, pero eficaz, se procura con

62 STC 19/2023 c) p. 57810. Obsérvese que el Tribunal está admitiendo la disponibilidad de los derechos fundamentales.

63 Por citar un solo ejemplo vide Benda (1996: 117), con referencia al modelo del T.I CE, esto es la GG germana.

el uso de la "autodeterminación" a acentuar el poder de disposición del sujeto titular, cuya potestad pasa a ser plena. En contexto como en el que nos movemos la sustitución no es inocua, ya que la autodeterminación invoca una capacidad de acción de mayor extensión e intensidad, aplicado a supuestos como el que tratamos la autodeterminación expresa con mayor intensidad un individualismo radical no sujeto a otras reglas que aquellas que el sujeto que se autodetermina decide darse., de ahí que se sostenga, como hemos visto, que del mismo se siguen obligaciones de hacer para el Estado orientadas a defender y garantizar la soberana voluntad individual del paciente. La autodeterminación es más extensa e intensa que la autonomía y permite eximirse de los límites que a esta última son inherentes. Empero el uso para supuestos como el que nos encontramos de la idea de la autodeterminación encierra al menos dos puntos débiles: uno que tiene que ver con el origen del concepto y otro que trae causa de su aplicación individualizada.

El primero es sencillo de exponer: la autodeterminación tiene sentido cuando, y en la medida en que, el sujeto del que la predicamos es autosuficiente y autosostenible, como en el caso de los colectivos, en especial si son sociedades, esos rasgos concurren se puede sostener que el colectivo titular es titular de poder decisión no sujeto a límites o reglas porque la necesaria base material se da. En el caso del individuo ese presupuesto no concurre, de lo que sigue que no podemos ser titulares de un poder de autodisposición sin bien acotados límites y fronteras, con lo que llegamos a la autonomía.

Como los seres humanos singulares no somos ni lo uno, ni lo otro, no podemos vivir, ni desarrollarnos, sin el concurso necesario del auxilio de terceros, nuestro poder de autodisposición tiene que ser necesariamente limitado, podemos ser titulares de autonomía, de soberanía no. Hace dos mil trescientos años ya nos lo advertía Aristóteles: el hombre es un animal de la polis: nace en ella y no puede vivir, crecer ni perfeccionarse sin la concurrencia de los recursos que le da la sociedad a la que pertenece. No es casual, pues, que el estagirita señalara que en los casos de suicidio el ofendido es la ciudad (Aristóteles).<sup>64</sup>

La predicación de la autodeterminación individual sólo tiene sentido si partimos de una filosofía radicalmente individualista, que niega la entidad sustantiva de los marcos de vida en que nos desenvolvemos, y aquí nos asalta la paradoja: la autodeterminación comporta la plena disposición del individuo sobre sí mismo, prescindiendo de los lazos sociales, si eso es así el sistema LORE resulta incomprensible toda vez que la única solución coherente al problema de la eutanasia en ese marco no puede ser otra que la de la plena y exclusiva decisión del individuo sobre sí mismo, lo que el sistema LORE excluye de raíz.<sup>65</sup>

De este modo la autonomía que hemos expulsado por la puerta viene a reintroducirse por la ventana. Entonces, ¿por qué en el discurso fundador no se recurre a esta? No resulta difícil entender por qué no se quiere seguir ese camino:

64 ¿Qué diría hoy cuando vivimos en un Estado Social y Democrático de Derecho, que nos ampara y protege literalmente desde el comienzo de la vida hasta su final?

65 No está de más observar aquí que la concepción individualista más radical operante entre nosotros trae causa de una filosofía social, la de los economistas de la escuela de Viena, que niegan la realidad de la sociedad misma, sosteniendo que no existe otra realidad radical que la del individuo mismo, concepción que, a través de Hayek y la sociedad Mont-Pelerin, se convierte en paradigma dominante a partir de los años 80, y en el seno del cual se comprende sin dificultad a la sra. Thatcher: " lo que algunos llaman la sociedad no existe". Paradojas de la vida: la interpretación "progresista" de la Constitución tiene en el caso de la autodeterminación la misma base intelectual que el neoconservadurismo más radical. Vide de la Nuez Sánchez-Casado (2022: 233 y ss.). Realmente hay progresistas muy raros.

una de las dos corrientes intelectuales que reclaman la centralidad del concepto de dignidad a la hora de fundamentar los derechos fundamentales es de cuño religioso (el humanismo cristiano) y la otra es portadora de un mal concepto del suicidio y sus variantes (el kantismo).<sup>66</sup> Si la dignidad como concepto central del sistema de derechos y como fuente de estos mismos comporta una exigencia de respeto incondicional de la persona, fundamentar en el mismo un modelo de eutanasia en el que el Estado determina por sí la regulación, se reserva el poder de fijar sus condiciones de posibilidad, estatuye la necesidad de recurrir para su práctica a un complejo procedimiento administrativo que determina si se da o no el necesario consentimiento del Estado, siendo este mismo el que la práctica no resulta ciertamente sencillo. No es de extrañar que no se recurra a él.

## 2. La base constitucional: el derecho a la integridad física y moral

En su necesidad de fundamentación constitucional, y vista la insuficiencia de la legitimación sobre la base de la autodeterminación, el Tribunal trata de construir una alternativa mediante la invocación del derecho fundamental del segundo inciso del art. 15 de la Constitución y construye la misma a partir de la invocación al derecho a la integridad física y moral según una lectura del mismo claramente inspirada en la jurisprudencia del TEDH referente a los casos en los que el Estado viene a tolerar algo parecido al suicidio asistido, de tal modo que, una vez admitido que el derecho a la intimidad y a la vida privada puede dar cobertura a los actos de autodisposición de una persona sobre sí misma, incluyendo en su caso la de los supuestos en que la misma consiste en poner fin a su existencia, se trata de construir una justificación del sistema LORE sobre dicha base.

La propia sentencia que invoca los precedentes TEDH mencionados no tiene más remedio que admitir que el problema que plantea la legitimidad constitucional de la LORE es distinto de los tratados por el TEDH:

*Asimismo, ha de tenerse en especial consideración que, a diferencia de lo que sucede con la mayoría de los casos en relación con la eutanasia activa directa hasta ahora examinados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, así como por los tribunales constitucionales de nuestro entorno, este tribunal se ve ahora llamado a pronunciarse sobre la constitucionalidad no de normas penales prohibitivas, sino de una regulación legal que habilita su práctica.<sup>67</sup>*

Para proceder a construir el discurso legitimador el razonamiento del Tribunal parte del dato de la previa admisión de la legitimidad constitucional del rechazo de tratamientos aun cuando su consecuencia pueda ser el fallecimiento, supuestos en los que no se aprecia vulneración de derechos fundamentales:

*En tercer lugar, debemos destacar que la jurisprudencia constitucional respalda con base en el derecho fundamental a la integridad personal, proclamado en el propio art.15 CE, las decisiones libres e informadas de rechazo de tratamientos médicos aun cuando puedan conducir a un resultado fatal (STC 37/2011 FJ5).<sup>68</sup>*

66 Por todos vide Kant (2007: 36). Una aplicación en Maihofer (1996: 242 y ss.).

67 STC 19/2023 FJ 6 B. b) p. 57802.

68 STC 19/2023 FJ 6 C 9 b) p. 57805. Podría haber citado la seminal STC 137/90 FJ 6 que abre ese camino.

Ahora bien, conviene advertir desde ya mismo que tal precedente se compadece mal con un sistema, el de la LORE en el que la única decisión libre por parte del paciente es solicitar una determinada prestación, solicitud que, como hemos visto ya, puede ser avalada o no a lo largo del procedimiento administrativo y que finaliza con una resolución (de un órgano administrativo nuevamente) que es la que determina si la prestación se va a hacer efectiva o no. En todo caso se trata de un argumento introductorio, porque el efectivo suena así:

*A todo ello hay que añadir que la facultad de autodeterminación consciente y responsable de la propia vida cristaliza principalmente en el derecho a la integridad física y moral (art. 15). Este derecho protege la esencia de la persona como sujeto con capacidad de decisión libre y voluntaria, resultando vulnerado cuando se mediatiza o instrumentaliza al individuo, olvidando que toda persona es un fin en sí mismo (SSTC 181/04 FJ3 y 34/08 FJ5)<sup>69</sup>*

Donde, como se ve, la autodeterminación pasa de derecho a facultad y, a renglón seguido, esta última se inserta en el derecho fundamental del segundo inciso del art. 15 CE. El Tribunal usa esa construcción para "delimitar" el ámbito propio del derecho a la vida del primer inciso del art. 15 CE:

*El derecho a la vida debe leerse en conexión con estos otros preceptos constitucionales y, con ello, ser interpretado como cauce de ejercicio de la autonomía individual sin más restricciones que las justificadas por la protección de otros derechos e intereses legítimos.<sup>70</sup>*

Así el derecho a la vida se concibe como mero medio de asegurar la autonomía individual y esta, y no aquella, es la que no admite otras limitaciones que las necesarias para asegurar los demás derechos<sup>71</sup>. A renglón seguido se nos indica que el fundamento constitucional de esa pretensión autonómica se halla en el derecho a la integridad física y moral, de tal modo que este ampara la autodeterminación y esta, a su vez, delimita el campo de aplicación del derecho a la vida del propio art. 15 CE:

*Como a continuación razonamos y se desprende de lo expuesto, tal fundamento se encuentra en los derechos fundamentales a la integridad física y moral- integridad personal en definitiva- del art. 15 CE que, en conexión con los principios de dignidad y libre desarrollo de la personalidad del art. 10.1 CE amparan el derecho de la persona a la autodeterminación respecto de la propia muerte en contextos eutanásicos, derecho que delimita externamente el ámbito de aplicación del derecho fundamental a la vida que resulta amparado por la Constitución.<sup>72</sup>*

Como consecuencia de lo dicho se sigue que el citado derecho a la integridad física y moral viene a amparar el suicidio, en su modalidad eutanásica al menos:

---

69 STC 19/2023 FJ 6 (V) p. 57806.

70 STC 19/2023 FJ 6 (V) p. 57806.

71 Si ese discurso fuere correcto el derecho a la vida solo ampararía al ser humano consciente y con capacidad de obrar, pues esos son los requisitos necesarios para ejercer la autonomía.

72 STC 19/2023 FJ6 d) p. 57807.

*En conexión con los principios de dignidad y libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) el derecho a la integridad personal del art. 15 CE protege un ámbito de autodeterminación de la persona que ampara también la decisión individual de darse muerte por propia mano, cuando tal decisión se adopte de manera libre y consciente por un ser humano capaz que encuentre inmerso en un contexto de sufrimiento personal extremo debido a causas clínicas de gravedad límite, racional y objetivamente contrastables conforme a los parámetros de la ciencia médica.<sup>73</sup>*

Empero si nos detuviéramos aquí el sistema LORE no podría satisfacer las exigencias señaladas, el argumento podría ser usado al efecto de defender un modelo de eutanasia en el que la misma fuere practicada por el paciente mediante los medios que este determinare, pero no serviría para sostener la legitimidad constitucional de un modelo en el que el paciente es un peticionario que solicita, procedimiento administrativo mediante, una prestación que el Estado acuerda y se proporciona según el modo y forma que el Estado determina. Por ello es necesario dar un paso más que permita definir la realización de la petición en términos de prestación pública. En consecuencia el Tribunal se ve obligado por la propia lógica de su argumentación a dar un paso más, a saber, configurar un deber del Estado de ordenar la prestación y realizarla, en consecuencia se escribe:

*Antes bien, la decisión de poner fin a la propia vida, adoptada libre y conscientemente por quien, estando en pleno uso de sus facultades mentales, se encuentra inmerso en una situación de sufrimiento extremo por causas médicas especialmente graves, irreversibles y objetivamente contrastables, es una de las decisiones vitales amparadas por el derecho de autodeterminación de la persona que deriva de los derechos fundamentales a la integridad física y moral (art. 15 CE) en conexión con el reconocimiento de los principios de dignidad y libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE). Este derecho conlleva la obligación del Estado de habilitar las vías legales necesarias para permitir la ayuda de terceros que sea precisa para que la persona inmersa en una de las situaciones trágicas a las que se refiere nuestro enjuiciamiento pueda ejercer su derechos a decidir sobre su propia muerte en condiciones de libertad y dignidad.<sup>74</sup>*

Pero no cualquier sistema establecido por el Estado en cumplimiento de tal obligación sería constitucionalmente legítimo al ser compatible con la ley fundamental, sino sólo aquel (o aquellos) tengan la propiedad de dotar de protección suficiente a los principios, derechos y bienes constitucionales que puedan verse afectados por el ejercicio de la citada facultad:

*Sin embargo, ello no significa sin más que toda regulación de ayuda de terceros a la muerte de quien así lo decide en un contexto eutanásico sea por sí mismo compatible con la Constitución. Para que exista tal compatibilidad es necesario que el legislador, que fija los mecanismos para dotar de efectividad al derecho de autodeterminación respecto de la propia muerte en contextos eutanásicos, establezca medidas de protección suficientes de los derechos, principios y bienes constitucionales que pueden verse afectados por el ejercicio de tal derecho...<sup>75</sup>*

73 STC 19/2023 FJ 6 (ii) p. 57808

74 STC 19/2023 FJ 6 e) p. 57810.

75 STC 19/2023 c in fine p. 57810. Donde el deber del Estado reaparece.



Sentado lo cual basta el considerar que el sistema diseñado por el legislador tiene esa naturaleza y vocación garantistas para concluir en la plena constitucionalidad del sistema LORE. Que es lo que el Tribunal decide. Puede decirse que el discurso legitimador que el Tribunal construye así resulta un tanto barroco (cosa lógica, el sistema LORE también lo es), pero no puede negarse, ni debe discutirse, que es un discurso coherente con el texto de la LORE y que supone un notable esfuerzo a tal efecto. Otra cosa es que resulte convincente y, a mi juicio, tal cosa no sucede.

Si dejamos de lado el argumento de la autodeterminación, ya visto, y cuya capacidad de convicción no es muy elevada precisamente según ya se señaló, el presente está diseñado para procurar un amparo de la eutanasia en general, primero, y del modelo LORE, después incardinándolo en algún derecho fundamental. Ahora bien, no bastaría para ello cualquier derecho fundamental (no bastaría, por ejemplo, el recurso a las libertades del art. 16 CE —ideológica, religiosa y de conciencia—) porque las mismas presuponen la conservación de la existencia de su sujeto titular, y en el caso de una prestación cuya naturaleza consiste en dar muerte al paciente con el fin de aliviar sus sufrimientos ese dato previo no concurre. Si a ello unimos que es el recurso al derecho a la vida privada del art.8 CEDH el usado en las decisiones del TEDH que de alguna manera amparan al menos los supuestos de tolerancia del suicidio asistido, como ya hemos visto, y que resulta claro que el art. 8 CEDH coincide, cuanto menos parcialmente, con la protección del conjunto de bienes que protege asimismo el art. 15, segundo inciso, CE, se entiende sin dificultad que el Tribunal se incline por una estrategia legitimadora centrada en el derecho a la integridad física y moral, entre otras razones porque la propia jurisprudencia previa del TC ha venido a señalar la inviolabilidad personal como el eje de dicho derecho.<sup>76</sup>

Como hemos visto hasta aquí la estrategia legitimadora del sistema LORE comprende al menos dos componentes: de un lado la incardinación del sistema escogido en el derecho a la integridad física y moral; del otro su uso al efecto de delimitar el alcance de la protección del derecho a la vida del primer inciso del art. 15 CE. Aquí vamos a tratar del primero, toda vez que el mismo es el presupuesto de la delimitación.

El argumento del Tribunal tiene una peculiaridad que merece ser destacada de entrada: se refiere a la integridad *in toto*, esto es se refiere tanto a la integridad física como a la integridad moral, si bien la asociación que la sentencia efectúa entre el derecho del art. 15 CE, segundo inciso, y los principios de dignidad y libre desarrollo de la personalidad apuntan más bien a la segunda y no tanto a la primera. Como estrategia discursiva está bien, otra cosa es que en el mundo real sea sostenible.

La combinación entre el derecho mencionado y los principios de dignidad y libre desarrollo de la personalidad podría resultar adecuada, una vez más, si el objeto del juicio de constitucionalidad fuere un sistema de suicidio asistido en el que es el propio paciente el que por sí y ante sí decide poner fin a su existencia al efecto de liberarse de sus padecimientos y del que se deducen dos deberes públicos: en primer lugar el del respeto incondicional a la decisión del afectado y, en segundo lugar, la obligación de establecer una regulación legislativa correspondiente. Pero a estas alturas sabemos muy bien que no es así, que hay muy poco de "autodeterminación" del paciente en un sistema en el que la valoración de la concurrencia de los requisitos que pueden habilitar el recurso a la eutanasia depende de juicios de terceros y que el juicio de adecuación compete

---

76 Cf. STC 137/90 FJ 6 y concordantes



a la administración a través de un procedimiento administrativo de tal forma configurado que es la voluntad del Estado, y no la del paciente, la que determina la concurrencia o no del presupuesto habilitante y fija, asimismo, el modo y forma de la correspondiente prestación. La estrecha ligazón entre voluntad del paciente y realización de la prestación que subyace al argumento tal y como se formula, sencillamente no existe.

Descartado que la conexión principios-derecho fundamental se tan íntima como la sentencia presupone permanece en pie el dato según el cual el anclaje del sistema LORE en los derechos fundamentales depende de la inclusión de este en el ámbito de aplicación del derecho a la integridad física y moral y, con perdón del Tribunal eso es, como mínimo, muy poco claro. En abstracto cabría considerar que el respeto del derecho a la integridad moral se encuentra en estrecha conexión con los derechos reconocidos en el art. 16 CE: libertad ideológica, de creencias, religiosa y de cultos, empero tanto el derecho a la integridad moral como su conexión con las libertades de pensamiento constituyen una variable dependiente de un dato previo: el respeto a la integridad física, entendida como el derecho a ser y permanecer "entero y sin daño", entre otras razones porque si omitimos el "sin daño" abriríamos un portillo a la coacción, pero si omitimos el "entero" correremos el riesgo de quedarnos sin sujeto titular. No es casual que el propio Tribunal hable de la integridad personal, en sus dos dimensiones, en términos de "inviolabilidad" (STC 137/90 FJ 6), pero conviene asimismo recordar que la misma doctrina se aplica sobre la base de que la

*vida es un valor superior del ordenamiento jurídico" (FJ 6)*

como lo son la dignidad y la libertad.

En otros términos: el bien jurídico protegido por el art. 15 CE, segundo inciso, es la inviolabilidad de la persona tanto en su realidad física como en su autonomía moral. Es propio de la naturaleza misma del derecho el que la autonomía moral presuponga la inmunidad física, ya que esta es la condición de posibilidad de la primera. Pues bien, el Tribunal pretende hacernos creer que se funda en el derecho fundamental a la integridad física y moral el ejercicio de unas facultades cuya finalidad radica precisamente en privar de vida al paciente, destruyendo así la condición de posibilidad de la autonomía moral.

Si se desea una formulación distinta: el derecho a la integridad física y moral no puede dar cobertura ni al sistema LORE, ni al suicidio asistido, porque tanto uno como en el otro exigen la supresión de la persona titular del derecho fundamental del que tratamos. Sencillamente no se puede entender que privar de existencia al titular sea facultad incluida en el haz de facultades propio del derecho a la integridad personal, que es lo que a la postre el Tribunal viene a sostener. No se puede privar de existencia al titular del derecho sin destruir su integridad física y, con ella, su integridad moral. Sencillamente no se puede, como gustaba decir mi maestro "los hechos son tozudos, y no se dejan desconocer". Es más, por ello la exigencia que el propio Tribunal plantea (p. 57810, ya citada) de la necesidad de garantías efectivas (que presten "protección suficiente") de los bienes y valores constitucionales en juego no se puede satisfacer en supuestos como el presente.

## VII. Las contradicciones internas del edificio

Toda la construcción que el Tribunal erige para sostener la legitimidad constitucional de un edificio legislativo, expresada en unos términos en los que en

no pocas ocasiones se nota que la regulación despierta en el Tribunal un entusiasmo fácilmente descriptible<sup>77</sup> reposa, como ya se ha señalado, sobre el presupuesto de la primacía general e incondicionada del principio de libertad. No es precisamente casual que la mejor intervención parlamentaria en defensa del proyecto (la del senador socialista De Lucas en el debate en la Cámara Alta) se sostuviera en ese punto de vista, no obstante el sistema LORE, que quiere basarse en el mismo, debe enfrentarse ante una realidad política y jurídica que se muestra resistente a amoldarse a ese principio rector, entre otras muchas razones porque ese no es el modelo constitucional.

Como ya hemos visto la sentencia trata de construir un derecho público subjetivo de prestación, que se viene a deducir del derecho constitucional a la integridad física y moral interpretado desde el valor superior de la libertad, lo que hace posible incardinarlo entre los derechos de carácter fundamental. Una construcción así está condenada a ser incoherente. Vayamos por partes

a) *El derecho público subjetivo de prestación.* Como ya se ha señalado con anterioridad esa construcción forma parte de lo constitucionalmente posible, pero otra cosa es que el régimen establecido en la LORE pueda ser descrito en tales términos. La cuestión no está en la subordinación de la posible prestación pública a un presupuesto habilitante<sup>78</sup>, cosa que me parece lógica, la cuestión radica en que en los casos en que ello se da, sentado el presupuesto habilitante es el titular del derecho el que por sí puede exigir a las administraciones públicas la prestación de que se trate. Como ya sabemos en el sistema LORE concurre el presupuesto habilitante, pero la concurrencia de éste no apodera per se, e inmediatamente, al titular para exigir la prestación, antes bien el sistema LORE exige un procedimiento administrativo en el seno del cual es personal dependiente del Estado el que aprecia la concurrencia o no del presupuesto habilitante, el que propone el otorgamiento o denegación de la prestación, facultad que reside en un órgano administrativo (la comisión de verificación), sin la opinión favorable de los primeros y sin la aprobación del otorgamiento por la segunda no cabe prestación alguna. Ciertamente en sistema LORE irrazonable no es, al menos desde un punto de vista garantista, el problema radica en que el garantismo se lleva al extremo de que el hipotético derecho no se puede satisfacer sin el plácet de la administración. Como ya se ha señalado siempre hay codecisión y, por si misma, la codecisión impide que podamos calificar como derecho subjetivo el propio del sistema LORE.

b) *La cuestión de la fundamentalidad.* Que en la sentencia que comentamos casi siempre aparece tangencialmente. Aquí surge de entrada la cuestión de la posibilidad de que un derecho de prestación pueda ser un derecho fundamental. Para ser exactos si un derecho en el que el objeto del mismo consiste en una prestación pública puede ser un derecho fundamental. El objeto tén-gase claro. A mi juicio es constitucionalmente factible, en nuestro sistema de derechos al menos, que el ejercicio de un derecho fundamental por su titular o titulares comporte el deber que se impone al Estado de establecer alguna clase de acción pública, sea esta prestacional o no. Es el caso, sin ir más lejos, del derecho de sufragio, o a la tutela judicial efectiva, pongamos por caso: el

77 El caso más gráfico es, me parece, el de la evidente incomodidad del Tribunal cuando tiene que tratar con la d. adicional primera vide STC 19/2023 FJ 7 D) c) (iii) p. 57830 y es que justificar la calificación de la muerte por eutanasia como "muerte natural" en el registro civil alegando que se trata de evitar acciones penales indebidas muy sólido no parece.

78 Eso se hace en la forma original de la vigente ley sobre el aborto: hay una despenalización parcial operada según el sistema de plazos y al eventual supuesto despenalizado se anuda la prestación pública que la gestante afectada puede exigir.

primero no se puede ejercer sin administración electoral, ni el segundo puede ser efectivo sin la preexistencia de un determinado sistema de administración de justicia. Ahora bien, en los casos en los que así sucede, y en los que casi siempre recae sobre los mismos la observación jurisprudencial de ser derechos de configuración legal, lo que es objeto de esta última son las condiciones materiales, organizativas y procedimentales del ejercicio del derecho, pero no el objeto del derecho mismo. Aquí se halla frontera que separa el derecho fundamental (que se impone al legislador) del que no lo es, que es configurable por el legislador mismo. Y, a mi juicio, es claro que en el caso que tratamos, estamos en el caso del segundo y no en el del primero. Por hablar llanamente, aquí se halla la divisoria entre el sistema basado en la regla: "la ley según los derechos fundamentales", del sistema basado en la regla "los derechos fundamentales según la ley". Y es claro que nuestro sistema, fiel hijo del alemán, por cierto, corresponde al capítulo de los primeros. Para que el modelo LORE pudiera aspirar a alguna clase de fundamentalidad sería necesario que el poder de decisión sobre la continuidad o no de la vida del sufriente dependiera exclusivamente de la voluntad de éste, de tal modo que fijada dicha voluntad el Estado viniera obligado a establecer primero y proporcionar después la o las prestaciones atinentes al caso. Y eso aquí no se da.<sup>79</sup>

c) *Un vicio estructural*. Que no es otra cosa que la aplicación al caso de uno que aqueja al sistema general de gobernación del país, cuando éste trae causa de una opción a favor de un potente sistema de autonomías territoriales. En nuestro sistema autonómico no existe foro, escenario o método alguno que afronte la cuestión de las relaciones entre el nivel nacional y el nivel territorial de gobierno. Si el reparto competencial que hace el bloque de la constitucionalidad se hubiere configurado a partir del criterio según el cual la competencia sobre cada materia es siempre exclusiva, de tal modo que en cada una de ellas la totalidad de las potestades públicas recayentes sobre cada materia o bien se adscriben al nivel nacional de gobierno, o bien se encarga al nivel territorial la cuestión sería sobrellevable. Pero no es así. El criterio de asignación de competencias seguido por el bloque de la constitucionalidad pivota sobre la compartición competencial: las materias de competencia autonómica exclusiva, aun siendo formalmente muy abundantes, son muy mayoritariamente de escasa entidad, en tanto que las más relevantes<sup>80</sup> son objeto de compartición competencial, bien porque el nivel nacional de gobierno asume todas o la mayoría de las facultades de normación, encargando la ejecución y/o la gestión de los asuntos al nivel territorial de gobierno, bien porque el nivel nacional retiene una competencia normativa limitada a la estructura y normas principales, correspondiendo al nivel autonómico el desarrollo normativo y la ejecución de una regulación, mixta por definición. Pero, olvidando el sabio consejo del Derecho Canónico, el modelo existente no contiene ni instancias, ni reglas que hagan efectivo el criterio "lo que a todos afecta, entre todos debe ser decidido". Y ello pone en tela de juicio la unidad de acción y la posible fundamentalidad del sistema LORE. Por poner un solo ejemplo: la LORE no precisa ni quien, ni como, ni cuando, ni en qué condiciones se va a poner en planta en cada territorio la Comisión de Verificación, como es esta la que decide sobre el otorgamiento o no de la autori-

79 Por cierto, no se alcanza a entender como la LORE no prevé clase alguna de servicio de atención psicológica a la persona del sufriente. Y no será porque en el trámite parlamentario no se plantearan observaciones y enmiendas en este sentido. Que se lo pregunte al senador Roman Jaseneda.

80 Incluso a nivel presupuestario: enseñanza y sanidad suponen no menos del 60% del gasto de las Comunidades Autónomas, y no faltan casos en que ese nivel resulta superior.

zación de la prestación se abre la puerta a la divergencia de criterios, aun extrema, entre los diversos actores institucionales competentes. Si a ello añadimos que el sistema constitucional español está pensado para regir una democracia consociativa y que ya llevamos años sufriendo una dinámica política de polarización, proclive por demás a la "política de adversarios" no parece que el riesgo de fragmentación aplicativa sea algo poco imaginable. Y esa posibilidad niega de raíz la fundamentalidad del sistema LORE.<sup>81</sup>

d) *El contenido de la prestación y el art. 15 CE.* Como ya sabemos el contenido de "la prestación de ayuda a morir" se configura mediante la combinación de dos elementos: de un lado la voluntad del sufriente de que se ponga término a su padecimiento mediante suicidio ; del otro una regulación según la cual la voluntad del sufriente debe ser acreditada, y una vez producida la acreditación se exige seguir un complejo procedimiento administrativo que finaliza en una "resolución" que habilita a la administración sanitaria competente a poner fin a la existencia del sufriente solicitante mediante un envenenamiento mediante fármacos. En suma: el sufriente pide, la administración acuerda y el Estado (SNS mediante) mata. Mas allá de la retórica al uso el sistema excluye que se pueda hablar de autodeterminación toda vez que sin la voluntad del Estado y su acción la prestación ni se otorga ni se realiza. Por sí mismo el modelo así diseñado no se puede justificar en los términos de una autodeterminación que se funda en la combinación entre dos principios constitucionales (dignidad y libertad) y la invocación del derecho a la integridad física y moral. De hecho si nos debemos tomar en serio la invocación de la autodeterminación personal, de ella se sigue que cualquier intervención pública en la realización de la solicitud del paciente que no sea interpretable como meramente facilitadora del propósito del sufriente, cuando este es libremente adoptado, resulta incompatible con dicha autodeterminación y, en consecuencia, habría que concluir que deventría inconstitucional. Como el sistema LORE no responde a tales parámetros habría que concluir que el mismo es inconstitucional en la medida en que exige la concurrencia de la voluntad del Estado. Mas claro: si hay autodeterminación personal caben dos vías de salida contrastadas: o bien se opta por el suicidio asistido, o bien se sigue un sistema similar la holandés o belga en el que basta la solicitud del paciente, con el asesoramiento en su caso de, o de los, facultativos pertinentes para proceder o bien a proporcionar al solicitante los medios necesarios para consumir su propósito o bien para darle la asistencia técnica necesaria para que medio o medios cuya administración produce el fallecimiento se usen correctamente. Ninguna de las dos es compatible con el sistema que sigue nuestra ley orgánica, y, por ello, carece de sentido hablar de "autodeterminación" del sufriente en el sistema LORE.

e) *La delimitación del ámbito de los derechos del art. 15 CE.* La sentencia reconoce que en supuestos como el que estamos tratando nos hallamos en presencia de al menos dos derechos fundamentales que entran en concurso: el derecho a la vida del primer inciso y, en función de la construcción realizada, el derecho a la integridad física y moral. Como es bien sabido ha sido doctrina constante del Tribunal que en caso de concurso de derechos fundamentales el intérprete debe operar de conformidad con el principio hermenéutico de concordancia práctica, de tal modo que debe preferirse sistemáticamente la solución o soluciones del concurso que hagan posible que, en el caso, todos los derechos fundamentales en juego tengan la máxima eficacia posible, y, en consecuencia, deben excluirse aquellas interpretaciones que conducen a

---

81 Que, de este modo, postula su propia reforma.

la primacía incondicional de uno de los derechos fundamentales en concurso. Pues bien, en el presente caso el intérprete no opera así, más bien lo que hace es otorgar una preferencia sistemática a uno de los derechos en concurso. No lo dice abiertamente, claro está, pero lo hace y, emboscadamente, lo dice. A mi juicio el punto clave se halla cuando en la sentencia podemos leer lo siguiente:

*Como a continuación razonamos y se desprende de lo expuesto, tal fundamento se encuentra en los derechos fundamentales a la integridad física y moral- integridad personal en definitiva- del art. 15 CE que, en conexión con los principios de dignidad y libre desarrollo de la personalidad del art. 10.1 CE amparan el derecho de la persona a la autodeterminación respecto de la propia muerte en contextos eutanásicos, derecho que delimita externamente el ámbito de aplicación del derecho fundamental a la vida que resulta amparado por la Constitución.<sup>82</sup>*

Obsérvese que el concurso de derechos fundamentales no se trata de afrontar y resolver considerando el peso de aquellos en el caso al efecto de procurar una solución óptima desde el punto de vista de la eficacia de las disposiciones constitucionales, antes bien lo que se hace es otorgar en el caso una posición más fuerte a uno de ellos, de tal modo que el favorecido "delimita" el contenido del minusvalorado, que lo es en razón de esa unilateral "delimitación". Hay un derecho fundamental más débil (el del primer inciso del art. 15 CE) y un derecho fundamental más fuerte (el del segundo inciso del art. 15 CE) y es este último el que "delimita" al primero: un derecho delimita y el otro es delimitado. Punto. La solución dada no se ajusta al principio de concordancia práctica, en tanto en cuanto supone dar una prioridad genérica a uno de los derechos fundamentales en juego en detrimento del otro, que se diga que hay un derecho fundamental que "delimita externamente el ámbito de aplicación del otro" supone que uno de los derechos fundamentales en concurso, por sí, tiene la capacidad de determinar por sí solo, insisto, cual es el "ámbito de aplicación" del otro, que de este modo le viene inevitablemente subordinado, este último es plenamente válido y eficaz sólo en el "ámbito" que el derecho fundamental preponderante le permite mantener.

La debilidad intrínseca de tal construcción aparece así con claridad: si hay un derecho fundamental que delimita y otro que es delimitado es preciso admitir que en caso de concurso el segundo será válido y eficaz en el "ámbito" que el primero determine: todos los derechos fundamentales son iguales, pero alguno o algunos son más iguales que los demás. No parece una construcción afortunada.

De otra parte esa construcción deviene aún menos afortunada si se considera que el derecho fundamental que la misma subordina es el presupuesto necesario de la posibilidad de ejercicio del derecho al que se atribuye un rol preeminente: para poder gozar del derecho a la integridad física y moral, y con ella, de la autodeterminación que es su consecuencia, es preciso estar vivo (los difuntos no son titulares de derechos) y mantenerse vivo, pues de otro modo la autodeterminación se convierte en autodestrucción. Y si un derecho fundamental posibilita la continuidad del titular y otro exige, en su ejercicio, que esta se rompa no parece exagerado sostener, al modo de Rawls, que el primero y el segundo guardan entre sí una ordenación lexicográfica.

82 STC 19/2023 FJ6 d) p. 57807.



## VIII. Balance y perspectivas

1. A estas alturas me parece que no es irrazonable sostener que la LORE no es un producto normativo que destaque por su calidad. Es cierto que un juicio negativo sobre la calidad, por sí mismo, no nos dice nada acerca del problema, bien distinto, de la compatibilidad del mismo con la Constitución, que es el objeto propio del juicio de legitimidad constitucional, pero una vez dicho eso también hay que admitir que si un texto legal adolece de deficiencias compete al legislador revisar su texto al efecto de facilitar su aplicación y evitar conflictos. El mero hecho de que una sentencia desestimatoria de un recurso de inconstitucionalidad contenga importantes correcciones a la obra del legislador, como hemos visto sucede en el caso, no hace sino reforzar esa opinión que, como mía, no pasa de ser humilde.

2. La construcción en que se basa el juicio de compatibilidad de la LORE con la Constitución no pasa de ser endeble, haciendo un juicio benévolo. Siendo de notar que las debilidades se concentran no en aspectos secundarios del régimen legal previsto, sino en su núcleo esencial. Aunque solo fuere por prudencia revisar la LORE debería figurar en la agenda del Parlamento.

3. Adicionalmente la compatibilidad de la doctrina que fija la sentencia con la jurisprudencia del TEDH no es precisamente evidente, por decirlo en términos suaves y, en consecuencia, el juicio sobre ley orgánica y doctrina desde la perspectiva del art. 10.2 CE no parece gozar de muchas posibilidades de ser favorable, especialmente si se considera el art. 6.1 del Convenio de Oviedo.

4. La doctrina de la sentencia que comentamos se separa de la preexistente, inaugurada por la STC,s 53/85, y reafirmada en las STC, 136/90 y 127/90. Como esa doctrina precedente no es compatible en puntos esenciales con la fijada por la que comentamos y, al tratarse, cuanto menos en la primera de ellas, de decisiones del TC que gozan de efectos generales (art. 38.1 LOTC) al resolver recurso de inconstitucionalidad cabría plantearse si en casos similares posteriores no sería necesario que la decisión que porta una nueva doctrina debería explicitar tal cambio, un poco al modo del proceder habitual del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, toda vez que no parece suficiente la bien conocida doctrina según la cual cuando un tribunal cambia de criterio de decisión debe sustituir un criterio general de decisión por otro, bastando a tal efecto que tal cambio sea reconocible como tal.

5. En cuanto al fondo la doctrina que sienta la sentencia que comentamos me parece incompatible con la jurisprudencia de valores toda vez que esta contempla los derechos fundamentales como institutos jurídicos preordenados a la protección de determinados bienes (que devienen valores cuando reciben un uso estimativo) y, en la presente se avala la legitimidad constitucional de una norma que establece un supuesto de hecho nuevo que hace factible que el Estado mate a un ciudadano fuera de los casos que contemplan tanto el propio art. 15 CE como el art. 2 CEDH.

6. Si no me equivoco la interpretación de los derechos fundamentales en juego que efectúa la sentencia reposa sobre el presupuesto de un cambio sustancial del orden de valores sobre el que reposa el entero sistema de derechos constitucionales (por citar un ejemplo vide FJ6 B) b) p. 57802). La sociedad ha cambiado y, por ello, la lectura de la carta de derechos, y del orden de valores que a la misma subyace debe cambiar. Debe hacerse notar que aunque el texto invoca la jurisprudencia evolutiva, en un caso como el presente no hay tal, hay una sustitución de un discurso fundado en la intangibilidad de los derechos fundamentales por otro que hace posible su modificación, por obra de los poderes constituidos y que se funda no en un complejo doctrinal alimentado por dos corrientes ideológicas éticamente muy exigentes (kantismo y humanismo cristia-



no), sino en una visión rigurosamente individualista de los mismos que identifica como "derecho" cualquier pretensión socialmente relevante y que presupone que siendo subjetivos los valores, cuando estos cambian la interpretación constitucional debe cambiar. Vistas así las cosas me temo que habrá que recordar lo que escribió hace muchos C. Schmitt en su artículo "La tiranía de los valores": a saber admitido que los valores, incluidos los constitucionales, son subjetivos la jurisprudencia de valores es una máscara de la voluntad de poder (Schmitt, 1961: 65).

7. Concluyendo. Me temo que una buena parte de la incongruente doctrina que la sentencia constitucional 19/2023 porta no es sino una consecuencia de una errónea política de personal, a la que han contribuido los dos grandes partidos, que no busca jueces constitucionales imparciales y de consenso, sino jueces constitucionales militantes de parte. Política de personal que tiende a producir decisiones inadecuadas y hasta peligrosas, sea la mayoría conservadora (véase la inverosímil STC 148/2021) o "progresista" (la presente).

### **Bibliografía**

- Aristóteles. *Ética a Nicómaco*. Libro V, C. XI.
- Benda, E. (1996). Dignidad humana y derechos de la personalidad. En Benda et alii. *Manual de Derecho Constitucional* (pp. 117-144). 1.ª ed. Marcial Pons: Madrid.
- de la Nuez Sánchez-Casado, P. (2022). La Escuela Austriaca. En H. Aznar y K. Esteve (eds.). *Crisis y revisión del liberalismo en el período de entreguerras* (pp. 233-256). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Kant, I. (2007/1785). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Madrid: Alianza Editorial.
- Maihofer, W. 1996 "Principios de una democracia en libertad", en E. Benda et al. *Manual de Derecho Constitucional*. 1ª ed. Marcial Pons: Madrid.
- Martínez Sospedra, M. (2021). Entre los Países Bajos y Oregón: eutanasia, garantías y suicidio asistido: notas sobre la ley orgánica 3/2021 de regulación de la eutanasia y su tramitación parlamentaria. *Corts. Anuario de Derecho parlamentario*, 35, 57-114.
- Schmitt, C. (1961). La tiranía de los valores. *Revista de Estudios Políticos*, 115, 65-82.
- Serrano del Rosal, R. y Heredia Cerro A. (2018). Actitudes de los españoles ante la eutanasia y el suicidio asistido. *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, 161, 103-120.



# El difícil encaje del islam en la jurisprudencia del TEDH

*The difficult fitting of Islam in the jurisprudence of the ECHR*

**ALEXANDRE H. CATALÁ I BAS**

Profesor Titular de Derecho Constitucional  
Universitat de València  
Alexandre.Catala@uv.es

DOI: <https://doi.org/10.7203/cc.4.28019>

Fecha de recepción: 14/10/2023

Fecha de aceptación: 23/10/2023

## Resumen

En Europa conviven diferentes credos, sin embargo, hay una diferencia esencial entre ellos. Mientras que el cristiano es visto como algo propio de la cultura europea, el musulmán es percibido como algo extraño, que ha venido "de fuera". Sin embargo, millones de europeos profesan esta religión, pero sus costumbres o prácticas son vistas con recelo por una mayoría de la población. El presente trabajo pretende analizar si dicho recelo está presente en la jurisprudencia del TEDH. La jurisprudencia del TEDH es vacilante y provoca paradojas. Analizada desde una perspectiva de género es mucho más desfavorable para las mujeres musulmanas que para los hombres musulmanes.

## Palabras clave

Islam, Fundamentalismo, Libertad Religiosa, Libertad de expresión, Costumbres y prácticas religiosas, Educación.

## Abstract

*In Europe different faiths coexist, however, there is an essential difference between them. While the faithful christian is seen as someone who belongs to European culture, the muslim is perceived as an outsider. Notwithstanding the fact that millions of Europeans profess the Islam, their customs or practices are viewed with suspicion by a majority of the population. The present work intends to analyze if this suspicion is present in the jurisprudence of the ECHR. The jurisprudence of the ECHR is hesitant and causes paradoxes. Analyzed from a gender perspective, it is much more unfavourable for Muslim women than for Muslim men.*

## Keywords

*Islam, Fundamentalism, Religious freedom, Freedom of expression, Customs and religious practices, Education.*

## Sumario

**I. Introducción. II. Libertad religiosa, libertad de expresión y límites. Control de convencionalidad vs. Margen de apreciación nacional. III. El fundamentalismo islámico. 1. La difusión de ideas fundamentalistas. 2. La disolución de partidos políticos fundamentalistas. IV. La crítica a elementos sagrados del islam. V. La adecuación de costumbres y prácticas religiosas al CEDH. 1. Los signos religiosos en el espacio público. El velo islámico y el crucifijo y la paradoja de aplicar de forma amplia el margen de apreciación nacional. 1.1. Laicidad y velo. 1.2 Derechos de los menores y principio de igualdad y no discriminación. 1.3 La autoridad y la imparcialidad del Poder Judicial. 1.4. El Caso S.A.S. c. Francia. El velo integral. 1.4.1. La seguridad pública. 1.4.2. Principio de igualdad y la dignidad de las mujeres. 1.4.3. La protección de los derechos y libertades ajenos. La imposibilidad de invocar el principio de laicidad. 2. Sacrificio de animales. 3. Obligaciones laborales y prácticas religiosas. VI. Derecho a la educación e islam. VII. Los efectos civiles del matrimonio religioso. VIII. Un breve análisis de la jurisprudencia del TEDH desde una perspectiva de género. IX. A modo de conclusión. *Bibliografía.***

### I. Introducción

El sistema europeo de protección de derechos humanos es, sin duda, un instrumento acabado y eficaz de protección y ello, como se ha dicho en multitud de ocasiones, gracias a la labor pretoriana del Tribunal Europeo de Derechos Humanos comprometido desde el primer momento en que las disposiciones del Convenio Europeo de Derechos humanos "se comprendan y apliquen de una manera práctica y efectiva"<sup>1</sup> como señala Carrillo Salcedo (1991: 431), "en un permanente esfuerzo de perfeccionamiento y profundización que demanda el propio Convenio como instrumento vivo y dinámico". Para Wachsmann (1999: 44, 47) solo la concepción forjada en Europa occidental y en América es respetuosa con la autenticidad de los derechos humanos pues parte de una concepción laica de los mismos. Intentar una lectura de los derechos humanos a partir de los textos sagrados es problemática. El ejemplo más claro lo podemos encontrar

---

1 STEDH Irlanda c. Reino Unido, de 18 de enero de 1978.

en el régimen de los talibanes en Afganistán<sup>2</sup>. Ello se traduce, en la práctica, en una limitación cuando no en una verdadera supresión de los derechos. Por ello es rechazable, por ejemplo, la postura del juez chipriota del TEDH Zekia que en su voto particular en la sentencia *Dudgeon c. Reino Unido*, de 22 de octubre de 1981, en la que el TEDH declaró que la legislación de Irlanda del Norte que penalizaba la homosexualidad masculina era contraria al CEDH, mostró su disconformidad con este fallo basándose para ello en que "tanto la religión cristiana como la musulmana concuerdan en condenar las relaciones homosexuales y la sodomía. En gran medida las concepciones morales se fundamentan en creencias religiosas". Señala SUDRE, que el TEDH ha llevado a cabo una "obra pretoriana de adaptación del Convenio a los cambios sociales" ajustándola "a la evolución de las costumbres y mentalidades a fin de preservarla de cualquier anacronismo" (Sudre, 1992: 31). Lo anterior no es óbice para reconocer el carácter esencial que la libertad religiosa ocupa en un sistema democrático, como recuerda el propio TEDH en la *STEDH Refah Partisi c. Turquía* de 13 de febrero<sup>3</sup>. En Europa conviven diferentes credos, sin embargo, hay una diferencia esencial entre ellos. Mientras que el cristiano es visto como algo propio de la cultura europea, el musulmán es percibido como algo extraño a dicha cultura. Sin embargo, millones de europeos profesan esta religión, pero sus costumbres o prácticas son vistos con recelo por una gran parte de la población europea. El presente trabajo pretende analizar si dicho recelo está presente en la jurisprudencia del TEDH. Ya adelantamos que la jurisprudencia del TEDH sobre este tema se nos presenta en palabras de Ruiz Rico (2011: 49) como oscilante. Podrían ser añadidos los calificativos de contradictoria y paradójica.

## II. Libertad religiosa, libertad de expresión y límites. Control de convencionalidad vs. Margen de apreciación nacional

La libertad religiosa y la libertad de expresión consagradas respectivamente en los artículos 9 y 10 CEDH están sujetas a un gran número de límites<sup>4</sup>. Como señala el TEDH en su sentencia *Kokkinakis c. Grecia*, de 25 de mayo de 1993, la libertad de pensamiento, conciencia y de religión es uno de los cimientos de la sociedad democrática, va unida al pluralismo, lo que supone que cada ciudadano es libre de profesar la creencia que considere oportuno no pudiendo ser discriminado por razón de la misma. El pluralismo religioso parte del respeto al otro y de que es ilícito intentar imponer por la fuerza la creencia propia. Este derecho es esencial no solo para los creyentes sino también para los no creyentes por lo que comprende el derecho a profesar una religión o creencia y el derecho a no profesar ninguna sin que de ello derive ningún tipo de discriminación<sup>5</sup>. En una sociedad democrática, añade el TEDH en la propia sentencia, en la que subsisten diferentes creencias en el seno de la población, es legítimo que el Estado adopte las medidas oportunas encaminadas a conciliar los intereses de

2 Los derechos de las mujeres en Afganistán serán respetados "dentro del marco de la ley islámica". <https://www.bbc.com/mundo/noticias-58244027>. 19 agosto 2021.

3 Párr. 90. En el mismo sentido *STEDH Kokkinakis c. Grecia*, de 25 de mayo de 1993, párr. 31.

4 Sobre estos derechos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos existe una amplísima doctrina. Vide por todos: Gay (1989: 259 y ss.), Bonet (1994), Freixes (2003: 465 a 467), Sánchez (2004), Rollnert (2000: 131-154), Català (2001), García (2004: 328-355), Lazcano (2004: 356-443), Torres (2005: 509-527), Bustos (2005: 529-563) y Presno (2020: 461-492).

5 Párr. 31.

los diferentes grupos y a asegurar el respeto a las convicciones de cada uno<sup>6</sup>. Hay que advertir, por otra parte, que la existencia de una iglesia oficial no es incompatible con el artículo 9 CEDH siempre y cuando ello respete los principios inmanentes del Convenio, especialmente el pluralismo religioso lo que supone, entre otras cosas, que nadie puede ser obligado a profesar dicha religión<sup>7</sup>. El TEDH advierte que los Estados han de procurar hacer realidad ese pluralismo religioso, de tal manera que poner obstáculos por acción u omisión a que las distintas confesiones religiosas, especialmente, las minoritarias puedan desarrollarse con normalidad en su seno puede suponer una vulneración del CEDH. De ahí también se deduce, que esta libertad ha de estar garantizada no solo en el ámbito interno sino también en el externo ya sea en privado o en público ya sea de forma individual o colectiva<sup>8</sup>.

Señala Pettiti (1999: 32) que la libertad de expresión forma parte del núcleo duro del Convenio. Su trascendencia ya fue puesta de relieve por el TEDH en la sentencia *Handyside c. Reino Unido*, de 7 de diciembre de 1976 al advertir que es uno de los pilares básicos sobre los que se asienta la sociedad democrática<sup>9</sup>. Esta importancia se eleva al más alto nivel cuando se debaten cuestiones de interés general y/o de ella hacen uso los profesionales de la información y personajes públicos, especialmente políticos, por lo que en estos casos el Tribunal lleva a cabo un examen o control de convencionalidad<sup>10</sup> extremadamente riguroso pues es consciente de que está en juego la creación de una opinión pública libre, base del pluralismo, sin el cual no hay democracia<sup>11</sup>.

Por otra parte, la jurisprudencia del TEDH sobre cuestiones relativas a la libertad religiosa ha venido marcada en gran medida por los límites invocados que han condicionado el control de convencionalidad. Los límites que han sido invocados a lo largo de los diferentes asuntos han sido: el respeto al principio de igualdad y no discriminación, el respeto al principio de laicidad, el deber de neutralidad ideológica o religiosa del Estado, el interés superior del menor, la protección del orden público y la seguridad y la protección de los derechos ajenos. Si analizamos las sentencias del TEDH observaremos que la tónica general es que resuelva la cuestión de cuál o cuáles son los objetivos legítimos que se persiguen con la medida litigiosa de forma rápida y escasamente motivada. La falta de motivación de este apartado contrasta, por el contrario, con la amplia extensión con que analiza los requisitos de injerencia prevista por la ley y necesaria en una sociedad democrática. Ello es debido, en gran parte, a la propia redacción del precepto que, contiene una lista extensa y confusa de límites al ejercicio de este derecho (igual sucede con la libertad de expresión del artículo 10 o con el derecho de reunión y manifestación del artículo 11) que han sido poco desarrollados posteriormente por el TEDH por lo que es relativamente fácil ubicar la medida litigiosa en alguno de ellos. Así lo entiende Coussirat-Coustere (1999: 336), para quien "la abundancia y generalidad de los fines convencionalmente legítimos hacen que la hipótesis de que no se cumpla ninguno de ellos

---

6 Párr. 33.

7 ComEDH Informe caso *Darby* de 9 de mayo de 1989 y, entre otras, SSTEDH *Folgero y y otros c. Noruega*, de 29 junio 2007 y *Zengin Hasan e Eylem c. Turquía*, de 9 octubre 2007.

8 SSTEDH *Manoussakis c. Grecia* de 29 de septiembre de 1996, *Kalaç c. Turquía*, de 1 julio 1997 *Hoffmann c. Austria* de 26 de mayo de 1993

9 En el mismo sentido y por todas SSTEDH *Sunday Times c. Reino Unido*, de 26 de abril de 1979, *Lingens c. Austria*, de 8 de julio de 1986, *Müller c. Alemania* de 24 de mayo de 1988 y *Oberchlick c. Austria*, de 23 de mayo de 1991.

10 Sobre el control de convencionalidad vide Jimena (2010: 41-74).

11 Vide SSTEDH *Castells* de 23 de abril de 1992 y *Piermont* de 27 de abril de 1995.



no se produzca prácticamente nunca". En el mismo sentido De Meyer (1991:248) afirma que el TEDH fija el objetivo pretendido de "*une manière très laconique*". No olvidemos que los Estados Parte son Estados de Derecho lo que se traduce, en principio, en una presunción *iuris tantum* de que las medidas restrictivas de derechos persiguen una finalidad legítima. Ello no obstante, la cuestión no es en absoluto baladí pues como señala Coussirat-Coustere (1999: 337), al fijar cual es el límite que ha entrado en juego "se escoge el terreno sobre el que la discusión de la necesidad de la injerencia se situará". Pero lo cierto es que, en palabras de De Meyer (1991:249) "en realidad en ningún caso han existido serios problemas en lo que concierne al fin legítimo. Ha sido fácilmente relacionar con uno u otro u otros de los objetivos fijados en el párrafo 2 del artículo 10 CEDH". El propio TEDH lo reconoce expresamente en la importante sentencia SAS c. Francia, de 1 de julio de 2014 en la que, como excepción, analizará detenidamente los límites invocados para prohibir el velo integral. En dicha sentencia manifiesta al respecto que "la práctica del Tribunal es sucinta cuando verifica la existencia de un objetivo legítimo, en el sentido de los segundos párrafos de los artículos 8 a 11 del Convenio"<sup>12</sup>.

El Tribunal ha remarcado en diferentes ocasiones que la definición de estas excepciones ha de ser restrictiva. El Tribunal examinará la cuestión teniendo en cuenta todas las circunstancias obrantes en el caso mediante el método de la ponderación de intereses o *balancing* buscando un justo equilibrio de los intereses en juego. Ello, no obstante, este método se verá empañado por el recurso que el Tribunal hace del margen de apreciación nacional. Así, en la sentencia citada el Tribunal recuerda: "el papel fundamentalmente subsidiario del mecanismo del Convenio. Las autoridades nacionales disfrutan de una legitimidad democrática directa y, así lo ha afirmado el Tribunal en numerosas ocasiones, en principio están en mejor situación que los tribunales internacionales para pronunciarse sobre las necesidades y contextos locales. Cuando son cuestiones de política general lo que está en juego, sobre las que razonablemente pueden existir profundas divergencias en un estado democrático, es necesario conceder una especial importancia al papel de las decisiones nacionales"<sup>13</sup>. Este es el principal obstáculo a la realización de un examen en profundidad de la convencionalidad de la medida restrictiva.

Puede afirmarse que el examen de la aplicación concreta de cada uno de los límites ha sido más fácil para el TEDH cuando los mismos han revestido un carácter objetivo y ello porque el margen de apreciación de las autoridades nacionales no sólo es más reducido sino también porque es más fácilmente fiscalizable por los órganos del CEDH. Por el contrario, cuando se trata de límites como la moral, los sentimientos religiosos o el principio de laicidad, con connotaciones subjetivas e, incluso, emocionales como tiene todo aquello que afecta a la religión, el margen de apreciación dejado a las autoridades nacionales ha sido más amplio por la propia imposibilidad del TEDH de encontrarles un significado europeo común lo que reduce la posibilidad de fiscalización por su parte en la medida en que son las autoridades nacionales las que están en mejor situación a la hora de interpretar el significado de dichos límites en la sociedad de la que forman parte. Sin embargo, a la vista de los casos aquí analizados, en mi opinión, cabe concluir que el Tribunal renuncia a llevar a cabo un control riguroso de convencionalidad con la excusa de la inexistencia de un consenso europeo sobre la cuestión. Si, por un lado, y en palabras del propio Tribunal, ha

12 Párr. 114.

13 Párr. 123.

de tenerse en cuenta "el consenso y los valores comunes que se desprenden de la jurisprudencia de los Estados partes del Convenio" a fin de reforzar el examen de convencionalidad y así reducir el amplio margen el margen discrecional nacional, y por otro, el Tribunal se enroca en este obstáculo/excusa de tal manera que no lleva a cabo un control de convencionalidad exhaustivo, en nada contribuye a crear dicho consenso sobre la cuestión controvertida, lo que, a su vez, impide crear un derecho europeo sobre dicha cuestión y realizar un control de convencionalidad exhaustivo. En definitiva, una retroalimentación negativa que en nada contribuye a que el TEDH sea un instrumento vivo y eficaz de protección de los derechos humanos.

### III. El fundamentalismo islámico

#### 1. La difusión de ideas fundamentalistas

Cabe advertir la evolución de la jurisprudencia del TEDH desde una postura firme en contra de la difusión del fundamentalismo ha derivado hacia otra más tibia y permisiva. En un primer momento, Estrasburgo no toleraba manifestaciones de fundamentalismo religioso por ser contrarias al CEDH y no tener encaje en una sociedad democrática. Ya la ComEDH, en su Decisión sobre el caso Karaduman c. Turquía, de 3 de mayo de 1993, advirtió que el Estado ha de asumir la obligación de velar para que no haya manifestaciones religiosas de corte fundamentalista por lo que son lícitas aquellas restricciones al ejercicio de la libertad religiosa encaminadas a frenarlas. El TEDH también fue muy estricto a la hora de impedir la propagación del fundamentalismo islámico. En la STEDH Kalaç c. Turquía de 1 de julio de 1997, consideró que el pase a la reserva de un alto oficial turco por sus manifestaciones de corte fundamentalista no vulneraba el artículo 9 CEDH. La STEDH Zaoui c. Suiza de 18 de enero de 2001 es otra muestra de la actitud decidida del Tribunal por luchar contra cualquier manifestación del fundamentalismo. En este caso consideró que no vulneraba el artículo 10 CEDH la confiscación por parte de las autoridades suizas de los medios de comunicación de que disponía el demandante con el fin de hacer propaganda de un partido fundamentalista, el *Front Islamique du Salut* (FIS) argelino.

Sin embargo, la evolución posterior de su jurisprudencia merece una valoración negativa al ser más permisivo con este tipo de manifestaciones. En el caso Gündüz c. Turquía, de 4 de diciembre de 2003, se juzgaron las declaraciones del líder de una secta religiosa realizadas en un programa de televisión. Básicamente calificó de "impías" a las instituciones contemporáneas y seculares, criticó violentamente nociones como el secularismo y la democracia e hizo campaña abiertamente a favor de la *sharia* y calificó a los hijos habidos en un matrimonio civil de *piç* (bastardos). Ello, no obstante, en ningún momento defendió la implantación de aquella por métodos violentos, por lo que para el TEDH "no puede ser considerado como "discurso de odio"<sup>14</sup>. Reconoce el TEDH que las ideas eran extremistas pero amparará al demandante al rebajar la gravedad de sus declaraciones con unos argumentos un tanto llamativos: que las declaraciones se habían hecho en un programa de televisión por lo que se expresaron en el marco de un debate pluralista en el que el interesado tomó parte activa, que el carácter extremista de las opiniones del demandante ya eran conocidas y que, en todo

caso, hubo la posibilidad de contrarrestarlas por la intervención de los demás participantes durante el programa en cuestión. En mi opinión el TEDH olvida su propia jurisprudencia muy asentada, por otra parte, que debería haberle llevado a la conclusión opuesta: un proyecto político para ser compatible con el Convenio ha de ser impulsado por métodos democráticos y, además y esto reviste aquí especial importancia, ha de ser en sí mismo compatible con la democracia. Implantar la *sharia* por métodos democráticos no lo hace compatible con el Convenio pues, como el propio Tribunal ha afirmado en el caso *Refah Partisi*, es un ordenamiento jurídico predemocrático e incompatible con la democracia. Llamar despectivamente bastardos a los hijos habidos de matrimonios civiles o de parejas no casadas reviste una gravedad extrema pues estigmatiza a unas personas, en su gran mayoría menores, vulnerables en extremo. Realizarlas en un medio de comunicación no disminuye sino agrava por su difusión la cuestión. Que fueran contrarrestadas por otros participantes no disminuye la gravedad de las afirmaciones vertidas. En definitiva, el discurso del demandante no debería haber sido amparado por el Tribunal.

En *Erbakan c. Turquía*, de 6 de julio de 2006, el TEDH amparó al demandante, ex primer ministro y presidente en el momento de los hechos del *Refah Partisi*, se manifestó en favor de dividir la sociedad en dos grandes grupos: *juste (hak)* e *injuste (batıl)*: Los creyentes debían militar en el *Refah Partisi* y los no creyentes o impíos hacerlo en el resto de partidos. El TEDH reconoció que dichas declaraciones "revelan más una visión de la sociedad estructurada exclusivamente en torno a valores religiosos y, por lo tanto, parecen difíciles de conciliar con el pluralismo que caracteriza a la sociedad actual. Sociedades donde se enfrentan los más diversos grupos. De hecho, usando terminología religiosa, el orador reduce esta diversidad, inherente a cualquier sociedad, a una simple división entre «creyentes» y «no creyentes», y lanza un llamamiento con el objetivo de formar una línea política sobre la base de la afiliación religiosa"<sup>15</sup>. El Tribunal, por otra parte, era concedor de que dichas declaraciones se realizaron en la ciudad de Bingöl, situada en el sureste de Turquía, en el centro de la zona donde eran frecuentes los actos terroristas y base de retaguardia de *Hizbullah*. Las declaraciones del demandante son de especial gravedad, por su contenido (difíciles de conciliar con el pluralismo, en palabras del TEDH), por quien las pronuncia (ex primer ministro y presidente de un partido que defendía un sistema multijurídico o *millet*, la *sharia* y la *yihad* y que por ello fue ilegalizado) y por dónde las pronuncia (zona en la que son frecuentes los atentados terroristas y en la que está presente *Hizbullah*). Se aparta el Tribunal de los criterios fijados en la STEDH *Zana c. Turquía* de 25 de noviembre de 1997 en la que de forma contundente concluyó que las declaraciones de un cargo político, un alcalde en este caso, hechas en una zona donde eran frecuentes los atentados del PDK y ambiguas en la condena al terrorismo no merecían el amparo del CEDH. En el caso analizado, las declaraciones son especialmente graves no solo por atacar las instituciones democráticas y desear su sustitución por las genuinas del país sino por estigmatizar a una parte importante de la población, a todos aquellos que no fueran votantes o simpatizantes de su partido político extremista a los que califica de injustos, impíos o no creyentes. Este discurso, en mi opinión, cae dentro de los parámetros del discurso del odio y, por lo tanto, el TEDH debería haber sido contundente al respecto y concluir que no quedaba bajo la égida del artículo 10 CEDH.

Una calificación positiva merecen, sin embargo, los pronunciamientos del TEDH en los casos *Silay c. Turquía*, de 5 de julio de 2007 y *Güzel c. Turquía*, de

15 Párr. 62.

27 de julio de 2006 en el sentido de que la defensa del uso del velo islámico en ningún caso puede pasar por discurso fundamentalista.

## 2. La disolución de partidos políticos fundamentalistas

Para el Tribunal de Estrasburgo "la democracia política no es sólo una característica fundamental del orden público europeo, sino que el Convenio fue diseñado para promover y mantener los ideales y valores de una sociedad democrática". Ello se traduce en que "la democracia es el único modelo político contemplado en el Convenio y el único compatible con él"<sup>16</sup>. Esta conexión se establece claramente en el Preámbulo del Convenio Europeo de Derechos Humanos en el que los gobiernos signatarios reafirman "su profunda adhesión a estas libertades fundamentales que constituyen las bases mismas de la justicia y de la paz en el mundo, y cuyo mantenimiento reposa esencialmente, de una parte, en un régimen político verdaderamente democrático, y, de otra, en una concepción y un respeto comunes de los derechos humanos por ellos invocados". Por lo tanto, a la luz de lo anterior no cabe ninguna duda de que el CEDH no es neutral ideológicamente hablando. Es más, el propio Convenio es un mecanismo de defensa de la democracia. En este sentido, contiene una cláusula de prohibición del abuso del derecho en términos similares a la Constitución alemana, el artículo 17<sup>17</sup>. De acuerdo con Cohen-Jonathan (1989: 553), este precepto está encaminado a "preservar el libre funcionamiento de las instituciones democráticas, condición necesaria para la aplicación y el respeto de los derechos humanos". Señala en el mismo sentido García Roca (2005: 738) que la filosofía a la que este precepto responde es a "la defensa de la democracia frente a la democracia hasta el suicidio". El TEDH mantiene una postura cercana a la democracia militante alemana (*streitbare Demokratie*). De forma similar al Tribunal Constitucional alemán señalará que, respecto de un proyecto político, para que no sea contrario con el CEDH, sus medios y su proyecto han de ser compatible con la democracia. No es éste el modelo español como se advierte en la Exposición de motivos de la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos<sup>18</sup>.

Para el Tribunal de Estrasburgo el principio democrático es indisponible e intocable, no así otros principios constitucionales, como el de unidad. Los órganos de Estrasburgo se han enfrentado directamente a la cuestión de la compatibilidad o no con el CEDH de las ideologías o proyectos antidemocráticos y su respuesta es clara: no tienen cabida los proyectos que tengan por intención

---

16 Entre otras vide SSTEDH Partido Comunista Unificado de Turquía c. Turquía, de 30 de enero de 1998 (Párr. 24) y Partido Demócrata Cristiano Popular c. Moldavia, de 14 de febrero de 2006 (Párr. 63).

17 "Ninguna de las disposiciones del presente Convenio podrá ser interpretada en el sentido de que implique para un Estado, grupo o individuo, un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el presente Convenio o a limitaciones más amplias de estos derechos o libertades que las previstas en el mismo."

18 Vide STC 48/2003, de 12 de marzo y STS 27 de marzo de 2003. Se señalará en esta última: "nuestra Norma Suprema no haya optado por un sistema de "democracia militante", sino por un sistema extremadamente tolerante, si se quiere "combativamente" tolerante, a favor de todos los postulados políticos" (FJ 1).

instaurar un estado totalitario ya fuera de corte fascista o comunista<sup>19</sup>. Para el TEDH del Convenio deriva para los Estados una obligación de adhesión positiva, de defensa activa de la democracia. Todas las demás cuestiones pueden debatirse pues pertenece a la esencia de la democracia permitir la proposición y discusión de proyectos políticos diversos, incluso los que cuestionan el modo de organización actual de un Estado, siempre y cuando los mismos no supongan un ataque a la democracia<sup>20</sup>.

El TEDH es consciente de la importancia de los partidos políticos en una democracia. "Debido al papel que desempeñan, los partidos políticos, únicas formaciones que pueden acceder al poder, tienen además la capacidad de ejercer una influencia en el conjunto del régimen de su país. Debido a los proyectos de modelo global de sociedad que proponen a los electores y a su capacidad de realizarlos una vez en el poder se distinguen de las demás organizaciones que intervienen en el ámbito político"<sup>21</sup>. Dirá reiteradamente que los partidos políticos representan una forma de asociación esencial para el buen funcionamiento de la democracia por lo que cualquier medida adoptada contra ellos afecta tanto a la libertad de asociación como al estado de la democracia en el país en cuestión<sup>22</sup>. En este sentido, señalará que para que la disolución de una formación política, la negativa a inscribirla, la prohibición de presentarse a unas elecciones o la anulación de candidaturas respondan a una "necesidad social imperiosa" deberá principalmente indagarse: i) si existen indicios de que el riesgo de atentado contra la democracia es suficiente y razonablemente próximo; ii) si los actos y discursos de los dirigentes tomados en consideración en el marco del asunto son imputables al partido en cuestión; iii) si los actos y los discursos imputables al partido político constituyen un conjunto que da una imagen clara de un modelo de sociedad concebido y defendido por el partido y que estaría en contradicción con el concepto de "sociedad democrática". Es plenamente legal que un partido político defienda el mismo proyecto que un grupo terrorista si este proyecto en sí mismo no atenta contra la democracia. Es más, el Tribunal de Estrasburgo considerará de vital importancia posibilitar esta situación a fin de que los terroristas no monopolicen la defensa de dicho proyecto y consigan, de esta manera, el respaldo de los ciudadanos partidarios del mismo<sup>23</sup>. Por otra parte, el TEDH es consciente de que los objetivos o las actividades antidemocráticos no se especifican por escrito ni en los estatutos ni en los programas políticos, de ahí que, en la mayoría de los casos, habrá que esperar a que el partido y sus dirigentes desplieguen su actividad<sup>24</sup>.

19 Entre otras, las Decisiones de Inadmisibilidad de la ComEDH Partido Comunista de Alemania c. Alemania, de 20 de julio de 1957, W. y K. c. Austria, de 12 de octubre de 1989 o Nationaldemokratische Partei Deutschlands c. Alemania, de 29 de noviembre de 1995; la STEDH Zdanoka c. Letonia de 16 de marzo de 2006.

20 STEDH Partido Socialista Turco c. Turquía, de 25 de mayo de 1998, Párr. 47. Vide, igualmente y por todas, SSTEDH Refah Partisi c. Turquía, de 31 de julio de 2001; Partido del Trabajo del Pueblo (HEP) c. Turquía 9 de abril de 2002; y Organización Macedonia Unida Ilinden-PIRIN y otros c. Bulgaria de 20 octubre 2005.

21 STEDH Refah Partisi c. Turquía, de 13 de febrero de 2003, Párr. 87.

22 STEDH Partido Comunista Unificado c. Turquía, de 30 de enero de 1998 (Párr. 25)

23 Vide, entre otras, SSTEDH Yazar, Barats, Askoy y Partido del Trabajo del Pueblo (HEP) c. Turquía, de 9 de julio del 2002, y Herri Batasuna, Batasuna y Euskal Herritarrok c. España, de 30 de junio de 2009.

24 Entre otras, vide SSTEDH Partido Comunista Unificado de Turquía c. Turquía, de 30 de enero de 1998 y Partidul Comunistilor (Nepeceristi) y Ungureanu c. Rumania ("PCN"), de 3 febrero 2005.



Sentado lo anterior, cabe detenerse en el caso Refah Partisi (sentencia de 31 de julio del 2001<sup>25</sup>, posteriormente confirmada por la sentencia de la Gran Sala, de 13 de febrero del 2003). El 28 de junio de 1996, el RP accedió al poder formando un gobierno de coalición con el Partido de Dogru Yol (Partido de la Vía Justa). El Tribunal Constitucional turco por sentencia de 9 de enero de 1988 ilegalizó y disolvió el RP en base a que éste se había convertido en "centro de actividades contrarias al principio de laicidad". Fueron básicamente tres los argumentos en los que el Tribunal basó su decisión: primero, la defensa que hace el partido en cuestión de un sistema multijurídico que establecía una distinción entre los ciudadanos en función de su religión y de sus creencias y contemplaba la instauración de un régimen teocrático en lugar del orden jurídico único, y destruir así la unidad legislativa y judicial, las condiciones de laicidad y el sentimiento nacional; segundo, la instauración de un régimen basado en la *sharia*; tercero el recurso a la guerra santa (*yihad*). Para el Tribunal de Estrasburgo dicho sistema multijurídico es incompatible con el Convenio por dos razones: La primera porque "suprime el papel del Estado como garante de los derechos y las libertades individuales y organizador imparcial del ejercicio de las diversas convicciones y religiones en una sociedad democrática, ya que obligaría a los individuos a obedecer, no a las normas establecidas por el Estado en el cumplimiento de sus funciones (...), sino a normas estáticas de Derecho impuestas por la religión correspondiente". La segunda porque "tal sistema infringiría indudablemente el principio de la no discriminación de los individuos en su goce de las libertades públicas, que constituye uno de los principios fundamentales de la democracia. En efecto, una diferencia de trato entre los justiciables en todos los campos del Derecho público y privado según su religión o su convicción no tiene ninguna justificación a la vista del Convenio, y principalmente a la vista de su artículo 14 que prohíbe las discriminaciones"<sup>26</sup>.

En cuanto a la intención de establecer un régimen inspirado en la *sharia*, el TEDH, haciendo suyos los argumentos del Tribunal Constitucional turco, afirma de forma inequívoca que un régimen tal es incompatible con los principios de la democracia. La *sharia*, al reflejar fielmente los dogmas y las normas divinas dictadas por la religión, presenta un carácter estable e invariable. Le son extraños principios como el pluralismo en la participación política o la evolución incesante de las libertades públicas<sup>27</sup>. El Tribunal es contundente a la hora de declarar la *sharia* incompatible con los derechos humanos, entre otras razones, por el papel que reserva a las mujeres: "Es difícil a la vez declararse respetuoso de la democracia y de los derechos humanos y apoyar un régimen basado en la *sharia*, que se desmarca claramente de los valores del Convenio, principalmente con respecto a sus normas de Derecho penal y de procedimiento penal, al lugar que reserva a las mujeres en el orden jurídico y a su intervención en todos los campos de la vida privada y pública conforme a las normas religiosas"<sup>28</sup>. Por lo que respecta las referencias a la *yihad* y a la guerra santa<sup>29</sup>, el TEDH se manifiesta radicalmente en contra pues ningún proyecto que recurre a métodos violentos para su implantación es compatible con el Convenio.

---

25 Vide García (2002: 295-334).

26 STEDH Refah Partisi c. Turquía, de 13 de febrero de 2003, Párr. 119.

27 Idem, Párr. 120.

28 Idem, Párr. 120.

29 La *Yihad* y la guerra santa, no son términos exactos, pues la *Yihad* hace referencia de forma más amplia al esfuerzo que todo creyente ha de hacer para propagar y defender la fe, incluyendo, pero no agotando, la Guerra Santa como método político.



En definitiva, intentar imponer un sistema multijurídico (*millet*), la ley musulmana (*sharia*) y la guerra santa (*yihad*) es incompatible con la democracia por lo que su ilegalización no violentaba el CEDH.

#### IV. La crítica a elementos sagrados del islam

¿Qué sucede si lo atacado son los fundamentos sagrados de la religión musulmana? Es consolidada jurisprudencia del TEDH que la libertad de expresión ampara las opiniones favorables o inocuas y también las que chocan, molestan e inquietan. Por ello, los practicantes de una religión han de soportar que se critique a ésta. Así afirmará en el caso E.S. c. Austria, de 23 de octubre de 2018 que "un grupo religioso debe tolerar y aceptar la negación por otras personas de sus creencias religiosas e incluso la divulgación por terceros de doctrinas hostiles a su fe, en la medida en que las declaraciones en cuestión no inciten al odio o a la intolerancia religiosa"<sup>30</sup>. Pero, ¿Hasta qué punto? El Tribunal, una vez más, se escuda en que no existe sobre la cuestión de la crítica a los dogmas religiosos un consenso europeo por lo que deja un amplio margen de discrecionalidad a cada uno de los estados. Además, suma otro límite: la libertad de expresión encuentra aquí su límite en la necesidad del estado de "asegurar la paz religiosa". Por razones de todos conocidos hay una fuerte sensibilidad en Europa por evitar toda crítica al islam y a sus elementos sagrados. La demandante, que se consideraba experta y que impartía seminarios sobre esta religión, criticó en el transcurso de uno de ellos la figura del Mahoma afirmando que no era un hombre perfecto pues era un hombre de guerra que se casó con una niña de seis años conectando este hecho con la pedofilia<sup>31</sup>. Para los tribunales austriacos y también para el TEDH estas "declaraciones se basaban parcialmente en hechos falsos y susceptibles de provocar una indignación (justificada) en otras personas"<sup>32</sup>. Lo que dificultada que el Estado pudiera cumplir con su obligación de asegurar "la coexistencia pacífica de las comunidades confesionales y aconfesionales y particulares"<sup>33</sup>. Es de destacar el giro restrictivo que el TEDH da aquí al término tolerancia. Afirma que criticar objetos de culto religioso de forma provocativa susceptibles de herir los sentimientos de los partidarios de esa religión podía concebirse como una vulneración maliciosa del espíritu de tolerancia, que es uno de los fundamentos de una sociedad democrática"<sup>34</sup>. Como se ha señalado, la libertad de expresión abarca también las expresiones que incomodan u ofenden siempre y cuando ello se lleve a cabo dentro de los límites permitidos, especialmente que se pronuncien con relación a asuntos de interés público pues

30 Párr. 52.

31 Extracto de las declaraciones de la demandante: "Uno de los grandes problemas que tenemos hoy en día es que Mahoma es visto como el hombre ideal, el perfecto ser humano, el musulmán perfecto (...). Esto no sucede de acuerdo con nuestras normas y leyes sociales. Porque era un señor de la guerra, tenía muchas mujeres, por decirlo de alguna manera, y le gustaba hacerlo con niños. Y según nuestras normas no era un ser humano perfecto. Hoy tenemos enormes problemas con eso porque los musulmanes entran en conflicto con la democracia y con nuestro sistema de valores... 2. Las colecciones de hadiz más importantes reconocidas por todas las escuelas de derecho: la más importante es el Sahih Al-Bukhari. (...) Y por desgracia en el Al-Bukhari también está escrito el asunto con Aisha y las relaciones sexuales con menores... (...) ¿Uno de 56 años y una de 6? ¿Cómo lo llamarías? Ponme un ejemplo. ¿Cómo lo llamamos si no es pedofilia?".

32 Párr. 53.

33 Párr. 53.

34 Párr. 53.

así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura sin los cuales no existe sociedad democrática<sup>35</sup>, que la crítica sobre cuestiones y/o personajes públicos es muy amplia y que ésta permite cierta dosis de exageración e incluso de provocación<sup>36</sup>. Por el contrario, el TEDH no ampara las críticas exacerbadas carentes de toda base fáctica<sup>37</sup>.

En este caso en ningún momento afirma que no existiera base fáctica alguna, sino que las afirmaciones de la demandante se basaban *en parte* en hechos falsos, y ello porque asimilaba los matrimonios con menores y pedofilia. Reconoce, por tanto, de forma implícita cierta base fáctica: era cierto que Mahoma contrajo matrimonio a los 56 años con Aisha de 6 años y que consumó el matrimonio cuando ella tenía 9 años. Ello, no obstante, tribunales austriacos y TEDH consideran que estos hechos no pueden ser calificados de pedofilia ni relacionados con ella por lo que esta expresión pasa por insultante. Sin embargo, de acuerdo con la STEDH Otto-Preminger-Institut c. Austria, de 20 de septiembre de 1994 merecen el calificativo de insulto todas aquellas expresiones "que sean gratuitamente ofensivas para otros y que, por ello, constituyen un atentado a sus derechos y que, sin embargo, no contribuye a ningún tipo de debate en público..."<sup>38</sup>. La cuestión es si la afirmación realizada se refería o no a un personaje público, si carecía o no de cierta base fáctica y si estaba o no totalmente desconectada del debate público. Se ha de tolerar aquello que nos molesta, choque o inquiete. Han de ser los tribunales, en todo caso, los que fijen el umbral de tolerancia. En E.S. c. Austria, la tolerancia sufre una mutación. Aquí es utilizada como límite a la libertad de expresión y no como valor que permite un amplio ejercicio del derecho: para preservar la tolerancia no hay que tolerar expresiones que molesten a una parte de la población. El TEDH habla de contexto social y de preservar la paz religiosa y hoy por hoy no tiene las mismas consecuencias sociales atacar al cristianismo que al islam, lo que parece tener sus efectos en la jurisprudencia. Sin embargo, ello no debería conducir a la creación *de facto* de una doble vara de medir según qué confesión religiosa es la atacada.

Controvertida es la Decisión de inadmisibilidad Mahi c. Bélgica de 7 de julio de 2020. El TEDH no amparó al demandante, profesor de religión islámica en Bélgica sancionado por una carta dirigida a los medios en la que se pronunciaba ante los ataques a *Charlie Hebdo*. Denunciando "las vejaciones realizadas en nombre del Islam" defendiendo "una ley contra la blasfemia" y considerando que "cualquier escarnio que no tenga en cuenta las sensibilidades y las reglas del civismo, y que pretende ofender a cualquiera burlándose de él, por el solo hecho de gozar del derecho, (...) hace de la libertad de expresión un abuso". Sancionado con un traslado de centro el TEDH inadmite la demanda del profe-

35 Vide, por todas, SSTEDH Handyside c. Reino Unido, de 7 de diciembre de 1976 y Lingens c. Austria de 8 de julio de 1986.

36 Vide, por todas, SSTEDH Prager et Oberschlick c. Austria, de 26 de abril de 1995 y De Haes et Gijssels c. Bélgica, de 24 de febrero de 1997.

37 Vide, por todas, SSTEDH De Haes y Gijssels c. Bélgica, de 24 de febrero de 1997, Barfod c. Dinamarca, de 22 de febrero de 1989, Thorgeir Thorgerison c. Islandia, de 25 de junio de 1992 y Schwabe c. Austria, de 28 de agosto de 1992.

38 Párr. 49. Vide igualmente la STEDH Fuentes Bobo c. España de 29 de febrero de 2000, en la que el TEDH coincidirá con el Tribunal Constitucional español en el sentido de que la libertad de expresión no protege un hipotético derecho al insulto. Y es que el Tribunal Constitucional admite que en el ejercicio de estas libertades puedan utilizarse expresiones molestas o hirientes, que pueden ser merecedoras de amparo siempre y cuando se enmarquen en un debate público, no sean proferidas de forma gratuita, fuera de contexto y desconectadas de la cuestión central objeto de la opinión o información. Por todas, SSTC 165/1987, de 27 de octubre, 105/1990, de 6 de junio, 171/1990, de 12 de noviembre.

sor por vulneración de su libertad de expresión. El caso tiene suficiente trascendencia como para haberse admitido y permitir así un examen sobre el fondo. Inadmitir porque la sanción a la libertad de expresión se considera sin género de dudas adecuada al Convenio me parece equivocado. Si la libertad de expresión ampara las caricaturas de Mahoma realizadas por este medio de comunicación también debe amparar las críticas que se hagan a ese medio por dicho hecho, aunque moleste, choquen o inquieten. De lo contrario, la tolerancia funciona solo en un sentido.

Pero ¿qué consecuencias tiene esta jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo? Si el TEDH se refugia en dejar un amplio margen de apreciación nacional reduciendo el control de convencionalidad no impulsará la creación de un consenso europeo sobre este punto. Poco se ha avanzado en esa línea desde la sentencia *Handyside*, de 7 de diciembre de 1976<sup>39</sup>. Sin embargo, esta actitud ha terminado por convertir los sentimientos religiosos y la moral en un límite fuerte a la libertad de expresión. Escudarse en el margen de apreciación nacional puede llevar a conclusiones totalmente dispares según el país demandado pero aun admitiendo que dicho margen es amplio, las reglas en cada estado deberían ser las mismas independientemente de la religión atacada.

En España los sentimientos religiosos se han erigido como un límite muy débil, casi inexistente, frente a la libertad de expresión cuando los sentimientos religiosos atacados han sido los cristianos. Obligado es traer a colación, por ejemplo, la sentencia de 16 de diciembre de 2016 de la Audiencia Provincial de Madrid. Los hechos son de sobra conocidos: varias mujeres irrumpieron en la capilla del Campus de Somosaguas de la Universidad Complutense portando imágenes del Papa con una esvástica y desnudándose de cintura para arriba al tiempo que tras leer un manifiesto muy crítico contra la iglesia profirieron consignas tales como "Vamos a quemar la conferencia episcopal", "menos rosarios y más bolas chinas", "contra el Vaticano poder clitoriano", "sacad vuestros rosarios de nuestros ovarios". Para la Audiencia Provincial "en ciertos ámbitos este acto puede ser valorado como claramente irrespetuoso". Ello, no obstante, y a pesar de mostrar su rechazo hacia ese tipo de conductas concluye afirmando que han de ser toleradas en una sociedad democrática. Introduce en apoyo de su tesis un último argumento: "Para acabar de explicar de un modo práctico la posición de los integrantes de esta Sala, imaginemos que un grupo de mujeres accede a una mezquita en un país de tradición musulmana en el momento en el que no se desarrolla ningún rito religioso y lo hacen desprovistas del correspondiente velo, para a continuación leer un comunicado criticando la actitud de ciertos imanes en relación a la posición de la mujer, siendo penalmente perseguidas por su acción. Sin duda, para quienes profesan el islam, el acceso a una mezquita de una mujer sin velo o sin cubrirse las piernas, puede constituir un atentado a sus normas tanto como para algún católico hacerlo desnudo en una iglesia, si bien tales hábitos o conductas, desde luego reprochables, difícilmente pueden ser calificadas dentro de un sistema democrático como constitutivas de un delito de ofensa a los sentimientos religiosos."<sup>40</sup>. Esto supondría tratar estas

39 En la que el Tribunal afirmaba que "no se puede encontrar en el derecho interno de los Estados contratantes una moción uniforme de la moral" (Parf. 48). Vide igualmente SSTEDH Müller c. Alemania, de 24 de mayo de 1999, Otto-[Preminger-Institut c. Austria, de 20 de septiembre de 1994](#) [Wingrove c. Reino Unido, de 25 de noviembre de 1996](#)

40 Vide igualmente sentencia del juzgado de lo penal Nº 26 Madrid 20/2020, de 21 de febrero, confirmada por sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 452/2020, de 5 de noviembre de 2020 en las que absuelve a un conocido actor del delito contra los sentimientos religiosos (artículo 525 CP) por expresiones tales como: "Me cago en la Virgen del Pilar" y "Yo me cago

cuestiones independientemente de cuál fuera la religión atacada. Pero ¿esto es realmente así? El contexto político-social influye y ello se traduce en que se protegen más los sentimientos musulmanes que los cristianos. Si estos casos españoles llegaran a Estrasburgo y el TEDH se refugiase, una vez más, en el amplio margen de apreciación nacional de forma paradójica estaría convirtiendo los sentimientos religiosos en un límite débil frente a la libertad de expresión. Decisiones diametralmente opuestas según el país y la religión ofendida.

## V. La adecuación de costumbres y prácticas religiosas al CEDH

Como se desprende expresamente del artículo 9 CEDH, la libertad religiosa abarca el derecho a manifestar en público dichas convicciones mediante ritos o prácticas<sup>41</sup>. Ello, no obstante, este derecho no es un derecho absoluto, sino que el propio precepto en su segundo párrafo establece una serie de límites a tales manifestaciones. Ya de forma temprana la ComEDH en su Decisión *Arrowsmith c. Reino Unido* de 16 de mayo de 1977 y, posteriormente, en su Decisión *Karaduman c. Turquía*, de 3 de mayo de 1993, advirtió que el artículo 9 no ampara cualquier tipo de acto o comportamiento realizado en público. En concreto, el término prácticas no ampara no importa qué tipo de acto motivado o inspirado por una religión o una convicción<sup>42</sup>.

### 1. Los signos religiosos en el espacio público. El velo islámico y el crucifijo y la paradoja de aplicar de forma amplia el margen de apreciación nacional

Es, sin duda, el velo una cuestión polémica que no pierde actualidad<sup>43</sup>. Estrasburgo ha resuelto un importante número de casos creando una jurisprudencia titubeante e, incluso, contradictoria pues ha llegado a afirmar que esta prenda es signo de discriminación pero también de libertad religiosa. Ha sido más riguroso con el *foulard* que con el velo integral. La jurisprudencia sobre esta prenda ha venido marcada por el límite invocado.

#### 1.1. Laicidad y velo

De acuerdo con el TEDH, sentencia *Ebrahimian c. Francia*, de 26 de noviembre de 2015, "el principio de laicidad-neutralidad constituye la expresión de una regla de la organización de las relaciones entre el Estado y las religiones, que implica su imparcialidad hacia todas las creencias religiosas en el respeto del pluralismo y la diversidad"<sup>44</sup>. Cuando entra en juego este principio, el margen de apreciación nacional será especialmente amplio. Así lo afirma el Tribunal en esta misma sentencia: "cuando están en juego cuestiones sobre la relación entre el Estado y las religiones, donde razonablemente pueden existir profundas divergencias de opinión en una sociedad democrática, procede conceder especial importancia al papel del juez nacional"<sup>45</sup>. Ello ha conllevado, como se ha dicho anteriormente, un control de convencionalidad superficial que se ha traducido

en dios y me sobra mierda para cagarme en el dogma de la santidad y virginidad de la Virgen María".

41 Al respecto vide Garrido (2023: 81-115).

42 Párr. 67.

43 Vide sobre esta cuestión y por todos: Martínez-Torrón (2009), Motilla, (2009), Aláez (2011: 483-520), Piccione (2019) y Faggiani (2020).

44 Parf. 67.

45 Párr. 56.

en una jurisprudencia muy rigurosa hacia el uso de esta prenda. El principio de laicidad no está explicitado en el segundo párrafo del artículo 9 como uno de los límites a la libertad religiosa. El TEDH, sin embargo, lo subsume en la protección del orden y de los derechos y libertades ajenos.

Por sentar las bases de la jurisprudencia de Estrasburgo cuando esta prenda entra en conflicto con el principio de laicidad, obligado es traer a colación en primer lugar la Decisión de la ComEDH sobre el caso Karaduman c. Turquía de 3 de mayo de 1993<sup>46</sup>, en la que los intereses legítimos invocados para prohibir esta prenda fueron el principio de laicidad y el derecho de las mujeres que no desean llevar el velo a no ser presionadas por ello. Este caso tiene su origen en la negativa de las autoridades turcas a aceptar una fotografía de la demandante con el objeto de expedirle un certificado provisional de haber concluido sus estudios universitarios en una universidad pública y laica por la razón de que en dicha fotografía aparecía la demandante con un foulard en la cabeza, circunstancia que estaba prohibida por la legislación turca. Ante la alegación de la demandante de que ello vulneraba su libertad religiosa, la ComEDH da por buena las explicaciones del Estado turco en el sentido de que tal medida tenía como objeto defender el principio de laicidad del estado. Hay que tener en cuenta que el propio Tribunal Constitucional turco había declarado por sentencia de 7 de marzo de 1989 inconstitucional una ley que permitía el uso del *foulard* en los centros de enseñanza superior en la medida que ello atacaba el principio de laicidad. Argumenta la ComEDH que en un país en la que la gran mayoría de la población profesa una religión determinada, la manifestación de ritos y de símbolos de esta religión, sin restricción de lugar o forma, puede constituir una presión sobre los estudiantes que no la practican, especialmente por grupos fundamentalistas: "las universidades laicas, en el momento en que establecen reglas disciplinarias con relación a la vestimenta de los estudiantes, han de velar para que ciertas corrientes fundamentalistas religiosas no enturbien el orden público en la enseñanza superior y no ataquen las creencias ajenas".

Esta doctrina será seguida por el TEDH en el caso Leyla Sahin c. Turquía, sentencia de Sala de 29 de junio de 2004 y de la Gran Sala, de 10 de noviembre de 2005<sup>47</sup>. Los hechos son similares al caso Karaduman<sup>48</sup>. Concluye el Tribunal que en un contexto como es una universidad pública y laica en el estado turco en el que el principio de laicidad es uno de los pilares básicos sobre los que se asienta su Constitución, en el que se enseñan y aplican en la práctica "los valores de pluralismo, respeto a los derechos ajenos y, en particular, de igualdad de hombres y mujeres ante la ley"<sup>49</sup>, la prohibición de llevar esta prenda en las universidades públicas para el Tribunal pasa por necesaria y proporcional a fin de preservar dicho principio. Comparto el parecer de la jueza F. Tulkens manifestado en su opinión discrepante en el sentido de que el TEDH se muestra muy crítico al uso de esta prenda y así pone de manifiesto que mientras el TEDH considera adecuado al Convenio la prohibición del velo aunque no se constate que portar el velo hubiese sido ostentoso o agresivo o que hubiera constituido un acto de presión, provocación, proselitismo o propaganda que perjudique o sea probable que dañe las creencias de los demás ni se ha probado que con ello se perturbara la

46 Vide igualmente la Decisión sobre el caso Burut de 3 de mayo de 1993 que trata un caso similar.

47 Vide sobre este caso Relaño (2005: 213-240).

48 Vide también Decisión de inadmisibilidad Kurtulmuş c. Turquía, de 24 de enero de 2008, sobre la prohibición de llevar puesto el velo impuesta a una profesora de la Universidad de Estambul.

49 Parf. 116.



vida docente o universitaria o que causara algún desorden, en cambio, en *Gündüz c. Turquía* el Tribunal consideró contrario a la libertad de expresión el hecho de que un líder religioso musulmán hubiera sido condenado por haber criticado violentamente el régimen laico de Turquía, exigiendo la introducción de la *sharia* y calificando de "bastardos" los hijos nacidos de uniones consagradas por las únicas autoridades seculares. "Así, la manifestación de una religión mediante el uso pacífico de un velo puede prohibirse mientras que, en el mismo contexto, los comentarios que podrían entenderse como incitación al odio religioso están cubiertos por la libertad de expresión".

También en los casos contra Francia el principio de laicidad ha sido uno de los límites, el principal, invocado ante esta manifestación de la libertad religiosa. En el caso *Ebrahimian c. Francia*, de 26 noviembre 2015, a la demandante, trabajadora social de un hospital público, no se le renovó su contrato por negarse a quitarse el velo durante su jornada laboral. En este caso, el Tribunal presta especial atención a que nos encontramos en Francia, país en el que el principio de laicidad es básico. De esta manera, señala que "la demandante se enfrentó al principio de laicidad en el sentido del artículo 1 de la Constitución francesa, y al principio de neutralidad de los servicios públicos, a causa de la necesidad de garantizar la igualdad de trato a los usuarios del establecimiento público que le empleaba y que exigía, fueran las que fueran sus creencias religiosas y su género, que se ciñera al estricto deber de neutralidad en el desempeño de sus funciones"<sup>50</sup> y que Francia había legislado prohibiendo llevar puesto símbolos religiosos en los espacios públicos, aunque había experimentado una conciliación entre el principio de neutralidad de los poderes públicos y la libertad religiosa, determinando el equilibrio que debe ponderar el Estado entre los intereses públicos y privados concurrentes o entre los diferentes derechos protegidos por el Convenio. Se trata de una empleada pública en un hospital público que atendía al público. En este contexto la prohibición de llevar un símbolo religioso de forma "ostentosa" como el *hijab* no vulneró, a juicio del Tribunal, el artículo 9 CEDH. Ante una persona que portara esa prenda en el ejercicio de sus funciones en un servicio público, los ciudadanos podían sentirse coartados en su libertad religiosa en su vertiente negativa (derecho a uno profesar ninguna creencia religiosa) "en un contexto de vulnerabilidad de los usuarios del servicio público". El Tribunal estimó que la injerencia en causa perseguía en esencia el legítimo objetivo de proteger los derechos y libertades de los demás. "En el presente asunto, se trataba de preservar el respeto de todos los credos religiosos y orientaciones espirituales de los pacientes, usuarios del servicio público y destinatarios de la exigencia de neutralidad impuesta a la demandante, garantizándoles una estricta igualdad. Asimismo, el objetivo era el de velar por que estos usuarios se beneficiaran de una igualdad de trato sin distinción de religión"<sup>51</sup>.

---

50 Párr. 63.

51 Parf. 53. Vide el caso *Ahmet Arslan et otros c. Turquía*, de 23 febrero 2010, en el que los demandantes, meros particulares fueron sancionados por llevar por la calle determinadas prendas, siendo la más destacada un turbante. En su evaluación de las circunstancias de la causa, el TEDH tuvo en cuenta, en primer lugar, que los demandantes eran simples ciudadanos que no ejercían ningún cargo público y que los demandantes fueron sancionados por llevar la indumentaria en lugares públicos abiertos a todos, tales como vías o plazas públicas. Dicha prenda no pasaba por una amenaza para el orden público ni fue utilizada como modo de ejercer proselitismo o presión sobre otras personas por lo que la preeminencia del principio de laicidad por la que se habían inclinado los tribunales turcos frente a la libertad religiosa de los demandantes vulneraba el artículo 9 CEDH. El caso guarda similitud con los expuestos y con *SAV c. Francia* que se examinará a continuación. Aquí se ampara a los hombres que deambulan por el espacio público, calles no centros oficiales, con una prenda con connotaciones religiosas.

Se ha señalado que el principio de laicidad juega un papel determinante a la hora de inclinar la balanza en favor de la injerencia en la libertad religiosa entre otras cosas porque el TEDH renuncia a hacer un exhaustivo control de convencionalidad amparándose en que esta cuestión demanda un amplio margen de apreciación nacional. Paradójicamente esta postura ha llevado a una solución diametralmente opuesta a la descrita en el caso de los crucifijos en las escuelas públicas. En el caso *Lautsi c. Italia* de 3 de noviembre de 2009 en la que la cuestión controvertida era si la presencia de crucifijos en los centros escolares atentaba contra la libertad religiosa de padres no creyentes, el Tribunal llevó a cabo de forma rigurosa un examen de convencionalidad de la medida partiendo de la base de que, en materia religiosa, "el deber de neutralidad e imparcialidad del Estado es incompatible con cualquier facultad de apreciación por parte de éste en cuanto a la legitimidad de las convicciones religiosas o sus modalidades de expresión. En el contexto de la enseñanza, la neutralidad debería garantizar el pluralismo"<sup>52</sup> de lo que deriva "la obligación para el Estado de abstenerse de imponer, ni siquiera indirectamente, unas creencias, en los lugares donde las personas dependen de él o incluso en los lugares donde éstas son particularmente vulnerables. La escolarización de los niños representa un sector particularmente sensible toda vez que, en este caso, la facultad de coaccionar del Estado se impone a unas mentes que todavía carecen (según el grado de madurez del niño) de capacidad crítica que permita distanciarse del mensaje que se colige de una elección preferente manifestada por el Estado en materia religiosa"<sup>53</sup>. Aplica el mismo calificativo al crucifijo que al velo islámico: *signe extérieur fort* religioso, y reconoce que su presencia en las aulas "puede ser emocionalmente perturbador para los alumnos de otras religiones o para aquellos que no profesan ninguna", por lo que en definitiva, este símbolo religioso vulnera el derecho de los padres a educar a sus hijos según sus convicciones y el derecho de los niños escolarizados a creer o no creer a la par que incumple el deber del Estado de respetar la neutralidad en el ejercicio de la función pública, en particular en el ámbito de la educación. Sin embargo, en la sentencia de la Gran Sala de 18 de marzo de 2011 cambiará diametralmente de criterio. Para el Tribunal, dicha exposición no vulnera ningún derecho del demandante. Para llegar a esta conclusión se escuda una vez más en la inexistencia de un consenso europeo y en el amplio margen de apreciación del que gozan los estados en estos casos ("la opción de la presencia del crucifijo en las aulas de los colegios públicos compete, en principio, al margen de apreciación del Estado demandado"<sup>54</sup>) lo que le permite, acudiendo a su propia jurisprudencia<sup>55</sup>, no llevar a cabo un exhaustivo control de convencionalidad. Es difícil compaginar este razonamiento con el caso *Dahlab* si no es asumiendo que el islam no forma parte del acervo común europeo y que el velo islámico es visto con mucha reticencia por el TEDH.

La conclusión a la que se puede llegar tras lo expuesto es que dejar en estas cuestiones un amplio margen de apreciación a los estados beneficia a la religión cristiana y perjudica a la musulmana y ello porque mientras que las autoridades nacionales ven a los elementos cristianos como parte integrante de su cultura, los elementos musulmanes son percibidos como algo extraño a ella. Lo que genera una clara desigualdad entre ambas confesiones.

52 Párr. 47.

53 Párr. 48.

54 Párr. 69.

55 Especialmente *Folgero y otros c. Noruega*, de 29 junio 2007 y *Zengin Hasan e Eylem c. Turquía*, de 9 octubre 2007.

## 1.2 Derechos de los menores y principio de igualdad y no discriminación

Especial trascendencia tiene la Decisión de inadmisibilidad Dahlab c. Suiza de 15 de febrero de 2001, por la dureza de sus afirmaciones muy contrarias a esta prenda y que no aparecen en la jurisprudencia posterior del Tribunal. La prohibición de llevar esta prenda se basará en el respeto al principio de igualdad y no discriminación, en la protección de los derechos ajenos, en este caso los de los menores escolarizados y, de forma genérica y con escasa, por no decir nula, motivación, la seguridad y el orden público. El límite que realmente entra en juego será la protección de los menores. Considera el TEDH que el velo es un *signe extérieur fort* del ejercicio de la libertad religiosa. A la demandante, maestra de profesión, se le prohibió llevar esta prenda durante las clases en un colegio público y laico. A pesar de quedar constatado que la demandante había llevado dicha prenda durante tres años sin producirse ninguna queja de los padres y que en ningún momento había intentado labor alguna de proselitismo, el TEDH concluyó que dicha prohibición no vulneraba la libertad religiosa de aquélla pues habida cuenta que la edad de los alumnos se situaba en una franja entre los cuatro y ocho años, edades en la que los niños y niñas sienten gran curiosidad y son fácilmente influenciables, el uso del velo podía tener algún efecto proselitista. El TEDH hace especial hincapié en el significado de dicha prenda. Así afirma que parece estar impuesta a las mujeres por preceptos de El Corán, prescripción "difícilmente conciliable con el principio de igualdad de sexos". Para el TEDH, en definitiva, "es difícil conciliar llevar el *foulard* islámico con el mensaje de tolerancia, de respeto ajeno y, especialmente, de igualdad y no discriminación que en una democracia todo maestro ha de transmitir a sus alumnos". Afirmación especialmente dura pues criminaliza una prenda que es llevada por un gran número de mujeres y que es realizada no en una sentencia sobre el fondo del asunto sino en una decisión de inadmisibilidad en la que el examen es básicamente preliminar y la resolución escasamente motivada<sup>56</sup>.

## 1.3 La autoridad y la imparcialidad del Poder Judicial

Cuando lo invocado es otro límite distinto del principio de laicidad, el control del TEDH es mucho más concienzudo. Este es el caso Lachiri c. Bélgica de 17 de junio de 2008. El TEDH falló a favor de la demandante al considerar vulnerada su libertad de expresión religiosa por el hecho de ser expulsada de la sala de un tribunal por negarse a quitarse su hijab de la cabeza. El TEDH tuvo en cuenta que la demandante era una particular, que no ejercía ninguna función pública y que

---

56 Vide en este sentido la opinión discrepante de la Juez Tulkens en la sentencia de la Gran Sala Leyla Sahin c. Turquía de 10 de noviembre de 2005, totalmente contraria a esta jurisprudencia: "La sentencia de la Gran Sala se refiere aquí a la citada sentencia *Dahlab*, repitiendo la parte de la motivación de dicha sentencia que es más discutible en mi opinión, a saber, que el uso del velo es un 'fuerte signo externo', un símbolo que "parece ser impuesto a las mujeres por un precepto religioso difícilmente conciliable con el principio de igualdad de género" y que esta práctica es difícilmente "conciliable (... ) con el mensaje de tolerancia, respeto por los demás y especialmente igualdad y no discriminación que, en democracia, todo maestro debe transmitir a sus alumnos" (párrafo 111 *in fine* de la sentencia).

No le corresponde a la Corte hacer tal valoración, en este caso unilateral y negativa, de una religión y de una práctica religiosa, como tampoco le corresponde interpretar, de manera general y abstracta, el significado de llevar velo o imponer su punto de vista al solicitante. Esta —quien es una mujer adulta joven y académica— argumentó que ella usó libremente el velo y nada contradice esta afirmación. A este respecto, me resulta difícil ver cómo el principio de igualdad entre los sexos puede justificar la prohibición impuesta a una mujer de adoptar una conducta a la que, sin prueba en contrario, consiente libremente".

la prenda no era irrespetuosa con el órgano judicial ni perturbadora del correcto desarrollo del proceso judicial.

#### 1.4. El Caso S.A.S. c. Francia. El velo integral

Un análisis individualizado por su trascendencia merece el Caso S.A.S. c. Francia, de 1 julio 2014 en el que se aborda el uso en el espacio público de un velo integral (burka y niqab) (Gajardo, 2015: 769-783). El Tribunal analizará la adecuación al CEDH de la Ley núm. 2010-1192, de 11 de octubre de 2010 que prohíbe con carácter general llevar el velo integral, es decir, que oculte el rostro, en el espacio público. Afirma el TEDH que "parece que en Europa no existe un consenso sobre este asunto, ya sea a favor o contra una prohibición general sobre el uso del velo integral en los espacios público"<sup>57</sup>. Sin embargo, a continuación, afirma que solo Francia y Bélgica han legislado en el sentido de prohibir esta prenda por lo que se encuentran "en una posición muy minoritaria en Europa". Por lo tanto, *a contrario sensu*, existe un consenso europeo en contra de prohibir del uso de dicha prenda. Esta tesis está respaldada por un gran número de resoluciones de organismos europeos en contra de la prohibición<sup>58</sup>. El reconocimiento de este consenso negativo hubiese servido para limitar el margen de discrecionalidad nacional

##### 1.4.1. La seguridad pública

El TEDH lleva a cabo un extenso examen de los límites invocados por las autoridades francesas. En relación a la seguridad pública, afirma que una prohibición absoluta solo puede ser proporcional ante una amenaza general contra los intereses generales y que para protegerlos basta una simple obligación de mostrar su rostro y de identificarse cuando se presenta un riesgo para la seguridad de las personas y bienes o cuando circunstancias especiales llevan a sospechar un fraude de identidad<sup>59</sup>. Es posible proteger la seguridad o seguridad pública con similar eficacia sin necesidad de recurrir a una medida tan restrictiva con la libertad religiosa.

##### 1.4.2. Principio de igualdad y la dignidad de las mujeres

Otro interés que es invocado por las autoridades francesas y que ha estado presente en otros casos, especialmente en los que el país demandado era Turquía es la protección del principio de igualdad y la dignidad de las mujeres. El TEDH considera que la imposición de esta u otra prenda a las mujeres vulnera estos principios pero, por contra, concluye que "un Estado no puede invocar la igualdad de los sexos para prohibir una práctica que las mujeres reivindican en el ejercicio de los derechos que consagra el Convenio, salvo si se admite que con dicha protección se pretenda proteger los derechos y libertades"<sup>60</sup>. Por lo tanto, para el Tribunal puede prohibirse el velo en aquellos contextos, Turquía, por ejemplo, en los que es factible que pueda existir una presión social o, incluso familiar, sobre la mujer para que se vele. Sin embargo, en aquellos otros contextos, Francia, por ejemplo, en los que no queda probada dicha presión y en

57 Párr. 156.

58 Entre las que se encuentran la Resolución 1743 (2010) y la Recomendación 1927 (2010) de la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa sobre el islam, el islamismo y la islamofobia en Europa.

59 Vide las Decisiones de Inadmisibilidad Phull c. Francia de 11 de enero de 2005 y El Morsli c. Francia, de 4 de marzo de 2008 En ambas el Tribunal falló que retirar una vestimenta con connotación religiosa por motivos de seguridad no vulneraba el Convenio.

60 Párr. 119.

las que las mujeres optan libremente por llevar esta prenda no puede invocarse este límite pues, como afirman diversas instituciones y organizaciones, ello tiene claras connotaciones paternalistas<sup>61</sup>.

En cuanto a la posible vulneración de la dignidad de las personas, entiende el Tribunal que se trata de la dignidad de las personas que coinciden en el espacio público con las mujeres veladas y concluye que la prenda es expresión de una identidad cultural que contribuye al pluralismo del que se nutre la democracia y que a pesar de que puede sorprender a la mayoría de la población francesa no se vulnera la dignidad de nadie. Analicemos esta argumentación. Una cosa es tolerar una prenda con claras connotaciones discriminatorias para la gran mayoría de la población como es el velo integral si las personas que la portan deciden libremente hacerlo y otra cosa muy distinta es elevarla a la categoría de símbolo que contribuye al pluralismo democrático pues no hay que olvidar que es una prenda que se impone, bajo sanciones muy graves, a las mujeres en algunos países junto a otras medidas igualmente discriminatorias como la de prohibición de asistir a la escuela, conducir, etc.. ¿Si la prenda fuera símbolo de pluralismo, permitiría el TEDH que la portaran niñas menores de edad? A la vista de la doctrina del caso *Osmanoğlu et Kocabaş c. Suiza*, de 10 de enero de 2017, que veremos a continuación y del caso *Dahlab* citado, en el que, recordemos, se tacha al simple *foulard* de prenda discriminatoria para las mujeres, podemos aventurar que la respuesta sería negativa. El velo integral es una prenda que dificulta la integración por lo que el interés preferente de la menor a la integración y a la educación prevalecería. Esta prenda en absoluto contribuye al pluralismo en nuestra sociedad. Si se permite no es por aplicación del principio del pluralismo sino por aplicación del de la tolerancia. Dichas manifestaciones no contribuyen a fomentar el pluralismo, sino que son restrictivas del mismo. Se pueden tolerar, pero no fomentar ni tampoco *lavar o blanquear*.

#### 1.4.3. La protección de los derechos y libertades ajenos. La imposibilidad de invocar el principio de laicidad

Especial atención merece el examen desde la perspectiva de la protección de los derechos y libertades ajenos. Los derechos vulnerados serían de forma indeterminada los del resto de ciudadanos. A diferencia del caso *Ebrahimian*, ahora no nos encontramos ante un posible "espacio de vulnerabilidad" como pueda ser el servicio público de sanidad sino ante un mero "espacio de sociabilidad" como es la calle pero aun así los ciudadanos "tiene(n) derecho a evolucionar dentro de un espacio de sociabilidad facilitando la convivencia"<sup>62</sup>. El Tribunal pretende convertir en "derechos y libertades de los demás" lo que no son más que unas meras prácticas de convivencia no escritas. Es más, llega a reconocer

---

61 Para Amnistía Internacional, suponer que en Europa la mayoría de mujeres que usan esta prenda se ven obligadas a hacerlo es "un estereotipo sexista o religioso" (Párr. 91). El Comisario de Derechos Del Consejo de Europa afirmó en 2011 que es inaceptable que se imponga en determinados países esta prenda a las mujeres; sin embargo, "la medida inaceptable y fundamentalmente contraria a los artículos de la Convención (...), pero no la combatiremos prohibiendo estos conjuntos en otros países". (Párr. 37). Vide en este sentido estas dos noticias acaecidas en el mismo periodo de tiempo: RTVE: "Irán. Muere la joven agredida por no llevar el velo islámico en el metro de Irán". <https://www.rtve.es/noticias/20231028/muere-joven-supuestamente-agredida-no-llevar-velo-islamico-metro-iran/2459523.shtml>. 28.10.2023 | 15:30 horas. La Voz de Galicia: Basma, 17 años: "Me puse el velo cuando me salió del papo, a mí nadie me obligó". [https://www.lavozdegalicia.es/noticia/yes/2023/10/21/me-puse-velo-me-salio-papo-mi-me-obligo/0003\\_202310SY21P10991.htm#:~:text=Al%20terminar%20la%20cuarentena%20lo,dijo%20nada%20en%20su%20contra](https://www.lavozdegalicia.es/noticia/yes/2023/10/21/me-puse-velo-me-salio-papo-mi-me-obligo/0003_202310SY21P10991.htm#:~:text=Al%20terminar%20la%20cuarentena%20lo,dijo%20nada%20en%20su%20contra). 22 oct 2023. Actualizado a las 09:11 h.

62 Párr. 12.



que realmente ésta es la naturaleza del interés enfrentado a la libertad religiosa de la demandante: "se trata de responder a una práctica que considera incompatible, en la sociedad francesa, con las modalidades de la comunicación social y, más ampliamente, de «la convivencia». Desde esta perspectiva, el Estado demandado pretende proteger una modalidad de interacción entre individuos, imprescindible a sus ojos para la expresión no sólo del pluralismo, sino también de la tolerancia y amplitud de miras, sin la cual no existe ninguna sociedad democrática"<sup>63</sup>.

Francia y el TEDH se topan con un obstáculo que parece insoslayable. Se trata de una prohibición general, no circunscrita al ejercicio de funciones públicas o al acceso a centros o instalaciones públicos como pueden ser la sede de un organismo público, una escuela pública o un hospital público, por lo que no puede invocarse aquí como si se hizo en el caso Ebrahimian, el principio de laicidad que, como se desprende de la jurisprudencia del Tribunal, se erige en Francia y en Turquía como una barrera casi infranqueable a gran número de manifestaciones de libertad religiosa. Para superar esta dificultad, el TEDH acepta la argumentación de las autoridades francesas y transforma unas meras reglas de convivencia en derechos ajenos y sobre ello artificiosamente fabrica un consenso en contra de dicha prenda y en este sentido afirma que puede entender el punto de vista según el cual, quienes se encuentren en espacios abiertos a todos deseen que no se desarrollen prácticas o actitudes que fundamentalmente cuestionen la posibilidad de relaciones interpersonales abiertas que, en virtud de un consenso establecido, "es un elemento indispensable para la vida en comunidad en el seno de la sociedad en cuestión"<sup>64</sup>.

Si aplicamos las técnicas del *balancing* la cuestión cae por su propio peso. Por un lado, una mujer mayor de edad en Francia que en el ejercicio de su libertad religiosa decide llevar una prenda por convicciones religiosas sin prueba alguna de presiones externas frente a unas reglas no escritas de convivencia que exigen que las relaciones interpersonales sean abiertas o libres de obstáculos para evitar hipotéticamente molestar a personas con las que, de alguna manera, interactúe la mujer velada, aunque sea simplemente cruzándose por la calle (¿qué sucede entonces con los carnavales?). La naturaleza y peso del derecho es a todas luces mayor en toda circunstancia que unas normas de convivencia. Debe aplicarse el principio *pro libertate*. Los derechos de los demás en absoluto se encuentran en grave peligro por el hecho de que unas mujeres decidan de forma libre ir totalmente veladas en público: ni su seguridad, ni su libertad ideológica o religiosa en sentido positivo o negativo, ni ningún otro derecho o libertad. Olvida, por otra parte, el TEDH su propia jurisprudencia elaborada en relación a la libertad de expresión y que puede traerse a colación aquí en la medida en que como el Tribunal reconoce este tema afecta a la expresión de una convicción religiosa, en el sentido de que el derecho reconocido en el artículo 10 CEDH ampara no solo aquellas expresiones inocuas o inofensivas sino también las que chocan, molestan o inquietan a una parte de la población salvo que inciten al odio o a la violencia<sup>65</sup>, que no es el caso. Hay que volver a recordar aquí que para que una limitación sea necesaria en una sociedad democrática en el sentido del Convenio, la misma ha de corresponder de forma clara a una ne-

63 Parf. 153.

64 Párr. 122.

65 STEDH Sürek c. Turquía (1) de 8 de julio de 1999. Vide igualmente SSTEDH Sunday Times c. Reino Unido, de 26 de abril de 1979, Jersild c. Dinamarca, de 23 de septiembre de 1994 y Goodwin, Reino Unido, de 27 de marzo de 1996.



cesidad social imperiosa y ser proporcionada a la finalidad legítima perseguida lo que exige utilizar para su salvaguarda aquellos medios menos lesivos para el derecho enfrentado<sup>66</sup>. El Tribunal considera proporcionada y necesaria en una sociedad democrática esta prohibición general en pro de proteger esas normas de convivencia y ello es así, una vez más, por sustentar su análisis en "la magnitud del margen de apreciación de que disponía el Estado demandado"<sup>67</sup>. Son las autoridades nacionales las que están en mejor disposición para apreciar cuáles son y qué significado tienen dichas normas de convivencia reduciendo hasta su desvaloración el examen de convencionalidad de la medida.

## 2. Sacrificio de animales

De acuerdo con la ley musulmana los animales destinados a la alimentación han de ser sacrificados siguiendo un ritual a fin de que sean *halal* o aptos para el consumo humano. Algo similar sucede en relación a la religión judía. *Kosher* es el conjunto de leyes judías que determina los alimentos que pueden o no comerse y que establece la forma de prepararlos. Por sus similares consecuencias podemos traer a colación el Caso Cha'are Shalom Ve Tsedek contra Francia, de 27 junio 2000 (Martin-Retortillo, 2003: 221-238). De acuerdo con la normativa francesa, los animales a sacrificar son aturdidos previamente con el fin de evitarles sufrimiento innecesario salvo si se trata de sacrificios rituales. Para el TEDH, el sacrificio ritual es "un "rito", (...), que trata de proporcionar a los fieles carne procedente de animales sacrificados conforme a las prescripciones religiosas, lo que constituye un elemento esencial en la práctica de la religión" en cuestión<sup>68</sup>. Por lo que queda bajo el amparo del artículo 9 CEDH a pesar de que suponen un mayor sufrimiento para el animal sacrificado.

## 3. Obligaciones laborales y prácticas religiosas

En la Decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos Ahmad contra Reino Unido de 12 de febrero de 1981, profesor musulmán que deseaba ausentarse para cumplir con sus obligaciones de rezar los viernes en la mezquita, la Comisión concluyó que la libertad religiosa por sí sola no puede justificar el incumplimiento de las obligaciones laborales<sup>69</sup>, "en el caso de que un trabajador no acudiera a trabajar o abandonara su puesto de trabajo motivado por sus obligaciones religiosas, el empresario puede legítimamente ejercitar su poder disciplinario, sin que la sanción que del mismo se derive se origine por las

---

66 Vide, por todas, SSTEDH Handyside c. Reino Unido,, de 7 de diciembre de 1976 y Silver c. Reino Unido, de 25 de marzo de 1983.

67 Párr. 157.

68 Párr. 73. El Derecho de la Unión Europea también establece límites a la práctica del sacrificio. Así, de conformidad con el artículo 4, apartado 1 del Reglamento n.º 1099/2009 habrá de observarse en principio la obligación, en un sacrificio de aturdir a los animales cuestión, quedando exceptuado de esta obligación de aturdimiento previo de acuerdo con el apartado 4 de dicho precepto, el sacrificio ritual. Si se exige de que el sacrificio se lleve a cabo en un matadero. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha fallado en sentido similar al TEDH, Liga van Moskeeën en Islamitische Organisaties Provincie Antwerpen VZW v. Vlaams Gewest de 29 de mayo de 2018 y Centraal Israëlitisch Consistorie van België de 17 de diciembre de 2020. Al respecto vide García (2021: 183-205).

69 Vide igualmente Decisión de la Comisión Konttinen c. Finlandia, de 3 de diciembre de 1996 y Stedman c. Reino Unido, de 3 de diciembre de 1997.

convicciones religiosas del trabajador, sino por la negativa a cumplir con sus obligaciones laborales, voluntariamente asumidas, y que en cualquier momento puede extinguir, mediante la resolución voluntaria unilateral del contrato de trabajo, o variar, mediante la novación contractual por mutuo acuerdo entre las partes" (García, 2016: 346).

En el caso *Kosteski c. Antigua República Yugoslava de Macedonia*, de 13 de abril de 2006 el TEDH da la razón al empleador que había sancionado al trabajador, musulmán, maestro de profesión por ausentarse un día laboral con la excusa de que era una fiesta musulmana sin presentar ningún tipo de justificación. El Tribunal introducirá nuevos elementos que deberán ser tenidos en cuenta a partir de este momento si un trabajador decide ausentarse de su puesto de trabajo para cumplir con alguna fiesta religiosa: que quede demostrado que es una fiesta religiosa y que el individuo profese realmente dicha religión. En relación a este segundo elemento cabe advertir que la contradicción en la que incurre el Tribunal pues ve abominable que se entre a valorar el grado de creencias del demandante.

## VI. Derecho a la educación e islam<sup>70</sup>

La educación en un sistema democrático ha de ir encaminada al pleno desarrollo de la personalidad del alumno y no puede entenderse si no es partiendo, como advierte el TEDH en su sentencia *Kjeldsen, Busk, Madsen y Pedersen c. Dinamarca*, de 7 de diciembre de 1976, del pluralismo educativo. Ello supone la prohibición de cualquier tipo de adoctrinamiento. El Convenio reconoce el derecho de los padres a que sus hijos reciban una educación conforme a sus convicciones religiosas o morales. El derecho de los padres a que se respeten sus convicciones encuentra su límite en el propio plan de estudios fijado por las autoridades académicas. Sólo en los casos en que de forma directa y grave una asignatura entre en contradicción con las convicciones de los padres podrán los hijos ser eximidos de asistir a la misma. *A contrario sensu*, los padres no pueden decidir a qué asignaturas pueden asistir y a cuáles no sus hijos alegando, sin más, razones religiosas, filosóficas o similares, pues ello haría inviable cualquier plan docente.

El TEDH se enfrentó en el caso *Osmanoğlu et Kocabaş c. Suiza*, de 10 de enero de 2017 a la negativa de los padres musulmanes de que sus hijas menores asistieran a las clases obligatorias mixtas de natación. El Tribunal dio por buenas las razones esgrimidas por las autoridades suizas para negarse a que las niñas se les eximiera de estas clases: la medida impugnada tenía por objeto la integración de los niños extranjeros de diferentes culturas y religiones, así como la correcta conducción de la educación, el cumplimiento de la escolaridad obligatoria y la igualdad entre los sexos. La medida pretendía en particular proteger a los estudiantes extranjeros frente a cualquier fenómeno de exclusión social<sup>71</sup>. A pesar de que el Tribunal vuelve a hacer referencia al amplio margen de actuación que tienen los Estados al no existir un consenso europeo sobre

70 Vide al respecto Valero (2018: 255-274), Souto (2011: 245-268) y Motilla (2021).

71 Párr. 64.

la materia<sup>72</sup> lo cierto es que en este caso dicha referencia es más retórica que real pues el TEDH lleva a cabo un concienzudo examen de convencionalidad de la medida litigiosa<sup>73</sup>. En este sentido advierte que "los Estados deben difundir la información y los conocimientos contenidos en los currículos escolares de manera objetiva, crítica y pluralista, absteniéndose de perseguir cualquier fin de adoctrinamiento, sin embargo, son libres de organizar estos programas de acuerdo con sus necesidades y tradiciones"<sup>74</sup>. Los padres tienen derecho a que sus hijos reciban una educación conforme a sus convicciones religiosas, pero esto no les permite exigir al Estado que diseñen las asignaturas de la manera que ellos consideren adecuada. Un elemento de peso en la argumentación del Tribunal es la defensa del interés superior del menor. El Tribunal consideró que la asistencia a esas clases formaba parte del proceso de integración y educación de las menores y que ello está por encima de las convicciones de los padres por lo que solo pueden ser eximidas en casos excepcionales como razones médicas: "el Tribunal considera que el interés de los niños en beneficiarse de una educación completa la escolarización que permita una integración social exitosa de acuerdo con las costumbres locales tiene prioridad sobre el deseo de los padres de ver a sus hijas exentas de clases mixtas de natación"<sup>75</sup>.

Este elemento, el de la educación como elemento integrador es de vital importancia en la argumentación del Tribunal. En el caso *Kervanci c. Francia* de 4 de diciembre de 2008, el Tribunal no amparó a los padres de la menor que no había querido despojarse del velo en clase de educación física. Recordando la jurisprudencia anterior de Estrasburgo<sup>76</sup>, el TEDH centro su argumentación no tanto en el principio de laicidad sino en el de seguridad y salud de la menor<sup>77</sup>.

En cuanto a la impartición de asignaturas de contenido religioso, el TEDH no considera que ello, en principio, vulnere el Convenio ni tampoco lo hace que en la asignatura se preste mayor atención a la religión mayoritaria en el país<sup>78</sup>. En el caso *Zengin Hasan e Eylem c. Turquía*, de 9 octubre 2007, el padre, de la confesión de los alevís, rama del islam muy extendida en Turquía, solicitó a las

---

72 El Tribunal Constitucional (*Staatsgerichtshof*) de Liechtenstein en sentencia de 29 de octubre de 2012 en un caso similar falló en favor de los menores y sus padres. En cambio, el Tribunal Administrativo Federal alemán (*Bundesverwaltungsgericht*) en su sentencia de 11 de septiembre de 2013 falló en contra de los padres y del menor a la que se le permitía acudir a las clases en burkini.

73 Por el contrario, parece poco flexible la actitud del TEDH en las sentencias *Valsamis y Efstratiou*, ambas contra *Gracia* y de 18 de diciembre de 1996, que amparándose una vez más en el amplio margen de apreciación nacional cuando de cuestiones religiosas se trata no amparó a las menores, testigos de Jehová, sancionadas por las autoridades griegas por negarse a participar en el desfile escolar con ocasión de la fiesta nacional que conmemora la fecha en la que la Italia fascista declaró la guerra a Grecia. Las menores alegaron que participar en un acto que recordaba un acontecimiento bélico iba en contra de sus convicciones religiosas. No puede escudarse el Tribunal en que las autoridades nacionales son los competentes para definir y desarrollar el programa de estudios. Llega a afirmar que "este tipo de conmemoraciones de acontecimientos nacionales, a su manera, persiguen a la vez objetivos pacíficos y el interés público" (Párr. 32), por lo que, en su opinión, la expulsión no vulneraba ni el derecho a la instrucción ni tampoco la libertad religiosa de las menores. Contraponer la libertad religiosa de unas menores a la consecución "a su manera" de dichos objetivos no deja de ser sorprendente. A nadie se le puede obligar a participar en desfile alguno en contra de sus convicciones.

74 Párr. 95.

75 Párr. 97.

76 Decisión de inadmisión de la Comisión X. c. Reino Unido, de 12 de julio de 1978.

77 Vide igualmente *Dogru c. Francia*, de 4 de diciembre de 2008.

78 Caso *Folgero y otros c. Noruega*, de 29 junio 2007, en relación con el cristianismo y *Zengin Hasan e Eylem c. Turquía*, de 9 octubre 2007 en relación con el islam.

autoridades de este país que se dispensara a su hija de la asignatura de cultura religiosa y conocimiento moral, alegando que los padres tenían derecho a escoger el tipo de educación a dar a sus hijos. Según el demandante, la asignatura de cultura religiosa y moral no se asegura de forma objetiva, crítica o pluralista pues se sitúa totalmente en una óptica religiosa y que alaba la fe y la tradición islámicas en su concepción sunita, unido a los manuales que describen ritos tradicionales del islam sunita, indicaría claramente que esta enseñanza carece de objetividad. El TEDH lleva a cabo un riguroso examen de convencionalidad reduciendo el margen de apreciación nacional y concluye a la vista de los libros de texto y otra documentación aportada que a pesar de que el plan de estudios concebía la asignatura desde el respeto del principio de laicidad y de la libertad de pensamiento, religión y conciencia y trataba de "desarrollar una cultura de paz y un contexto de tolerancia" prohibiéndose, además, al Estado dar testimonio de una preferencia por una religión o creencia concreta, la realidad era que la asignatura no respondía a los criterios de objetividad y pluralismo y, más particularmente, en el caso concreto de los demandantes, no respetaba sus convicciones religiosas y filosóficas<sup>79</sup>.

## VII. Los efectos civiles del matrimonio religioso

En el caso *Serife Yigit c. Turquía* la demandante reclamaba una serie de prestaciones de viudedad. Contrajo matrimonio religioso pero no civil con su marido con el que convivió veintiséis años hasta su fallecimiento en el contexto de una relación monógama. El TEDH desestima la demanda de la viuda escudándose una vez más en el amplio margen de apreciación que tienen los estados parte cuando entra en juego las relaciones del Estado con la religión y está presente el principio de laicidad, Pero es que ahora también entra en juego otra cuestión que permite al Estado ampliar aún más el margen de actuación: la política fiscal y económica. Dirá el TEDH en la sentencia de Gran Sala de 2 de noviembre de 2010 que en áreas que se encuentran bajo la política que un Estado pretende seguir en materia económica, fiscal o social, donde razonablemente pueden prevalecer profundas diferencias de opinión en un estado democrático, este margen es necesariamente más amplio. Con la introducción de estos límites en el sentido señalado se renuncia de facto a llevar a cabo un mínimo control de convencionalidad.

En la sentencia de Sala de 20 de enero de 2009 con una parca motivación, el TEDH advierte de la existencia de un consenso europeo sobre el reconocimiento de derechos a relaciones similares al matrimonio, sin embargo, Turquía no reconocía efectos a los matrimonios religiosos y, por lo tanto, el cónyuge superviviente no podía beneficiarse de prestaciones sociales por viudedad o ser reconocido como

79 Vide en el mismo sentido STEDH *Folgero y otros c. Noruega*, de 29 junio 2007. Unos padres que no profesan la religión cristiana alegan una violación de los artículos 9 del Convenio y 2 del Protocolo núm. 1 por la negativa de las autoridades internas a conceder a sus hijos una exención total de la asignatura KRL que figura de manera preceptiva en el programa de enseñanza obligatoria de diez años en Noruega, cuyo contenido es el estudio del cristianismo, la religión y la filosofía. que el artículo 2-4.1 i) de la Ley de 1998 de Educación establecía que la asignatura tenía como finalidad "transmitir un conocimiento profundo de la Biblia y del cristianismo como patrimonio cultural y desde el punto de vista de la fe evangélica luterana" no exigiéndose, por el contrario, que el conocimiento a transmitir de las otras religiones y filosofías fuese profundo. El TEDH lleva a cabo un exhaustivo control de convencionalidad y concluye que la no exención de la asignatura en cuestión vulneraba la libertad religiosa de los demandantes.

heredero. Reconoce también que esa relación es a ojos del CEDH una familia; recuerda asimismo que considera contrario al Convenio la legislación que discrimina a los hijos habidos fuera de un matrimonio legal; y, por último, advierte que una desigualdad de trato debe estar justificada, ser razonable y perseguir un fin objetivo. ¿Se cumplían estos requisitos para el TEDH? En la sentencia citada y en la de la Gran Sala de 2 de noviembre de 2010, con una argumentación rigurosamente tradicional, conservadora e, incluso, obsoleta, el Tribunal considera que sí. Para el Tribunal existían unos fines legítimos: preservar el principio de laicidad en Turquía y "proteger a la mujer". El Tribunal da por buena la explicación del gobierno turco en el sentido de que esta regulación buscaba impedir la poligamia y evitar que la mujer se sitúe en una relación de subordinación y dependencia respecto del marido. Llega a afirmar en la segunda sentencia que "la protección del matrimonio constituye en principio una razón importante y legítima que puede justificar una diferencia de trato entre parejas casadas y no casadas<sup>80</sup>, pero ¿realmente es razonable y proporcional emplear unos medios para hacerlo que, en definitiva, castigan al eslabón más débil de la cadena que es la viuda? El TEDH renuncia a ser un instrumento vivo y eficaz de defensa de los derechos humanos revistiendo en este caso especial gravedad esta actitud al tratarse de una persona altamente vulnerable (viuda, mayor, mujer en Turquía). El Tribunal dicta una sentencia incomprensible para gran parte de los ciudadanos europeos. El objetivo no reconocer efectos a los matrimonios religiosos musulmanes es acabar con la "tradición de matrimonio que sitúa a la mujer en una situación de clara desventaja, incluso en una situación de dependencia e inferioridad al hombre". Sin embargo, no tiene sentido que para ello se estigmatice y perjudique a la viuda de ese matrimonio religioso que queda así privada de toda ayuda social por motivo de viudedad. El Tribunal no puede escudarse en que no hay un consenso europeo sobre esta problemática. Todo lo contrario, reconoce que existe en favor de reconocer efectos jurídicos a las relaciones de hecho. En Turquía el matrimonio religioso no estaba prohibido. El TEDH debería haber examinado si las leyes turcas cumplían con los estándares convencionales para no ser consideradas contrarias al Convenio. Renuncia a hacerlo. Realmente la decisión no está correctamente motivada pues se basa en su propia doctrina que va en el sentido contrario al fallo. Esta sentencia se aparta del espíritu de la STEDH Muñoz Díaz c. España, de 8 de diciembre de 2009. En este caso la demandante había contraído matrimonio conforme a las costumbres y tradiciones culturales gitanas, y reconocido por su comunidad. En este caso, el TEDH concluyó que no reconocerle la pensión de viudedad era un trato discriminatorio. En el caso Serife Yigit, hubiese bastado argumentar la existencia de un claro consenso europeo que va en el sentido de reconocer efectos jurídicos a distintas formas de matrimonio o familia y que a todas ellas se les aplica el principio de igualdad entre cónyuges lo que le hubiese permitido llevar a cabo un control exhaustivo de convencionalidad que hubiese reducido el margen de apreciación del estado demandado. El caso Muñoz Díaz ha de ser el precedente que marque la línea a seguir por el Tribunal en casos futuros.

### VIII. Un breve análisis de la jurisprudencia del TEDH desde una perspectiva de género

Llama la atención que la jurisprudencia del TEDH es mucho más rigurosa con las mujeres musulmanas que con los hombres musulmanes.

---

80 Párr. 72.



No ha amparado a las mujeres que han deseado utilizar dicha prenda en ámbitos públicos como universidades o hospitales públicos; en cambio sí lo ha hecho en relación a los hombres musulmanes que han defendido su uso y han llamado a la protesta contra su prohibición. ¿Realmente sufre gravemente el principio de laicidad en Turquía o en Francia para impedir el uso de esta prenda en el espacio público? Para el TEDH, casos Karaduman, Leyla, Dahlab o Ebrahimian, entre otros, sí. Llevar velo atenta gravemente contra este principio. Sin embargo, su defensa por hombres en Turquía no lo hace (casos Silay o Güzel). Tampoco atenta gravemente a este principio que los hombres lleven una prenda con connotaciones religiosas como es el turbante (caso Ahmet Arslan).

Para el Tribunal es más grave que las mujeres deseen llevar velo que los hombres realicen declaraciones de corte fundamentalista (casos Gündüz y Erbakan c. Turquía.). Es más, en Dahlab c. Suiza llega a estigmatizar a las mujeres que lo llevan a calificar dicha prenda de símbolo discriminatorio. En cambio, se muestra más permisivo con el velo integral (Caso S.A.S.).

El TEDH no ampara a las viudas musulmanas casadas por el rito religioso musulmán y no por el rito civil (caso Serife Yigit c. Turquía.); en cambio, sí ampara a las mujeres de otras religiones o culturas, como la gitana, en situaciones similares (caso Muñoz Díaz c. España). Puede que la obligación de casarse por la vía civil en Turquía persiga un fin loable como es asegurar la igualdad entre hombre y mujer en el matrimonio; sin embargo, el Tribunal debería ser más flexible y caer en la cuenta que mantener de forma estricta este principio produce un daño a las mujeres musulmanas casadas simplemente por el rito musulmán que se encuentran en una situación alta de vulnerabilidad y que dicha decisión les impide obtener una independencia económica y las aboca a la dependencia familiar en una sociedad fuertemente patriarcal.

## IX. A modo de conclusión

De la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo puede deducirse que existe un consenso europeo sobre la gran importancia que reviste la cuestión religiosa en la sociedad actual; sin embargo, no existe consenso sobre el peso que debe tener la libertad religiosa, el respeto a los sentimientos religiosos o el principio de laicidad, por citar los más frecuentes, cuando entran en conflicto con otros derechos o intereses.

Lo anterior se traduce en que el TEDH permite un amplio margen de apreciación a los diferentes estados lo que en la práctica supone una disminución clara del control de convencionalidad. Ello lleva a consecuencias paradójicas: el crucifijo se permite en las escuelas públicas italianas por no vulnerar el principio de laicidad pero, en cambio el velo no se permite en centros públicos franceses o turcos por vulnerador de dicho principio. El TEDH no ampara a aquellas mujeres que desean usarlo (casos Karaduman, Leyla, Dahlab o Ebrahimian) pero ampara a aquellos hombres que defienden su uso (casos Silay o Güzel).

La jurisprudencia del TEDH se muestra titubeante en la cuestión objeto de este estudio. Es más riguroso con el velo islámico que con las declaraciones fundamentalistas. Es más riguroso con el *foulard* que con el velo integral. Es más riguroso con el velo femenino que con el turbante masculino.

De la jurisprudencia del TEDH puede deducirse que la religión, tradiciones y cultura musulmana no forman parte del acervo cultural europeo y son analizados desde el desconocimiento o el excesivo rigor. Ello las coloca en un plano de desigualdad en relación a otras culturas o tradiciones como la cristiana. Los casos Lautsi, Leyla o Serife Yigit son claros ejemplos. El islam es visto con recelo,

incluso cuando se ampara sus expresiones como en el caso E.S. c. Austria, de 23 de octubre de 2018. En pro de la paz social, el TEDH renuncia a examinar a fondo la controversia suscitada.

El TEDH se refugia por principio en el amplio margen de apreciación que tienen los distintos países cuando entra en juego la religión; sin embargo, debería abordar los conflictos que se producen a partir de un control de convencionalidad exhaustivo y coadyuvar a la creación de un consenso europeo sobre el elemento religioso, no sólo el islam, en la sociedad europea.

La jurisprudencia del TEDH es especialmente rigurosa con las mujeres musulmanas y, en cambio, ha sido frecuente que ampare a los demandantes masculinos.

### **Bibliografía**

- Aláez Corral, B. (2011). Reflexiones jurídico-constitucionales sobre la prohibición del velo islámico integral en Europa, *Teoría y Realidad Constitucional*. 28, 483-520.
- Bonet, J. (1994). *El derecho a la información en el Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Barcelona: PPU.
- Bustos Gisbert, R. (2005). Los derechos de libre comunicación en una sociedad democrática. En J. García Roca P. y Santolaya (coords.). *La Europa de los derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos* (pp. 529-563). Madrid: CEPC.
- Carrillo Salcedo, J. A. (1991). La protección de los Derechos humanos en el Consejo de Europa: hacia la superación de la dualidad entre los derechos civiles y políticos y derechos económicos y sociales. *Revista de Instituciones Europeas*, 18, 431-454.
- Catalá i Bas, A. H. (2001). *Libertad de expresión e información. La jurisprudencia del TEDH y su recepción por el Tribunal Constitucional*. Valencia: Ediciones Revista General de Derecho.
- Catalá i Bas, A. H. (2012). El modelo de democracia militante del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En VV.AA. *Constitución y democracia. Ayer y hoy. Libro homenaje a Antonio Torres del Moral*, Vol. III. (pp. 3243-3258). Madrid: Universitas.
- Cohen-Jonathan, G. (1989). *La Convention Européenne des Droits de l'Homme*, París: Económica.
- Coussirat-Coustere, V. (1999). Article 8.2. En Pettiti, Louis-Edmond (dir.). *La Convention Européenne des Droits de l' Homme* (pp. 323-352). Paris: Economica.
- De Meyer, J. (1991). La Cour Européenne des Droits de l' Homme et la Liberte d'expression. En VV.AA. *Jornadas: Jurisprudencia Europea en materia de Derechos Humanos*. Vitoria-Gasteiz: Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco.
- Faggiani, V. (2020). *La controvertida cuestión del velo islámico*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Freixes Sanjuán, T. (2003). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y las libertades de comunicación. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 15, 463-497.
- Gajardo Falcón, J. (2015). La prohibición del velo integral en los espacios públicos y el margen de apreciación de los Estados. Un análisis crítico de la sentencia del TEDH de 01.07.2014, S.A.S. c. Francia, 43835/11. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 51, 769-783.

- García Roca, J. (2002). La problemática disolución del Partido de la Prosperidad ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: Estado constitucional y control de las actuaciones de partidos fundamentalistas. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 65, 295-334.
- García Roca, J. (2005). Abuso de los derechos fundamentales y defensa de la democracia. En J. García Roca y P. Santolaya, (coords.). *La Europa de los derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos* (pp. 727-756). Madrid: CEPC.
- García Ureta, A. (2004). Artículo 9. Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. En I. Lasagabaster Herrarte (dir.). *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario Sistemático* (pp. 328-355), Madrid: Thomson Civitas.
- García Ureta, A. (2021). Sacrificio de animales y libertad religiosa. Comentario a Centraal Israëlitisch Consistorie Van België, STJUE (Gran Sala) de 17-12-2020. *Revista Vasca de Administración de Justicia*, 119, 183-205.
- Gay Fuentes, C. (1989). La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de libertad de expresión y su aplicación por el Tribunal Constitucional español. *Revista de Administración Pública*, 120, 259-276.
- Jimena Quesada, L. (2010). El diálogo entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: a propósito del control de convencionalidad. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 15, 41-74.
- Lazcano Brotons, I. (2004). Artículo 10. Libertad de expresión. En I. Lasagabaster Herrarte (dir.). *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario Sistemático* (pp. 356-443) Madrid: Thomson Civitas.
- Martínez-Torrón, J. (2009). La cuestión del velo islámico en la jurisprudencia de Estrasburgo. *Derecho y Religión*, 4, 87-109.
- Martín-Retortillo Baquer, L. (2003). Sacrificios rituales de animales, autorización administrativa y libertad religiosa. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Cha'are Shalom Ve Tsedek c. Francia, de 27 de Junio de 2000. *Revista de Administración Pública*, 161, 221-238.
- Motilla de la Calle, A. (2009). *El pañuelo islámico*. Barcelona: Marcial Pons.
- Pettiti, L-E (1999). Réflexions sur les principes et les mécanismes de la Convention. De l'ideal de 1950 à l' humble réalité d' aujourd' hui. En L-E. Pettiti (dir.). *La Convention Européenne des Droits de l' Homme* (pp. 27-40) Paris: Económica.
- Piccione, C. (2019). Jurisprudencia de Estrasburgo y Luxemburgo sobre el velo islámico. En B. Barreiro Carril y G. Carbó Ribugent (dirs.). *Cultural Rights for a Tunisian-Spanish Bridge Analysis and Reflections on Human Rights and Diversity in times of Growing Human Mobility*. Buenos Aires: Teseo Press.
- Presno Linera, M.A. (2020). La libertad de expresión según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 276, 2, 461-492.
- Rollnert Liern, G. (2000). Libertad ideológica y libertad de asociación en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, 33, 131-154.
- Ruiz-Rico Ruiz, G. (2011). El ejercicio de la libertad religiosa en el sistema de enseñanza desde la reciente jurisprudencia constitucional e internacional. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 17, 53-60.
- Sánchez Ferriz, R. (2004). *Delimitación de las libertades informativas: (fijación de criterios para la resolución de conflictos en sede jurisdiccional)*. Valencia: Universitat de València.
- Souto Galván, B. (2011). El derecho de los padres a educar a sus hijos confor-



me a sus propias convicciones en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de derechos Humanos. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 17, 245-268.

Sudre, F. (1992). *La Convention européenne des droits de l'homme*. París: Presses Universitaires de France.

Torres Gutiérrez, A. (2005). La libertad de pensamiento, conciencia y religión (art. 9 CEDH). En J. García Roca y P. Santolaya (coords.). *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos* (pp. 509-527). Madrid: CEPC.

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.

Wachsmann, P. (1999). *Les droits de l'homme*. París: Dalloz.

# El encaje jurídico-constitucional de la personalidad jurídica del Mar Menor y su cuenca<sup>1</sup>

*The legal-constitutional fit of the Mar Menor and its basin's legal personality*

**PEDRO GARCÍA GUIJARRO**

Personal Científico e Investigador  
Universidad de Extremadura  
pedrogarcia@unex.es

DOI: <https://doi.org/10.7203/cc.4.28020>

Fecha de recepción: 25/09/2023

Fecha de aceptación: 11/10/2023

## Resumen

La Ley 19/2022, para el reconocimiento de personalidad jurídica a la laguna del Mar Menor y su cuenca, es la norma más innovadora en materia de protección medioambiental incorporada en nuestro ordenamiento hasta el momento. Con ella, se pretende avanzar en las garantías tuitivas del ecosistema del Mar Menor, por medio de nuevos instrumentos normativos informados por criterios ecocéntricos. En consecuencia, se plantea una transformación del paradigma jurídico-relacional con la naturaleza, superándose las perspectivas antropocéntricas y desarrollando los principios de la justicia ecológica ecocéntrica. Ello puede implicar la confrontación entre la nueva ley y el ordenamiento jurídico previo, así como con la jurisprudencia sostenida por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En este artículo estudiamos el marco normativo y jurisprudencial en que se inserta la Ley 19/2022 para, a continuación, acometer un análisis crítico de la norma, planteando las numerosas problemáticas jurídicas identificadas.

## Palabras clave

Mar Menor, Personalidad jurídica, Instrumentos de protección medioambiental, Paradigma ecocéntrico, Derechos de la Naturaleza.

## Abstract

*Law 19/2022, for the recognition of legal personality to the Mar Menor lagoon and its basin, is the most innovative legal norm in terms of environmental protection incorporated into our legal system so far. With it, it is intended to advance in the tuitive guarantees of the Mar Menor ecosystem, through new regulatory instruments informed by ecocentric criteria. Consequently, a transformation of the legal-relational paradigm with nature is proposed, overcoming anthropocentric perspectives and developing the principles of ecocentric ecological justice. This may involve confrontation between the new law and the previous legal order, as well as with the jurisprudence upheld by the Constitutional Court and the European Court of Human Rights. In this article we study the regulatory and jurisprudential framework in which Law 19/2022 is inserted and then undertake a critical analysis of the norm, raising the numerous legal problems identified.*

## Keywords

*Mar Menor, Legal personality, Environmental protection instruments, Ecocentric paradigm, Rights of Nature.*

<sup>1</sup> Este artículo, redactado en diciembre de 2022, fue presentado al XX Certamen Universitario "Arquímedes", habiéndose así retrasado su publicación hasta la concesión de premios en agosto de 2023. Esta versión cuenta con actualizaciones basadas en la bibliografía aparecida durante este periodo.



## Sumario

**I. Introducción. II. Estudio del marco normativo. 1. Protección del medio ambiente en la Constitución Española. 1.1. Artículo 45 CE. 1.2. Artículos 132.1 y 2 CE. 1.3. Artículo 149.1. 23ª CE en relación con el artículo 148.1.9ª CE. 2. Normas jurídicas medioambientales de ámbito estatal y autonómico. III. Análisis jurisprudencial. 1. Jurisprudencia del TEDH. 1.1. STEDH López Ostra c. España. 1.2. STEDH Taskin y otros c. Turquía. 2. Jurisprudencia del TC; IV. Estudio crítico de la ley 19/2022. 1. Estructura. 2. Declaración de personalidad jurídica. 3. Derechos reconocidos al Mar Menor. 4. Persecución de conductas contrarias a la Ley 19/2022. 5. Obligaciones de las AAPP. V. Conclusiones. *Bibliografía.***

### I. Introducción

La degradación ecológica del Mar Menor, la mayor laguna mediterránea costera salina de Europa, se ha gestado progresivamente con el paso de las décadas a medida que aumentaba el ritmo de la actividad económica en la zona, extendiéndose con ella los impactos negativos sobre el equilibrio ecológico lagunar. En esta línea, tanto el activismo social en defensa del Mar Menor, como las respuestas institucionales a los problemas que se presentaban en su seno han ido adquiriendo una larga trayectoria de participación y desarrollo, y así se ha comprobado a través de la promulgación de normas y del diseño de políticas públicas cuyo objetivo era revertir la degradación ecológica de la laguna. Sin embargo, tales medidas han sido hasta el momento ineficaces. Una ineficacia que responde a la conocida como "crisis del derecho medioambiental", resultado de "su inaplicación, su falta de efectividad, su reducción a un conjunto de procedimientos formales, su falta de cristalización en la conciencia social, las regresiones en su estándar de protección ..." (Álvarez y Soro, 2022: 9).

La combinación de la debacle medioambiental del ecosistema, junto a la incapacidad de los poderes públicos de revertirla, suscitaron una preocupación social cada vez más presente entre la población murciana. Ello llevó al "movimiento en defensa del Mar Menor" a plantear como solución el reconocimiento de personalidad jurídica a la laguna. Dicha propuesta se articuló por medio de una iniciativa legislativa popular, cuya aprobación definitiva por el Senado el 21 de septiembre de 2021 supuso un hito, en términos jurídicos, para el activismo ecológico. En este sentido, la iniciativa legislativa popular, positivizada como la Ley 19/2022, introduce en nuestro ordenamiento jurídico una regulación muy escueta, pero de calado y significación suficientes como para modificar el paradigma jurídico-relacional entre el ser humano y la naturaleza.

Estos efectos son el resultado de la incorporación a la ley de una perspectiva ecocéntrica<sup>2</sup>, es decir, una visión integral de las medidas protectoras de los ecosistemas fundamentada en valores, criterios y principios que priorizan los intereses y necesidades ecológicos sobre los humanos, entendiendo que ambos deben encontrar un equilibrio por razones éticas y pragmáticas (Martínez, 2019: 42-44): las éticas se sintetizan en la posibilidad de desmercantilizar nuestra concepción de la naturaleza y de dotarla de un valor ontológicamente autónomo al del ser humano, de tal forma que abandone su posición como mero objeto susceptible de explotación; las pragmáticas se erigen en torno a la utilidad para las propias generaciones futuras de salvaguardar el equilibrio ecosistémico, con vistas a mitigar anticipadamente las amenazas ecológicas asociadas al cambio climático.

Esta perspectiva ecocéntrica, por otra parte, ya cuenta con una profusa aplicación práctica en otros países<sup>3</sup>, fuera del continente europeo. Algunos ejemplos de dicha aplicación son la constitucionalización de los derechos de la naturaleza en la Constitución ecuatoriana de 2008 (artículos 71-74)<sup>4</sup> y el reconocimiento de personalidad jurídica a los ríos Ganges, Atrato y Whanganui, a los glaciares Gangotri y Yamunotri, y al espacio geográfico de Te Urewera.

Entendemos que la incorporación de una ley ecocéntrica en un ordenamiento jurídico antropocéntrico, mediante el que se objetiviza a la naturaleza frente al sujeto humano (Storini y Quizhpe, 2019: 49-55), suscita multitud de desajustes y contraposiciones con las normas y la jurisprudencia constitucional vigente en España, originando conflictos constitucionales de interés doctrinal. Así, el objetivo de la presente investigación será la identificación y el estudio de estos conflictos, con el fin de plantear las posibles consecuencias constitucionales derivadas de su desarrollo, aquellas que determinarán el encaje jurídico-constitucional de la ley y sobre las que, probablemente, girará el debate entre los académicos y entre los propios magistrados del Tribunal Constitucional (en adelante TC).

## II. Estudio del marco normativo

La Ley 19/2022 para el reconocimiento de personalidad jurídica a la laguna del Mar Menor y su cuenca es uno de los más recientes instrumentos normativos integrados en el ordenamiento jurídico español, con el fin de garantizar la protección y restauración de este ecosistema murciano. No obstante, con anterioridad a esta ley ya existían normas que perseguían dicha finalidad. De este modo, nos centraremos en examinar cuáles han sido estas normas, en particular aquellas que guarden alguna relación sustancial con la problemática del Mar Menor y con la nueva ley. En este sentido, realizaremos nuestra exposición con base en

- 
- 2 Las primeras propuestas teóricas que plantean la alternativa ecocéntrica y el reconocimiento de la personalidad jurídica de ecosistemas pueden encontrarse en las obras de: Stone (1972), donde se analizan ya las perspectivas legal-operacionales y socio-físicas de los derechos "de" la naturaleza; o de Nash (1989), mediante la que se reconstruye la historia de las relaciones jurídicas, sociales y filosóficas entre el ser humano y la naturaleza, sugiriendo una aproximación ecocéntrica sobre esta última que extienda la estructura de garantía de los derechos al sujeto "naturaleza".
  - 3 Un acertado y útil estudio comparado sobre las más reseñables manifestaciones prácticas de la perspectiva ecocéntrica, así como de la personalidad jurídica de los ecosistemas, puede encontrarse en Bachmann y Navarro (2021).
  - 4 Esta fue la primera ocasión en que una Constitución reconocía a la naturaleza como sujeto de derechos, en este caso como parte del proyecto ecuatoriano del "buen vivir".

el siguiente orden: articulado constitucional, leyes estatales y, finalmente, leyes y decretos vigentes en la Región de Murcia.

## 1. Protección del medio ambiente en la Constitución Española

### 1.1. Artículo 45 CE

El artículo 45 de la Constitución Española (en adelante CE) está ubicado en el Capítulo Tercero del Título I de la CE, por lo que el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado es un principio rector de la política social y económica, no un derecho fundamental. Ello supone que este artículo no está sujeto a las garantías reforzadas del artículo 53.1 y 2 CE. Sin embargo, en virtud del artículo 53.3 CE su reconocimiento, respeto y protección deben informar la actuación de los poderes del Estado, además de que el derecho podrá ser justiciable como derecho de configuración legal de acuerdo con lo que sus normas de desarrollo establezcan (López, 1991: 178-183).

En cuanto a su contenido, la lectura del artículo y su condición de principio rector de la política social y económica nos indican que estamos ante un precepto de eficacia limitada, dado que las consecuencias jurídicas que del mismo se desprenden son escasas. Así, el apartado 1º reconoce el derecho que se trata de garantizar, mientras que el apartado 2º exige al Estado velar por la utilización racional de los recursos naturales con dos fines determinados: proteger y mejorar la calidad de la vida de las personas y restaurar el medio ambiente. No obstante, la acción de velar implica vigilancia, sin exigirse una actividad proactiva a los poderes públicos.

Desde la ratificación de la CE han existido multitud de normas estatales y autonómicas que pretendían garantizar la utilización racional de recursos naturales. Estas obedecían al supuesto fin de revertir el impacto medioambiental provocado por el desarrollo económico, así como de evitar sus efectos perjudiciales para la calidad de vida de las personas. Dichas normas también han sido aplicadas al caso del Mar Menor. Empero, debe tenerse en cuenta que el artículo 45 CE no incorpora ninguna obligación constitucional taxativa para los poderes públicos. En consecuencia, llegado el momento de establecer un equilibrio entre los "intereses económicos" y la "protección del medio ambiente", los poderes públicos han podido decantarse por los primeros, sin intervenir activamente al no hallarse impelidos por ninguna obligación constitucional taxativa.

A continuación, el apartado 3º promueve la persecución por medio de sanciones penales o administrativas de quien vulnere el contenido del apartado 2º, y establece la obligación de reparar el daño causado. Este precepto ha sido utilizado para introducir regímenes sancionadores administrativos en normas medioambientales y delitos de igual naturaleza en el Código Penal (en adelante CP). El objetivo de dichas sanciones ha sido perseguir a las personas físicas, jurídicas y administraciones públicas (en adelante AAPP) que contrarían el derecho medioambiental. Sin embargo, una lectura detenida del apartado 2º indica que la única obligación constitucional incorporada se dirige exclusivamente a los poderes públicos, y no al resto de personas físicas o jurídicas.

Tras este análisis, entendemos que el derecho a disfrutar del ecosistema del Mar Menor en condiciones saludables depende mayoritariamente, para su ejercicio efectivo, del voluntarismo político y jurisprudencial. En el primer caso, a razón de las normas que emanen contingentemente del poder legislativo o del ejecutivo, filtradas por el criterio de oportunidad política. En el segundo caso, con base en las interpretaciones que el TC y el Tribunal Supremo realicen de la

CE y del resto del ordenamiento jurídico, extendiendo en mayor o menor medida la efectividad del principio rector.

No obstante, consideramos que existe una interdependencia sustantiva que subyace a los derechos fundamentales y a los derechos sociales (Pisarello, 2007: 40), entre los que se encuentra el derecho a un medio ambiente saludable, de tal forma que no puede entenderse plenamente garantizado el derecho a la vida, a la inviolabilidad del domicilio o a la vida familiar y privada si el medio ambiente en que esos derechos se desarrollan está degradado. Por consiguiente, el derecho a un medio ambiente saludable debería informar preceptiva y no voluntaristamente las decisiones de los poderes del Estado. Así lo interpreta también la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) y, en parte, la del TC, como estudiaremos más adelante.

## 1.2. Artículos 132.1 y 2 CE

La regulación desarrollada por los artículos 45 y 132 CE resulta complementaria, ya que este último establece la demanialización (reserva de dominio público de determinados bienes) como instrumento de defensa y restauración del medio ambiente. Así se observa ya en la STC 227/1988, donde el TC afirma que "a la inclusión genérica de categorías enteras de bienes en el demanio [...] subyacen prioritariamente otros fines constitucionalmente legítimos, vinculados en última instancia a la satisfacción de necesidades colectivas primarias, como, por ejemplo, la que garantiza el art. 45 de la Constitución" (STC 227/1988, FJ 14º). Dicha jurisprudencia es acorde con el criterio de la STC 233/2015, cuando establece que "entre las diversas interpretaciones posibles del art. 132 CE, debemos respaldar aquellas que razonablemente permitan cumplir el mandato del art. 45 CE..."

Observamos en el apartado 1º cómo se busca otorgar las notas de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad a los bienes de dominio público. Entendemos que el objetivo particular de este precepto no es otro que sustraer del tráfico jurídico privado al bien reconocido como tal, "protegiéndolo de esta exclusión mediante una serie de reglas exorbitantes de las que son comunes en dicho tráfico privado" (STC 227/1988, FJ 14º). El apartado 2º marca la vinculación de este tipo de bienes con los recursos naturales y los ecosistemas. De esta forma, el artículo 132.1 y 2 CE establece el primer mecanismo público y antropocéntrico (por su vinculación con la satisfacción de necesidades colectivas) para proteger el medio ambiente: la demanialización de los ecosistemas.

## 1.3. Artículo 149.1.23ª CE en relación con el artículo 148.1.9ª CE

Por un lado, el artículo 149.1.23ª CE concede al Estado la competencia en legislación básica sobre protección del medio ambiente, permitiendo a las Comunidades Autónomas (en adelante CCAA) ampliarla mediante normas adicionales. Por otro lado, el artículo 148.1.9ª CE otorga a las CCAA la competencia de gestión en materia de protección del medio ambiente.

El TC se ha ocupado de resolver la posible confusión competencial. La STC 118/2017 determina el contenido y alcance de las competencias del Estado y de las CCAA, de tal forma que la legislación básica estatal no puede ser tan detallada como para no permitir "desarrollo legislativo alguno de las Comunidades Autónomas" (STC 102/1995, FJ 8º). Además, la legislación básica es una legislación de mínimos, lo que implica que debe permitir a las CCAA el establecimiento de

niveles de protección más elevados (STC 118/2017, FJ 5º). Asimismo, considera el TC que la competencia estatal en medio ambiente tiene un efecto transversal en todas las "competencias sectoriales de las Comunidades Autónomas" con las que guarde relación la materia medioambiental (STC 118/2017, FJ 5º). Finalmente, se interpreta como necesario que "el Estado fije las normas que impongan un encuadramiento de una política global en materia de medio ambiente" (STC 109/2017, FJ 2º), a resultas del alcance internacional que tiene su regulación.

A raíz del análisis anterior hemos de preguntarnos hasta qué punto el reconocimiento de personalidad jurídica al Mar Menor, un parque regional cuya conservación es competencia de la Región de Murcia (art. 10.1 del Estatuto de Autonomía de la Región de Murcia), podría considerarse un abuso o extralimitación en el ámbito de competencias del Estado. Es decir, ¿supera el ámbito de la legislación básica el reconocimiento de la personalidad jurídica a un ecosistema autonómico concreto?

Ambas cuestiones deben plantearse teniendo en cuenta que el reconocimiento de personalidad conlleva la asunción de derechos, lo cual supera el nivel de protección que hasta entonces se había dado al Mar Menor, tanto en las garantías ofrecidas por leyes procedentes del nivel estatal como del autonómico. Dicho esto, parecería lógico admitir que la nueva norma va más allá del contenido que toda legislación básica debería prescribir.

## 2. Normas jurídicas medioambientales de ámbito estatal y autonómico

Junto a los preceptos constitucionales analizados *supra*, numerosas normas medioambientales estatales y autonómicas se han incorporado al ordenamiento jurídico en las últimas décadas. A continuación, expondremos una sucinta relación de aquellas que mayor afectación presentan en lo tocante a la problemática ecológica del Mar Menor, sin adentrarnos excesivamente en su contenido para no desbordar el formato de este artículo.

Por un lado, de entre las normas de ámbito estatal destacamos las siguientes: Ley 22/1988 de Costas, Ley de Aguas 1/2001, Ley 27/2006 por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente, Ley 26/2007 de Responsabilidad Medioambiental, Ley 42/2007 del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, Ley 7/2022 de residuos y suelos contaminados para una economía circular, Real Decreto 47/2022 sobre protección de las aguas contra la contaminación difusa producida por los nitratos procedentes de fuentes agrarias, y el CP en sus artículos 325, 326, 327 y 330.

Por otro lado, las normas autonómicas vigentes en la Región de Murcia con incidencia relevante en la tarea protectora del Mar Menor son más escasas. En particular, resultan esenciales la Ley 4/1992 de Ordenación y Protección del Territorio de la Región de Murcia, la Ley 7/1995 de la fauna silvestre, caza y pesca fluvial, y la Ley 3/2020<sup>5</sup> de recuperación y protección del Mar Menor.

Todas estas normas tratan de regular instrumentos garantistas desde el paradigma antropocéntrico. Estos instrumentos pueden aplicarse específicamente para combatir las causas de la degradación ecológica del Mar Menor. Para identificar a estas últimas, utilizamos el Informe integral sobre el estado ecológico

---

5 Para un análisis detallado sobre esta última ley, de especial relevancia al tratarse del principal instrumento normativo autonómico de protección del Mar Menor, ver Durá Alemañ (2020: 179-189).



del Mar Menor (apartados 1.5, 2.1 y 2.2), de 13 de febrero de 2017, cuya autoría corresponde al Comité de Asesoramiento Científico del Mar Menor. De acuerdo con este, las causas sobre las que se debe incidir son: el incremento de los desarrollos urbanísticos y turísticos; las actividades náuticas; los impactos derivados de las antiguas explotaciones mineras; el vertido de aguas contaminadas con fosfatos, nitratos y residuos de estaciones desaladoras; la expansión del regadío y la ocupación ilegal de tierras con fines agrícolas (Vicente y Salazar, 2022: 12).

Los instrumentos garantistas desarrollados por estas normas han sido generalmente de carácter administrativista o penalista, lo que los distingue de los instrumentos incorporados en la nueva Ley 19/2022. En primer lugar, se han previsto procedimientos de participación ciudadana, sistemas de concesión de autorizaciones, programas y técnicas para la realización de evaluaciones de impacto ambiental, así como obligaciones de seguimiento y elaboración de informes sobre el estado de equilibrio ecológico. Además, se han otorgado potestades de intervención administrativa a las AAPP en todos sus niveles, con el objetivo de promover acciones proactivas de defensa y restauración medioambiental. Asimismo, se han diseñado varias figuras y regímenes específicos, tales como las áreas de exclusión, las áreas de protección medioambiental y de fauna, los espacios naturales protegidos, o los programas y estrategias de evaluación y actuación. Finalmente, se han regulado sendos regímenes sancionadores para las conductas que contravengan sus disposiciones, desarrollando amplias listas de prohibiciones, infracciones y sanciones.

Sin embargo, la continua degradación ecológica sufrida por el Mar Menor, durante el tiempo de vigencia de estas normas, nos indica que sus técnicas de protección han sido ineficaces en su propósito de frenar y revertir dicha degradación<sup>6</sup>. En consecuencia, se ha hecho uso de nuevos instrumentos que partan de una concepción alternativa de la protección de los ecosistemas. Esa concepción alternativa ha sido la que ha tratado de incorporar la Ley 19/2022, a fin de superar las deficiencias en la efectividad de las normas administrativas y penales que la preceden.

### III. Análisis jurisprudencial

#### 1. Jurisprudencia del TEDH

Aquí nos centraremos en el estudio de la jurisprudencia del TEDH en relación con el articulado del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante CEDH), dada la adhesión de España a este instrumento internacional en octubre de 1979. Pese a la creciente preocupación social en materia medioambiental, el CEDH no incorpora el derecho humano a un medio ambiente saludable. No obstante, el TEDH ha articulado una jurisprudencia, con base en el artículo 8 CEDH, que permite entender el reconocimiento implícito de este por su íntima imbricación con ciertos derechos sí reconocidos (Fernández, 2015: 177-191). A continuación, expondremos la interrelación resaltada por el TEDH entre el derecho al medio ambiente y el derecho al respeto del domicilio y la vida privada y familiar (art. 8 CEDH), pues entendemos que esta es la única interpretación del

6 Para una aproximación a algunos de los errores jurídico-políticos en la historia tuitiva del Mar Menor, ver Soro Mateo (2017: 1023-1068). En cuanto a la práctica administrativa de algunas de estas normas, tanto en lo que concierne a sus aciertos como a sus errores, ver Salazar (2020: 13-15).

TEDH aplicable a la degradación medioambiental del Mar Menor. Para ello, analizaremos el argumentario del tribunal a lo largo de dos destacadas sentencias en la materia: la STEDH López Ostra c. España, de 9 de diciembre de 1994 y la STEDH Taskin y otros c. Turquía, de 10 de noviembre de 2004.

### 1.1. STEDH López Ostra c. España

Esta sentencia resuelve un recurso interpuesto por Gregoria López Ostra frente al Reino de España por vulneraciones de los artículos 3 (prohibición de tortura) y 8 (derecho de respeto al domicilio y a la vida privada y familiar) del CEDH. El caso tiene su origen en la instalación en Lorca (1988) de una depuradora con emanaciones tóxicas continuadas de gases, olores y contaminación, que suponía problemas de salud para los habitantes del municipio y para la actora. El consistorio procedió a realojar a la población afectada y a ordenar la paralización parcial de la actividad de la depuradora, aunque el resto de las actividades (también molestas y perjudiciales para la salud) se mantuvieron hasta 1993 (STEDH, *López Ostra c. España*, párrs. 8 y 9). Tras agotar la jurisdicción ordinaria, la actora recurrió en amparo ante el TC por infracción de sus derechos fundamentales a la integridad física, vida privada e inviolabilidad del domicilio familiar, y el derecho a elegir libremente el propio domicilio. Sin embargo, el TC inadmitió este recurso.

López Ostra recurrió a la Comisión Europea de Derechos Humanos, que con base en los informes médicos y periciales disponibles entendió que las emanaciones de la depuradora superaban el límite autorizado y que, por tanto, podía existir un nexo causal entre estas y los problemas de salud familiares que exponía la actora. Al resolver el TEDH, este afirma que la polución medioambiental puede afectar al bienestar de una persona, privándole del disfrute de su hogar de tal forma que su vida privada y familiar se vea afectada negativamente (STEDH, *López Ostra c. España*, párrs. 50 y 51). Ello implica que el mentado tribunal es consciente de los efectos adversos de la degradación medioambiental sobre los derechos humanos, aunque esta no suponga un ataque directo a la integridad física de los mismos. Se destaca, por tanto, la conexión entre un medio ambiente saludable y los derechos al disfrute del domicilio y a la vida privada y familiar.

Pese a que la familia de la actora estuvo habitando una casa no afectada entre febrero de 1992 hasta el cierre definitivo de la planta, el TEDH entiende que durante los tres años previos tuvieron que soportar los perjuicios provocados por esta, hasta que las recomendaciones sanitarias forzaron a la familia a mudarse. En consecuencia, el TEDH afirma que no existió un correcto balance entre los intereses económicos alrededor de la actividad de la depuradora y el derecho de respeto al domicilio y a la vida privada familiar (Fernández, 2015: 178), por lo que se reconoció la vulneración del artículo 8 CEDH (STEDH, *López Ostra c. España*, párrs. 57 y 58).

Entendemos que los perjuicios provocados por la problemática ecológica del Mar Menor pueden encontrar acomodo en la argumentación expuesta en esta STEDH. En el caso del Mar Menor no se trata de una degradación unicausal, ni tiene un único responsable, aunque de forma agregada las causas y los actores son de carácter económico. No obstante, la presión medioambiental que estos producen ha generado recurrentes problemas ecológicos: la crisis eutrófica desde 2015; la desaparición del 85% de las praderas marinas del Mar Menor en 2016; y dos grandes anoxias en 2019 y 2021, *v. gr.*

Así, se ha degradado el entorno ecológico en el que se encuadran los domicilios y se desarrollan las vidas privadas y familiares de miles de murcianos.

Siguiendo los argumentos del TEDH, entendemos que existe una afectación al bienestar personal de los pobladores ribereños del Mar Menor, privados del pleno disfrute de sus hogares y afectados negativamente en su vida privada y familiar. Incluso algunos autores advierten de la extensión entre estos pobladores de la "solastalgia, un sufrimiento emocional – angustia, estrés mental o existencial - causado por el deterioro medioambiental" (Vicente y Salazar, 2022: 9).

## 1.2. STEDH Taskin y otros c. Turquía

La sentencia resuelve un recurso interpuesto por diez ciudadanos turcos frente a la República de Turquía por vulneraciones de los artículos 2 (derecho a la vida) y 8 CEDH (derecho de respeto al domicilio y a la vida privada y familiar). El caso tiene su origen en la concesión de una autorización administrativa de explotación de una mina de oro en Ovacik, cerca de los barrios donde habitaban los recurrentes. De acuerdo con estos últimos, habían tenido que sufrir los efectos del daño medioambiental ocasionado por la actividad minera, destacando la polución por el ruido de las constantes detonaciones de explosivos, así como el riesgo de que la acumulación de elementos pesados y cianuro persistiera de 20 a 50 años (STEDH, *Taskin y otros c. Turquía*, párr. 13). Por ello, los actores entendían vulnerados sus derechos a un medioambiente saludable.

En esta sentencia, el TEDH interpreta que toda decisión pública con implicaciones medioambientales debe tener en cuenta tanto su adecuación sustantiva al artículo 8 CEDH, como el respeto a los intereses individuales afectados durante la toma de decisiones. El tribunal resalta este último aspecto procedimental. Se recuerda que las autoridades judiciales implementaron las garantías procedimentales recogidas en la legislación turca en relación con los procedimientos de impacto medioambiental. No obstante, la incapacidad de la administración para seguir efectivamente los dictámenes judiciales privaba a las garantías procedimentales de toda utilidad (STEDH, *Taskin y otros c. Turquía*, párr. 125) por lo que, consecuentemente, el TEDH constató la vulneración del artículo 8 CEDH.

De esta forma, el TEDH establece la necesidad de atender los intereses ciudadanos, tanto procedimental como sustantivamente, cuando se tome una decisión con impacto medioambiental. La presencia de tales intereses en el proceso no debe ser solo formal, sino también material, efectiva. Extrapolando esta interpretación jurisprudencial al deterioro ecológico del Mar Menor, entendemos que la presencia de los intereses ciudadanos en las decisiones públicas con impacto medioambiental ha sido materialmente inexistente. Y ello con base en la evidencia fáctica que el sistema tuitivo español nos ha aportado, ya que pese al desarrollo de instrumentos de protección medioambiental desde los años 80 (mayoritariamente ineficaces), los poderes públicos han desatendido (por inacción) las demandas e intereses medioambientales de los ciudadanos respecto al Mar Menor, priorizando los intereses económicos hasta que la degradación medioambiental ha sido insostenible e injustificable.

## 2. Jurisprudencia del TC

La jurisprudencia medioambiental del TC ha sido abundante desde la STC 64/1982, con una tendencia a ampliar el ámbito de garantía constitucional al medio ambiente. Esta ampliación ha sido consecuencia, en gran medida, de la jurisprudencia del TEDH analizada en el epígrafe anterior. Sin embargo, al igual

que ocurre con esta última, la *vis expansiva* del derecho al medio ambiente ha dependido de su interpretación conjunta con otros derechos fundamentales.

Ya en la STC 64/1982 se afirma la necesidad de establecer un equilibrio entre la actividad económica y la protección de la naturaleza mediante una utilización racional de los recursos que promueva un mejor desarrollo de la persona y asegure una mejor calidad de vida (FJ 2º). A tal fin, el tribunal reconoce la constitucionalidad de la técnica de la restauración (FJ 2º). Esta apuesta del TC por la protección del medio ambiente se refuerza en la STC 32/1983 (FJ 2º), donde se considera el derecho al medio ambiente como derecho subjetivo con idéntica necesidad de garantías que el derecho a la salud (43 CE). La Ley 19/2022 trastoca este paradigma constitucional antropocéntrico, al dejar de considerar al individuo como el eje sobre el que se articula el derecho medioambiental, otorgándole derechos autónomos al ecosistema del Mar Menor.

Sin embargo, no fue hasta la STC 102/1995 cuando el TC desarrolló el núcleo esencial de su jurisprudencia en relación con el medio ambiente y su protección. Asienta aquí la definición del medio ambiente que manejará en sus futuros trabajos, entendiendo por tal "el conjunto de circunstancias físicas, culturales, económicas y sociales que rodean a las personas ofreciéndoles un conjunto de posibilidades para hacer su vida" (FJ 4º). Este conjunto tiene una utilidad determinada, la reconducción "a la unidad los diversos componentes de una realidad en peligro" (FJ 7º). Y ello es así porque el medio ambiente "ha de ser defendido por el hombre de las propias acciones del hombre, autor de todos los desfueros y desaguisados que lo degradan, en beneficio también de los demás hombres, y de las generaciones sucesivas" (FJ 7º).

La postura del TC es clara respecto al responsable de la conservación medioambiental, el ser humano, y en cuanto a su finalidad, garantizar su beneficio propio. Ello supone una contradicción con el contenido de la Ley 19/2022. Aquí el responsable de la conservación sigue siendo el ser humano, pero la finalidad es garantizar el beneficio del ecosistema por encima de los intereses humanos, contraviniendo la lógica antropocéntrica de la jurisprudencia. Por ende, consideramos que una revisión por el TC de los fundamentos de su jurisprudencia medioambiental es ineludible, si se pretende integrar la perspectiva ecocéntrica que introduce la nueva ley.

En lo que concierne a la configuración del derecho al medio ambiente como derecho subjetivo, el TC ha introducido la noción de interdependencia de este con los derechos fundamentales, como hiciera el TEDH en el caso López Oltra y siguientes. De esta forma, en la STC 119/2001 se reconoce que cuando los niveles de saturación acústica superan un determinado umbral, por acción u omisión de los poderes públicos, se puede vulnerar el derecho a la vida, y a la intimidad personal y familiar en el ámbito domiciliario, de los artículos 15 y 18.1 y 2 CE (FJ 6º). Así se reitera en la STC 150/2011. No obstante, ambas sentencias rechazan la posibilidad de recurrir en amparo con base en el 45 CE, al afirmar el TC que su deber es "dilucidar si han tenido lugar las específicas infracciones constitucionales (de derechos fundamentales) [...] y no hemos de pronunciarnos acerca de la calidad de vida existente en el entorno urbano de su vivienda" (STC 119/2001, FJ 7º). La imposibilidad de considerar el derecho al medio ambiente como un derecho fundamental es, en parte, una de las razones para conceder derechos propios y autónomos al Mar Menor.

Respecto a la jurisprudencia relativa al título competencial del medio ambiente, ya realizamos su revisión cuando examinamos la relación entre los artículos 149.1.23ª y 148.1.9ª CE, por lo que remitimos al epígrafe correspondiente.

## IV. Estudio crítico de la ley 19/2022

La Ley 19/2022 persigue transformar las técnicas de defensa del Mar Menor. Como mostraremos de inmediato, entendemos que la ley trata de superar el esquema de protección medioambiental estatal y autonómico precedente, afectado de hipertrofia normativa e ineficacia en sus objetivos. De este modo, la norma rehúye de la perspectiva administrativista y penalista que hemos observado en los instrumentos jurídicos previos, planteando una regulación escueta y concisa, aunque con un importante potencial de aplicación y de desarrollo reglamentario. No obstante, las posibles interpretaciones de su articulado generan incertidumbre en cuanto a sus consecuencias prácticas en el equilibrio entre intereses económicos establecidos e intereses medioambientales.

### 1. Estructura

Se trata de una ley de siete artículos, una disposición derogatoria y tres disposiciones finales. A lo largo del articulado se reconoce la personalidad jurídica al Mar Menor y su cuenca, a los que se otorgan determinados derechos. Asimismo, se establece un nuevo sistema de gobernanza del ecosistema que viene a sumarse, sin suprimirlo, al sistema preexistente, con el que mantiene un alto grado de similitud estructural y funcional. También se habilita a las AAPP y al poder judicial para perseguir las conductas contrarias a la ley, incorporándose además una acción de legitimación universal. Finalmente, se establecen las obligaciones de las AAPP para con el Mar Menor.

### 2. Declaración de personalidad jurídica

La declaración de personalidad jurídica del Mar Menor y su cuenca conlleva su reconocimiento como sujeto de derechos (art. 1). Es sobre dicha declaración sobre la que se pretende articular el nuevo sistema de garantías ecocéntricas. El debate doctrinal en torno a esta concreta figura de protección ha sido abundante a lo largo de las últimas décadas, debate que se ha visto ampliado en España con la aprobación de la Ley 19/2022. Seguidamente, destacamos dos problemáticas respecto a la aplicación de este instrumento de protección a la laguna murciana.

En cuanto a la primera, observamos que para justificar la idoneidad del reconocimiento de personalidad jurídica al Mar Menor, se argumenta acertadamente que esta "atribuye [...] la capacidad de ser sujeto de derechos, con capacidad jurídica (tener y gozar de derechos propios) y capacidad de obrar (la posibilidad de ejercer tales derechos)" (Vicente y Salazar, 2022: 8-12). Se presume así que dicha capacidad jurídica y de obrar incrementa las garantías del ecosistema. Con todo, entendemos que la personalidad jurídica no supone exclusivamente ser titular de derechos, sino también de obligaciones. La Ley 19/2022 reconoce únicamente derechos para el Mar Menor, ya que difícilmente puede una laguna contraer obligaciones o asumir cualquier tipo de responsabilidad jurídica. En este sentido, resulta conflictivo aplicar todas las notas y características de la personalidad jurídica a un ecosistema.

Respecto a la segunda, y como ya han expuesto las profesoras Lozano Cuitanda y García de Enterría (2022: 6), el reconocimiento de personalidad jurídica a los ecosistemas no tiene por qué suponer una mejora efectiva en el nivel de protección de estos, ya que lo prioritario para su garantía es que el instrumento



al que se recurra se aplique de forma eficaz. De hecho, y así ha sido afirmado en otros trabajos, "el ordenamiento puede proteger determinadas realidades sin necesidad de convertirlas en sujetos de nada, como ya ocurre con la misma naturaleza mediante el reconocimiento a los ciudadanos, sí, de derechos ambientales, [...] o mediante el establecimiento de garantías institucionales sólidas y jurídicamente protegidas" (Viciano, 2019: 71). En consecuencia, entendemos que otorgar personalidad jurídica al Mar Menor no es la opción más adecuada para su conservación.

### 3. Derechos reconocidos al Mar Menor

El artículo 2 requiere un mayor detenimiento en el análisis por nuestra parte, ya que plantea más problemáticas de índole constitucional. En primer lugar, se reconoce "al Mar Menor y su cuenca los derechos a la protección, conservación, mantenimiento y, en su caso, restauración, a cargo de los gobiernos y los habitantes ribereños" (art. 2.1). Tal disposición conecta con la referencia a la solidaridad colectiva del artículo 45.2 CE.

El derecho a existir y evolucionar naturalmente trata de garantizar que el orden natural que rige el Mar Menor sea respetado, para asegurar el equilibrio del ecosistema frente a las injerencias humanas. No obstante, como recordaba la STC 102/1995, el medio ambiente es un conjunto de circunstancias físicas, culturales, económicas y sociales, y el ecosistema supone la interacción entre unos seres vivos y su ambiente. En este sentido, entendemos que el concepto de equilibrio ecológico debe tener en cuenta la interacción que ejerce el ser humano sobre el ambiente, más allá de su mera identificación como agresor. La redacción del artículo 2.2.a) excluye al factor humano como parte de la armonía ecosistémica que debe alcanzarse, ignorando sus intereses, pese a la indisociable relación entre ambos como bases del "sistema socio-ecológico" (Ostrom, 2009: 419-422).

Aunque entendemos la voluntad de constituir un sistema de protección ecocéntrico, su configuración no puede ignorar la influencia del ser humano en el ecosistema o reducirlo a la mera figura de agresor, confrontando jurídica y antagónicamente las actividades humanas asentadas en la laguna con los nuevos instrumentos de defensa del Mar Menor. Por consiguiente, entendemos que la perspectiva ecocéntrica que informa toda la ley podría provocar confrontaciones con derechos constitucionales tales como el derecho a la propiedad (33 CE) y a la libertad de empresa (38 CE), dada la incapacidad de la norma para aunar la perspectiva antropocéntrica y ecocéntrica.

Y es que, como se reconoce en el artículo 2.2.b), el derecho a la protección conlleva la limitación, el freno y la no autorización de las actividades que supongan un riesgo o perjuicio (entendido también como daño) para el ecosistema, de nuevo excluyendo al factor humano. Entre la legislación previa encontramos multitud de definiciones que describen los conceptos de riesgo, daño o perjuicio (por ejemplo, el artículo 2.2 de la Ley 26/2007), así como instrumentos de intervención y regímenes sancionadores frente a estos. Empero, estas definiciones e instrumentos respondían a normas administrativas que positivizaban con seguridad jurídica<sup>7</sup> unos determinados supuestos de hecho (infracciones y

7 Entendida como la suma de la posibilidad ciudadana de conocer las normas que se les aplican, la interpretación de estas conforme a la forma en que la sociedad asume que se aplicarán, y la confianza en que su aplicación será efectiva (Balaguer *et al.*, 2019: 99). Es decir, las conocidas cualidades de certeza del derecho y previsibilidad de su aplicación.

potestades administrativas) y los enlazaba con unas específicas consecuencias jurídicas (sanciones y actuaciones administrativas). Por lo tanto, entendemos que el concepto de protección que se maneja en la Ley 19/2022 es opuesto a los anteriores en dos cuestiones de especial relevancia.

En primer lugar, el reconocimiento de la personalidad jurídica al Mar Menor no otorga un derecho a la protección con márgenes acotados y positivizados, sino un derecho general frente a toda actividad que pueda suponer un perjuicio para el ecosistema. La personalidad jurídica no incorpora un anexo detallado de riesgos o perjuicios cuya materialización habilite la protección, sino que es susceptible de la misma frente a todo riesgo o perjuicio posible. El ecosistema del Mar Menor, al ser inseparable del factor humano y sus actividades, se ve afectado por una inmensa pluralidad de influencias multicausales cuya consideración como riesgo, perjuicio o daño no siempre es clara, sino discutible. Dada la hipersensibilidad de los ecosistemas a factores externos, y relacionándola con las conductas que provoquen daños, perjuicios o riesgos, ¿es realmente posible identificar a cada uno de los responsables, su grado de participación, el mantenimiento del nexo de causalidad, y las consecuencias específicas de tales conductas? En ciertas ocasiones esta identificación es sencilla, como en el caso de un vertido ilegal, pero más difícil sería identificar, por ejemplo, la responsabilidad de un turista que con sus actividades aumenta la presión sobre el equilibrio lagunar; o la responsabilidad de las empresas hoteleras y puertos deportivos por todas y cada una de las actividades que llevan a cabo.

De este modo, dado que la propuesta de protección de la norma colisionará con otros derechos constitucionales ya mentados, consideramos indispensable, en pro de la seguridad jurídica (9.3 CE), que se acote aquello que eventualmente podría considerarse riesgo, daño o perjuicio. Sin embargo, esa ha sido precisamente la estrategia legislativa seguida por el ordenamiento jurídico precedente, del que reniega la nueva ley y la perspectiva ecocéntrica a causa de su ineficacia. Por lo tanto, nos encontramos ante el siguiente dilema: o bien entendemos que los conceptos de riesgo, daño y perjuicio se vehiculan mediante las conductas positivamente tipificadas en las normas precedentes, por lo que la nueva ley tendría efectos meramente simbólicos, o bien deberían tipificarse todas y cada una de las conductas que puedan suponer un riesgo, daño o perjuicio para el Mar Menor. Esta última alternativa, en definitiva, sería tan inoperante como pretender tipificar y sancionar absolutamente todas las conductas que pudieran perjudicar a un ser humano.

En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, los instrumentos de defensa ya no pueden ser exclusivamente prospectivos, como ocurría en normas previas (por ejemplo, el artículo 16 de la Ley 3/2020). El artículo 2.2.b) permite detener las actividades que supongan riesgos o perjuicios al Mar Menor. De acuerdo con el Informe integral sobre el estado ecológico del Mar Menor de 13 de febrero de 2017, parte significativa de la degradación del ecosistema es causada por la transformación urbanística y el desarrollo del turismo actualmente presentes en la zona. De aplicarse estrictamente el sistema propuesto por la norma, habida cuenta de la indeterminación de los conceptos de riesgo, daño y perjuicio, podrían ser considerados como tales el mantenimiento del sector turístico y del desarrollo urbanístico ya finalizado. Así, entendemos que lo indeterminado e indeterminable del derecho a la protección podría llegar a utilizarse para avalar el retroceso de la actividad turística en la laguna, o la relocalización de áreas urbanizadas, además de amparar el freno de cualquier actividad económica con riesgos para el Mar Menor, por mínimos que estos fueran. Ello, insistimos, supondría una confrontación con los derechos constitucionales de propiedad privada y libertad de empresa.

Todo lo anterior se refuerza con el reconocimiento de los derechos a la conservación y a la restauración. El primero exige acciones de preservación de las especies y hábitats, junto a la gestión de los espacios naturales protegidos (de las que ya se ocupan las leyes autonómicas 4/1992, 7/1995 y 3/2020); el segundo requiere que, una vez producido el daño, se promuevan acciones de reparación para restablecer la dinámica natural y la resiliencia (art. 2.2.c y d).

Debe tenerse en cuenta que la dinámica natural del ecosistema, desde el prisma ecocéntrico de la norma, no incorpora al factor humano y, por ende, se propone una restauración lo más próxima posible al estado original de equilibrio ecológico del Mar Menor. Pero para lograr esa meta no se pueden restaurar únicamente los daños futuros, sino también los provocados en el pasado y que fueron legitimados por el ordenamiento jurídico previo y la jurisprudencia del TC, mediante la que se pretendía equilibrar los valores de "desarrollo económico" y "medio ambiente saludable". Que este desarrollo fuera constitucional no significa que no cause daños al Mar Menor en la actualidad. Ello nos lleva a entender que la consecuencia lógica para garantizar la restauración de la dinámica natural es actuar sobre todas las manifestaciones del desarrollo económico con posibles efectos dañinos para el Mar Menor.

Lo cual refleja la necesidad de superar una contradicción jurídica latente. Si este efecto retroactivo de la protección y restauración es efectivamente el que debe aplicarse, las consecuencias para la seguridad jurídica (art. 9.3 CE) son exorbitantes e inconstitucionales, sin olvidar la afectación directa al ejercicio de los derechos a la propiedad privada y a la libertad de empresa. Si por el contrario debe entenderse que los derechos reconocidos se aplican a futuro, consideramos que esta norma resultará tan ineficaz en su finalidad protectora como lo fueron las anteriores, al no actuar sobre el problema principal: las actividades ya asentadas en la zona y que sobrecargan la laguna.

#### **4. Persecución de conductas contrarias a la Ley 19/2022**

Los artículos 4, 5 y 6 habilitan la persecución de las conductas contrarias a las disposiciones contenidas en la Ley 19/2022 y a los derechos reconocidos al Mar Menor.

En primer lugar, el artículo 4 declara la responsabilidad penal, civil, ambiental o administrativa para toda conducta contraria a los derechos del Mar Menor, ya sea cometida por autoridad pública, entidad de derecho privado, persona física o persona jurídica. Se habilita la persecución de estas conductas por medio de las leyes que regulan dichas responsabilidades. A diferencia de los regímenes sancionadores previos, no son las infracciones tipificadas las que se pueden perseguir, sino que toda conducta contraria a los derechos (aunque no se encuentre tipificada) puede ser perseguida por normas penales, civiles, ambientales y administrativas.

A fin de no contravenir el principio de tipicidad, entendemos que los derechos del Mar Menor se protegen por medio de la responsabilidad regulada en las normas previas. Y ello no deja de ser contradictorio con los objetivos de esta ley, puesto que rechaza la herencia normativa anterior por ineficaz, pero se abraza a ella para garantizar su propia capacidad protectora.

Asimismo, el artículo 5 tampoco innova en demasía cuando permite perseguir toda actuación de las AAPP contraria a las disposiciones contenidas en la ley, dado que ello ya se preveía en el artículo 22 de la Ley 27/2006. En consecuencia, entendemos que el único aspecto en que se innovaría el régimen de garantía, más allá del reconocimiento de los derechos al Mar Menor, es en la

ampliación de la legitimación para perseguir las conductas que vulneren los derechos del ecosistema. Así, el artículo 6 de la ley legitima a toda persona física o jurídica para defender el ecosistema por medio de una acción ante el tribunal o administración correspondiente, "hecho [...] que constituye un instrumento evidente para el control objetivo de la legalidad", a costa probablemente de un "aumento de la litigiosidad y [...] de fraudes" (Cordón, 2022: 5). Ello contrasta con la limitada legitimación del artículo 23 de la Ley 27/2006, únicamente concedida a personas jurídicas sin ánimo de lucro que cumplieran con determinados requisitos.

Siguiendo la crítica al uso indeterminable de los conceptos de daño, perjuicio o riesgo en esta ley, es conveniente detenernos en las posibles consecuencias de una aplicación con perspectiva ecocéntrica del artículo 5. Si son susceptibles de restauración las conductas que generen o hayan generado daños, riesgos o perjuicios al Mar Menor, ¿cómo debemos interpretar jurídicamente las autorizaciones concedidas por las AAPP? Es decir, si las actividades económicas que se desarrollan en la zona tienen generalmente impactos medioambientales sobre el Mar Menor, y la autorización pública es esencial en la mayoría de estas actividades, entendemos que la concesión de autorizaciones públicas para el ejercicio de actividades puede interpretarse indirectamente como daño, riesgo o perjuicio medioambiental. De este modo, dicha interpretación extensiva, puesta en relación con el artículo 5, podría habilitar la persecución de las AAPP por conceder autorizaciones, conduciendo a una confusa paralización administrativa.

En consecuencia, también deberíamos plantearnos los efectos sobre las normas que habilitan estas autorizaciones. Si la disposición derogatoria única de la Ley 19/2022 incide sobre todas las disposiciones que le sean contrarias, y las autorizaciones contravienen materialmente su carácter ecocéntrico, podrían ser parcialmente derogadas las disposiciones de las normas medioambientales previas a la nueva ley, cuando estas permitan la concesión de autorizaciones para actividades con posibles impactos medioambientales. Esta posibilidad adquiere relevancia si tenemos en cuenta que la disposición derogatoria carece de una delimitación clara de las "normas afectadas por su aprobación y, en su caso, derogaciones expresas de aquellos preceptos que resulten contrarios a sus determinaciones" (Rogel, 2022: 725).

## 5. Obligaciones de las AAPP

La ley establece una serie de obligaciones para todas las AAPP (art. 7), de tal forma que les son exigibles determinadas conductas proactivas. En primer lugar, se obliga al desarrollo de políticas públicas y acciones de prevención, alerta, protección y precaución para evitar la extinción de la biodiversidad o la alteración del equilibrio del ecosistema. En segundo lugar, las AAPP deberán promover campañas de concienciación sobre los peligros ambientales para el Mar Menor. Además, será necesario realizar informes periódicos sobre el estado del ecosistema, así como restringir las actividades que puedan conducir a la extinción de especies, destrucción del ecosistema o alteración permanente de los ciclos naturales. Finalmente, deberá prohibirse o limitarse la entrada de organismos y material que pueda alterar definitivamente el patrimonio biológico del Mar Menor.

El contenido de carácter protector de las leyes estatales y autonómicas previas a la Ley 19/2022 demuestra que la primera de las obligaciones ha sido cumplida por las AAPP, aunque sus instrumentos hayan sido ineficaces; la segunda obligación se desarrolla ya por varias de estas normas (por ejemplo, en los artí-

culos 5.2.d Ley 42/2007 o 19.2.e Ley 27/2006). En cuanto a la tercera, se realizan estudios por todas las AAPP (por ejemplo el informe integral del Comité de Asesoramiento Científico del Mar Menor) y se desarrollan mapas de riesgos actuales y posibles (por ejemplo, en la Orden 23 de diciembre de 2019, de la Consejería de Medio Ambiente de la Región de Murcia). La quinta, al igual que la primera, ha sido objeto de varias medidas de protección reguladas por estas normas. A diferencia de las restantes, entendemos que la cuarta obligación sí es novedosa. La obligación de restringir las actividades que puedan afectar negativamente al Mar Menor conecta con la interpretación extensiva de los derechos del artículo 2. Por lo tanto, la asunción de dicha obligación incidiría en la posibilidad de restringir las actividades económicas ya en desarrollo que pudieran suponer una mayor degradación ecológica para el Mar Menor.

Con todo, queda por resolver si se asocia alguna consecuencia jurídica al incumplimiento de las obligaciones. Entendemos que los artículos 4 y 6 permiten perseguir conductas que no respeten los derechos reconocidos al Mar Menor o que vulneren las prohibiciones impuestas en la ley. No obstante, nada se dice en estos artículos de las obligaciones de las AAPP. De igual modo, el artículo 5 hace referencia a los actos o actuaciones que vulneren las disposiciones de la ley. Por tanto, sólo podría entenderse que la ley asocia consecuencias jurídicas al incumplimiento si comprendemos que los actos o actuaciones del artículo 5 incorporan la omisión. La interpretación contraria, que entendemos más acorde con el tenor literal de la ley, es que la norma no incorpora dichas consecuencias, sino que habrá de recurrirse a la acción del artículo 22 de la Ley 27/2006.

## V. Conclusiones

A lo largo de este artículo, hemos acometido un examen de la jurisprudencia del TEDH y del TC con mayor afectación en la problemática ecológica del Mar Menor, así como una sumaria recopilación de las normas medioambientales y sus instrumentos de protección. Con base en este estudio previo, hemos podido realizar un análisis crítico de la Ley 19/2022 para el reconocimiento de personalidad jurídica a la laguna del Mar Menor y su cuenca, alcanzando el objetivo que nos planteábamos en la introducción de esta investigación: identificar y estudiar los posibles conflictos jurídicos originados como consecuencia de la aprobación de dicha norma. Entendemos que estos conflictos y sus consecuencias jurídico-constitucionales serán la base sobre la que el TC edifique su argumentación jurídica y su fallo, cuando emita la sentencia sobre la constitucionalidad de la ley. Por consiguiente, sólo nos restaría exponer cuáles son las posibles consecuencias constitucionales de tales conflictos, y proponer una futura línea de investigación alrededor del título competencial de la protección del medio ambiente.

En primer lugar, ha quedado demostrado que la aprobación de la ley introduce el paradigma ecocéntrico en nuestro ordenamiento jurídico, que es eminentemente antropocéntrico. Así, entendemos que debería llevarse a cabo un reajuste y reinterpretación tanto de la jurisprudencia constitucional como de determinadas normas previas, a fin de brindar acomodo pacífico a la nueva norma en el ordenamiento jurídico. De lo contrario, si existen resistencias y conflictos en el proceso de reajuste, la jurisprudencia constitucional podría acabar desnaturalizando el contenido de la nueva ley para adaptarlo al paradigma antropocéntrico.

En segundo lugar, la perspectiva ecocéntrica incorporada ignora la pertenencia del factor humano a la realidad medioambiental y ecosistémica, recon-



duciéndolo a la posición de agresor externo. Ello tiene consecuencias en el plano jurídico, de entre las que destacamos los posibles conflictos constitucionales con el derecho a la propiedad privada (33 CE) y a la libertad de empresa (38 CE), conflictos que deberá resolver la jurisprudencia constitucional adoptando las tesis ecocéntricas o manteniendo el paradigma antropocéntrico.

En tercer lugar, la combinación resultante de reconocer personalidad jurídica y derechos autónomos al Mar Menor conlleva la imposibilidad de determinar los límites y el alcance de los conceptos de daño, riesgo y perjuicio que afecten a dicho ecosistema. Por consiguiente, la instrumentalización de tales conceptos por la ley incorpora un elemento de quiebra de la seguridad jurídica en nuestro ordenamiento.

En cuarto lugar, las características particulares del entramado tuitivo regulado por la Ley 19/2022 implican una superación fáctica del sistema hipertrofiado de protección administrativa y penal, el cual había caracterizado a los instrumentos normativos anteriores. El reconocimiento de personalidad jurídica y de derechos autónomos sustituye a la concesión de potestades administrativas, al establecimiento de prohibiciones, y a la regulación de regímenes sancionadores. Sin embargo, no deja de ser reseñable que la nueva ley, en su artículo 4, haga depender su efectividad de estas normas e instrumentos previos que, precisamente, trataba de superar.

En quinto lugar, los derechos a la existencia, protección, conservación y restauración del Mar Menor pueden interpretarse de forma restringida o extensiva. La elección de la primera opción conlleva una profunda limitación de la efectividad de la norma; la aplicación de la segunda, en cambio, podría suponer la persecución de toda actividad que directa o indirectamente genere impactos medioambientales sobre el Mar Menor. Ello provocaría importantes consecuencias jurídicas paralizantes o de retroceso para las actividades económicas asentadas en la zona y para la tendencia de la praxis administrativa imperante hasta el momento.

Finalmente, la regulación del reconocimiento de la personalidad jurídica al Mar Menor, y de sus derechos autónomos, extiende hasta tal punto las posibilidades de defensa y garantía del ecosistema que debería ser interpretada como una legislación de máximos y no básica o de mínimos. De esta forma, y siguiendo la reciente jurisprudencia del TC, se dificulta enormemente a la Región de Murcia el desarrollo de mayores niveles de protección para el Mar Menor, lo que podría suponer una invasión del Estado en el ámbito competencial de la autonomía murciana.

Por consiguiente, y siendo conscientes de que el reconocimiento otorgado al Mar Menor puede hacerse extensible a otros ecosistemas españoles, aprovechamos estas conclusiones para proponer una línea de investigación futura. Con base en el artículo 45.2 CE, y en la relación competencial entre los artículos 149.1.23ª CE y 148.1.9ª CE, podría estudiarse la viabilidad de establecer una legislación básica estatal, que regulara las bases materiales y formales de futuras leyes autonómicas de reconocimiento de personalidad y derechos a ecosistemas. Esta legislación básica podría regular general e indicativamente: por un lado, las consecuencias jurídicas mínimas que se derivan del reconocimiento autonómico de la personalidad jurídica a un ecosistema; por otro lado, el esquema básico, armonizado y formal del contenido que deberían incorporar las normas autonómicas en que se reconocieran la personalidad jurídica y los derechos del ecosistema.

Llegados a este punto, resulta pertinente destacar que el pasado 7 de febrero de 2023 el Pleno del TC admitió a trámite el recurso de inconstitucionalidad 8583-2022, promovido por más de cincuenta diputados del Grupo Parlama-

rio Vox, contra la Ley 19/2022. Pese a que el contenido íntegro del recurso interpuesto no es todavía conocido, las declaraciones de los responsables políticos del partido inciden en que el recurso se centra en la posible invasión de competencias medioambientales autonómicas, la oposición a los derechos constitucionales de libertad de empresa y propiedad privada, y la vulneración de los principios de seguridad jurídica y legalidad sancionadora.

De esta forma, el TC deberá pronunciarse sobre la mayoría de las problemáticas y conflictos jurídico-constitucionales reseñados en este artículo en una sentencia que, probablemente, resulte de gran importancia para el devenir de nuestro sistema de protección medioambiental. Ello permitirá extender la línea de investigación planteada en este artículo, una vez conocida la postura del tribunal en la materia, profundizando en los efectos jurídicos que resulten de la primacía del paradigma medioambiental ecocéntrico o antropocéntrico.

### **Bibliografía**

- Álvarez Carreño, S. M. y Soro Mateo, B. (2022). Derechos y políticas ambientales en la Región de Murcia (primer semestre 2022). *Revista Catalana de Dret Ambiental*, 13, 1-29.
- Bachmann Fuentes, R. I. y Navarro Caro, V. (2021). Derechos de la naturaleza y personalidad jurídica de los ecosistemas: nuevo paradigma de protección medioambiental. Un enfoque comparado. *Revista internacional de pensamiento político*, 16, 357-378.
- Balaguer Callejón, F., Cámara Villar, G., López Aguilar, J. F., Balaguer Callejón, M. L., y Montilla Martos, J. A. (2019). *Manual de Derecho Constitucional, Volumen I*. España: Tecnos.
- Comité de Asesoramiento Científico del Mar Menor. (2017). *Informe integral sobre el estado ecológico del Mar Menor*.
- Cordón Moreno, F. (2022). *Legitimación para la defensa del Mar Menor personificado como sujeto de Derecho*. Toledo: Centro de Estudios de Consumo. Disponible en: [https://www.centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Legitimaci%C3%B3n\\_para\\_la\\_defensa\\_del\\_Mar\\_Menor\\_personificado\\_como\\_sujeto\\_de\\_Derecho.pdf](https://www.centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Legitimaci%C3%B3n_para_la_defensa_del_Mar_Menor_personificado_como_sujeto_de_Derecho.pdf)
- Durá Alemañ, C. J. (2020). Ley 3/2020, de 27 de julio, de recuperación y protección del Mar Menor. *Actualidad Jurídica Ambiental*, 104, 179-189.
- Fernández Egea, R. (2015). La protección del medio ambiente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: últimos avances jurisprudenciales. *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 1, 163-204.
- López Menudo, F. (1991). El derecho a la protección del medio ambiente. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 10, 161-201.
- Lozano Cutanda, B. y García de Enterría, A. (2022). La declaración del Mar Menor y su cuenca como persona jurídica: un "embrollo jurídico". *Diario La Ley*, 10163.
- Martínez Dalmau, R. (2019). Fundamentos para el reconocimiento de la Naturaleza como sujeto de derechos. En L. Estupiñan (ed.), C. Storini (ed.), R. Martínez (ed.) y F. A. de Carvalho (ed.). *La naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático* (pp. 31-47). Bogotá: Universidad Libre.
- Nash, R. (1989). *The Rights of Nature: A History of Environmental Ethics*. Wisconsin: University of Wisconsin Press.
- Ostrom, E. (2009). A General Framework for Analyzing Sustainability of Social-Ecological Systems. *Science*, 325, 419-422.

- Pisarello, G. (2007). *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*. España: Trota.
- Rogel Vide, C. (2022). ¿Lagunas como sujetos de derechos? -El Mar Menor y la Ley 19/2022-. *Revista general de legislación y jurisprudencia*, 4, 713-728.
- Salazar Ortuño, E. (2020). La protección del Mar Menor bajo la normativa de la Administración. *Boletín de la Comisión de Contencioso Administrativo de Juezas y Jueces para la Democracia*, 3, 13-15.
- Soro Mateo, B. (2017). Los errores jurídico-políticos en torno al Mar Menor. En F. López (coord.). *Observatorio de Políticas Ambientales 2017* (pp.1023-1068). España: CIEMAT.
- Stone, C. (1972). Should trees have standing? Toward legal rights for natural objects. *Southern California Law Review*, 45, 450-501.
- Storini, C. y Quizhpe, F. (2019). Hacia otro fundamento de los derechos de la Naturaleza. En L. Estupiñan (ed.) C. Storini (ed.), R. Martínez (ed.) y F. A. de Carvalho (ed.). *La naturaleza como sujeto de derechos en el constitucionalismo democrático* (49-69) Bogotá: Universidad Libre.
- Vicente Giménez, T. y Salazar Ortuño, E. (2022). La iniciativa legislativa popular para el reconocimiento de personalidad jurídica y derechos propios al Mar Menor y su cuenca. *Revista Catalana de Dret Ambiental*, 13, 1-38.
- Viciano Pastor, R. (2019). La problemática constitucional del reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos en la constitución del Ecuador. *Parlamento y Constitución. Anuario*, 20, 63-81.



# El conflictivo control jurisdiccional del indulto: el juicio del *procés*

## *The contentious jurisdictional control of pardons: the *procés* case*

**JAVIER MOHEDANO TEJEDOR**

Graduado en Derecho y Administración y Dirección de Empresas.

Universitat de València

javiermohedano99@gmail.com

DOI: <https://doi.org/10.7203/cc.4.28103>

Fecha de recepción: 13/03/2023

Fecha de aceptación: 29/09/2023

### **Resumen**

El indulto es una de las instituciones más polémicas del ordenamiento jurídico español. Constituida como facultad discrecional del Ejecutivo, permite dejar sin efecto una condena ajustada a Derecho sin necesidad de motivación alguna, por entenderlo beneficioso para el interés nacional. La Ley del Indulto establece unos requisitos formales que el Gobierno ha de respetar y que han sido empleados por el Tribunal Supremo como resquicio para ejercitar una cada vez más estricta fiscalización a raíz de recursos diferentes. Progresivamente, se ha pasado de negar el control jurisdiccional a impedir su concesión en revisión de elementos materiales. A esta disputa se suma la oscura problemática del interés legítimo, fundamental a la hora de decidir si al recurrente le ampara la ley en sus pretensiones. Estas vicisitudes se examinan tomando como paradigma el denominado *procés*, ejemplo inmejorable para analizar la institución.

### **Palabras clave**

Indulto, Tribunal Supremo, discrecionalidad, Gobierno, *procés*.

### **Abstract**

*The pardon is one of the most controversial institutions regulated in the Spanish legal system. Constituted as a discretionary faculty of the Government, it allows a sentence passed in accordance with the law to be left without effect, devoid justification, in understanding that the decision is beneficial to the country. The legislation regulating the pardon establishes a series of formal requirements that must be respected and that have been used by the Supreme Court as the last possibility of executing a more and more strict control, after a variety of judicial appeals. Progressively, the scrutiny has gone from negating the control of pardons to impeding its concession due to material elements, in a gradual fluctuating path. Added to this is the problematic of legitimate interest, critical in deciding whether if the appellant is supported by the law. These vicissitudes can be examined by taking the *procés* as an example.*

### **Keywords**

*Pardon, Supreme Court, discretion, government, *procés*.*



## Sumario

**I. Introducción. II. El control jurisdiccional del indulto. 1. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional y el control de los indultos 2. El control contencioso-administrativo del indulto. 2.1. Orígenes del control contencioso administrativo del indulto. 2.2. El orden competente para controlar el indulto. 2.3. La aplicación de la doctrina inicial del TS. 2.4. La exigencia de motivación en la concesión de indultos. 2.5. El control jurisdiccional sobre la extensión del indulto. 3. El estado actual de la doctrina jurisprudencial sobre el control de los indultos. 4. Requisitos legales y jurisprudenciales de recurribilidad: la figura del interés legítimo en el ámbito de las medidas de gracia. 4.1. El interés legítimo como requisito de recurribilidad. 4.2. Acusación popular e interés legítimo en la jurisprudencia del TC. III. Los indultos del *procés*. 1. Las posiciones de las partes y la resolución del TS. 2. Los votos particulares a favor del interés legítimo de Vox. 3. El cambio de composición de tribunal y la posterior admisión de la impugnación a los indultos. 4. La doctrina jurisprudencial aplicada al caso del *procés*. IV. Conclusiones. *Bibliografía*.**

### I. Introducción

Ciento cincuenta y tres años suma la Ley de 18 de junio de 1870 estableciendo reglas para el ejercicio de la gracia de indulto (LI). Entre el texto original y el que hoy día sigue vigente, tan solo existen unos cuantos articulados de diferencia: la ligerísima modificación del artículo 15 por medio de un Decreto Ley de 1927, una reforma de cierto calado protagonizada por la Ley 1/1988, de 14 de enero, y la añadidura de una disposición adicional por la Ley 1/2015, de 30 de marzo. Para tratar el indulto es conveniente no olvidar su pasado, pero tampoco su presente, y es que el contenido actual de la LI es discutiblemente menos adecuado a la Constitución Española (CE) que el original.

"La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley" declara el artículo 117 CE. Así habría de ser, si bien el artículo 62.i) del mismo texto arrebató tal facultad al Poder Judicial en las circunstancias que la ley establezca. Es cierto que tal vaciado de funciones es circunstancial, pero su tenor literal abre la puerta a regulaciones poco respetuosas con el principio de separación de poderes. Con todo, la práctica totalidad de los ordenamientos jurídicos contemporáneos europeos recogen tal prerrogativa. Los poderes del Estado tienen el deber de "promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas" (art. 9.2 CE) lo que se conjuga necesariamente con la defensa de la justicia. De tal suerte, el problema

no estriba tanto en la propia institución del indulto, sino en la forma en que se ejerce, sometida, en principio, a reducidos límites<sup>1</sup>.

El indulto tiene sentido como instrumento que permite ajustar las grietas de justicia material a consecuencia de leyes inadecuadas. Ello, sin duda, constituye una opinión razonable, pero asume falazmente que el indulto ha de ser justo. No solo porque la ley y la CE permiten los perdones injustos, por permitir cualquiera, sino sobre todo porque es probable que el legislador simplemente quisiera otorgar al Gobierno una herramienta para tomar decisiones de índole estrictamente política. Opinión pública y doctrina tienden a despreciar la institución al considerarla desfasada. En ocasiones, el impulso fiscalizador del Tribunal Supremo (TS) ha llegado a rechazar la concesión de un indulto con justificación en la Exposición de Motivos de la LI y el abstracto veto a la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE). Sin embargo, también ha dictado resoluciones criticadas por su pasividad ante presuntos abusos de la figura, como con el asunto del *procés*.

El uso despótico del indulto es peligroso, pero también el atrevimiento de los jueces a interpretar de manera totalmente libre las normas, por considerarlas injustas. Si la primera pone en tela de juicio la separación de poderes, la segunda derriba el principio de seguridad jurídica.

## II. El control jurisdiccional del indulto

Las medidas de gracia han sido históricamente un firme complemento a la administración ordinaria de justicia. Mediante su empleo se reconocen las bondades de una institución que permite esquivar regulaciones arcaicas, desfasadas o directamente inconvenientes políticamente, dotando al ordenamiento de una flexibilidad de la que no puede, ni debe, gozar si lo que se pretende es una verdadera separación de poderes. El Poder Judicial, para que de él emane una deseable seguridad jurídica, ha de funcionar de forma predecible, con la mínima improvisación por parte de los magistrados, pues de lo contrario devendría Legislador, dejando inoperante la separación de poderes<sup>2</sup>. Ahora bien, la realidad práctica demuestra que la creación de un ordenamiento donde todas y cada una de las posibles realidades hayan sido representadas es una entelequia, lo que puede provocar que el juez, al aplicar la ley de manera ciega, haya de dictar sentencias cuya resolución es injusta, entendiendo por tal que la aplicación de la norma, pese a ser indiscutiblemente certera, provoque un resultado distinto al que el legislador hubiera querido. En definitiva, como el Legislativo no puede prever todos los extremos de las leyes que dicta, habrá situaciones en que su aplicación provoque consecuencias que, de haberse advertido, hubieran derivado en una diferente redacción de los preceptos aplicados, en busca de una pretendida justicia material<sup>3</sup>.

La institución del indulto es esencialmente una facultad unilateral y discrecional del Ejecutivo. Un instrumento para dejar sin efecto una pena dictada

1 Santana Vega (2016: 68) considera, directamente, que el control jurisdiccional del indulto es un "artilugio estético", y no un mecanismo real de control.

2 Es interesante la matización que realiza Solozábal Echavarría (1981: 233), cuya obra incorpora las dificultades que en la práctica enfrenta el principio de separación de poderes, siendo defensor de la teoría de la "colaboración de poderes", que propugna el apoyo de unos poderes en otros para el ejercicio de sus funciones.

3 Esta idea es la defendida por Fliquete Lliso (2018: 209-211) a la hora de plantear una posible armonización del indulto en el seno de un sistema democrático de derecho.

conforme a Derecho por considerarlo beneficioso para el interés nacional. Sin embargo, su aplicación está sometida a ciertos controles, como el ejercido judicialmente. Estas precauciones tienen como fin evitar que la discrecionalidad del Ejecutivo se convierta en arbitrariedad, prohibida por el art. 9.3 CE.

En sede jurisdiccional, el control ha sido objeto de un largo desarrollo, pasando de negar totalmente la capacidad fiscalizadora de los tribunales a afirmarla en circunstancias ciertamente polémicas.

## 1. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional y el control de los indultos

La mayor parte de la jurisprudencia referida a la facultad fiscalizadora del Poder Judicial de los indultos proviene del orden contencioso-administrativo. No obstante, la aportación del Tribunal Constitucional (TC) es fundamental al constituir el punto de partida.

La base que permite el posterior desarrollo jurisprudencial proviene del Auto 360/1990, de 5 de octubre, que asevera que no es posible que un indulto "sea fiscalizable sustancialmente" (F.J. 5º). Esta afirmación, sin embargo, fue pronto interpretada laxamente<sup>4</sup>, al entenderse que estaba tácitamente admitiendo controles que no entrasen en el plano "sustancial", y se limitaran al ámbito estrictamente procedimental. El TC se refiere además a la razón de ser del indulto, explicando que esta "permite compatibilizar las exigencias de la justicia formal con las de la justicia material" y añade que su concesión no vulnera o deja de vulnerar los derechos del condenado (F.J. 5º). Sea como fuere, el TC no vetó el examen de los elementos formales y pudo darse el desarrollo del TS desde finales de los años noventa y principios de los dos mil<sup>5</sup>.

## 2. El control contencioso-administrativo del indulto

### 2.1. Orígenes del control contencioso administrativo del indulto

El TC permitió un camino que años más tarde recorrería la Sala Tercera del TS. La doctrina, inicialmente reacia a cualquier control que sobrepasara lo más puramente formal, fue avanzando hacia una fiscalización cada vez más estricta, incluso excediendo los aspectos reglados. Ello, no obstante, caracterizado por continuos vaivenes, pues mientras algunas sentencias avanzaban hacia la constricción de la concesión de gracias, otras posteriores hacían lo contrario.

El recorrido comenzó con el Auto 3142/2000, de 31 de enero, que confirmó por primera vez la competencia del TS para controlar, someramente, la concesión de indultos<sup>6</sup>. Esta resolución fue ciertamente novedosa, pues tan solo tres años atrás la misma Sala había inadmitido un recurso de iguales características en el Auto 1819/1997, de 30 de enero, en el que no solo se declaró incompetente para controlar cualquier extremo, sino que afirmó que ningún otro tribunal lo era por ser el indulto "consecuencia de la prerrogativa real de gracia" (F.J. 1º). Con

4 Pons Portella (2018: 32) sintetiza de forma certera la interpretación, considerando que, si se prohíbe tan solo la fiscalización sustancial, se permite la de carácter formal.

5 Para mayor profundización sobre los efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional véase Viver Pi-Sunyer (2013: 40-43).

6 La trascendencia de esta resolución es resaltada en Pons Portella (2018: 21), al suponer el punto de partida de una interesante y elaborada doctrina jurisprudencial.

todo, la resolución no supuso la admisión genérica del control del indulto, sino únicamente de aquello relacionado con el aspecto estrictamente procedimental.

La argumentación se sustenta en que la CE reconoce en su artículo 62 que el indulto es un "derecho de gracia", y su otorgamiento no es sino la consecuencia de esta prerrogativa. De esta suerte, no es un acto sometido al Derecho administrativo y, por ende, tampoco a la jurisdicción contenciosa tal y como se desprende del artículo 1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LRJCA) actual. No obstante, y es aquí donde trasciende la singularidad del auto, se excepciona de esta interpretación "el aspecto puramente procedimental de cumplimiento de los trámites establecidos para su adopción, que pueden ser fiscalizados, en su aspecto meramente administrativo, por la Jurisdicción" (F.J. 1º).

## 2.2. El orden competente para controlar el indulto

Admitida cierta facultad fiscalizadora del Poder Judicial, se abría el debate de qué jurisdicción había de ser la competente para llevarla a cabo. En este contexto, la Sala Segunda del Tribunal Supremo del orden penal emitió el Auto 9890/2001, de 18 de enero, que en abierta contradicción con el Auto de 31 de enero, anteriormente analizado, concluyó que "es competencia del tribunal sentenciador de la legalidad (...) del acto del indulto" (F.J. 6º). El argumento principal no es otro que "la competencia (del control de legalidad de los actos administrativos) puede ser distribuida por el Legislador entre los distintos órdenes jurisdiccionales. En materia de indulto, (...) han sido encomendadas al tribunal sentenciador dado que es el que, en la Ley del Indulto, figura como titular de la función ejecutora", habida cuenta de la condición de "norma especial en razón de la materia" de la LI (F.J. 1º). Quedaba, pues, patente el desencuentro entre los magistrados penalistas y administrativistas, entendiéndose cada uno que era su orden el facultado para examinar el cumplimiento de los requisitos formales del indulto.

La controversia hubo de ser finalmente solventada por el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción (TCJ) en su resolución del Conflicto Negativo de Jurisdicción 4/2001, de 13 de junio, que, de una parte, afirmó el reconocimiento de un control jurisdiccional sobre el plano formal de los perdones y, de otra, depositó tal facultad sobre el orden Contencioso. El TCJ entendió, por un lado, que la plasmación de los indultos se efectúa a través de Reales Decretos que emanan de la Administración, de manera que tiene sentido que sea el tribunal que la controla quien haga las veces con una de sus facultades. Por otro, determinó que fallar en favor de la jurisdicción contenciosa suponía una mejor garantía de tutela judicial sin indefensión por las distintas oportunidades para formular alegaciones de las que pueden disfrutar tanto Gobierno como indultado en los procesos incardinados en este orden<sup>7</sup>.

## 2.3. La aplicación de la doctrina inicial del TS

La STS 4138/2001, de 21 de mayo, aplicó por vez primera el argumento del Auto de 31 de enero. Confirmó que la capacidad de control del indulto "se encuentra

<sup>7</sup> Pons Portella (2018: 28) califica de contundentes los argumentos del TCJ, quedando ello patente en el hecho de que el tribunal no hubo de volver a pronunciarse acerca de un conflicto de estas características.

limitada a los aspectos formales de su elaboración, concretamente si se han solicitado los informes que la ley establece como preceptivos". A esta resolución, por su parte, se fueron adhiriendo otras, como las SSTS 3600/2003, de 27 de mayo, y 3806/2003, de 3 de junio.

Sin embargo, tras haberse asentado aparentemente esta opinión, la STS 8303/2005, de 2 de diciembre, supuso un cambio de tendencia importante<sup>8</sup>. La resolución reconoció que "el acuerdo del Consejo de Ministros que resuelve una solicitud de indulto no es (...) un acto idóneo para trazar la dirección política que la Constitución asigna al Gobierno" (F.J. 10º). Si bien no se abandona la tesis de controlar únicamente aspectos estrictamente procedimentales, advierte elementos de fondo susceptibles de consideración por parte de los magistrados. Tras este tímido avance, la cuestión experimentó un periodo de relativo silencio que se prolongó durante casi una década<sup>9</sup>.

#### 2.4. La exigencia de motivación en la concesión de indultos

La Ley del Indulto es escueta y genérica a la hora de enunciar las circunstancias susceptibles de dar lugar a la concesión de un perdón, lógico habida cuenta de la naturaleza graciable de la institución, pero susceptible de convertir la institución en una puerta de entrada a la arbitrariedad de los poderes públicos, vetada por el art. 9.3 CE. Paradigmático es, en este sentido, la eliminación en 1988 de la motivación como exigencia para indultar, que en origen daba continuidad a la ratio legis de la LI expuesta en su Exposición de Motivos: "el indulto no debe concederse sino con pleno conocimiento de los hechos y de todas sus circunstancias (...) bajo el aspecto de la justicia, la equidad o de la conveniencia social". Otro extremo de la cuestión es el referido a las razones de utilidad que han de concurrir y que, a diferencia de la motivación, no se han eliminado del texto legal, si bien su influencia se limita a priori a los indultos totales.

Estas circunstancias fueron cuidadosamente tratadas en la STS 5997/2013, de 20 de noviembre, en la que la recurrente, además de alegar la vulneración de elementos procedimentales, argumentó la falta de motivación, exigida no ya por el articulado sino por la Exposición de Motivos, y que a la luz de los arts. 9.3, 101.1 y 103.1 CE lo convertiría en inconstitucional por arbitrariedad.

La Sala, probablemente a consecuencia del abuso que tradicionalmente el Ejecutivo venía ejerciendo<sup>10</sup>, falló a favor del recurrente<sup>11</sup> tras fuertes desacuerdos entre los magistrados. Por un lado, una minoría defendió que la interpretación de la recurrente suponía un análisis de fondo de la concesión y no únicamente de forma, habida cuenta de la asentada jurisprudencia de que las exposiciones de motivos de las normas no ostentan fuerza legal. Por otro, la mayoría entendió que la expuesta desaparición de la necesidad de motivación podía ser restaurada,

8 Tal sentencia no fue en absoluto pacífica, habida cuenta de la cantidad de votos particulares emitidos.

9 Es sumamente enriquecedora la recopilación doctrinal que realiza Carlón Ruiz (2021: 131-135), donde se refiere específicamente a esta pausa en el desarrollo jurisprudencial.

10 Esta visión es defendida por Serrano Maíllo (2014: 610-612), quien a su vez valora positivamente que la institución del indulto suscite cada vez más interés entre la opinión pública, lo que deriva en una mayor sensación de alarma social cuando el Gobierno la emplea. A este respecto, considera la figura anacrónica y con poco encaje en el seno de un sistema democrático de derecho.

11 Santana Vega (2016: 66-67) se refiere a esta casuística como un intento por parte del tribunal de "frenar" las tendencias arbitrarias del Gobierno, especialmente patentes en lo relativo a la concesión de indultos, dada su naturaleza graciable.



de una parte, por su prevalencia en la razón de ser de la norma, y por otra, por el veto del art. 9.3 CE a la actuación arbitraria de los poderes públicos y que se extiende a toda decisión administrativa, incluyendo el indulto, lo que obligaría al Ejecutivo a justificarse. En palabras de la propia resolución, "no puede afirmarse que la CE requiera que los Decretos (de indulto) estén motivados. Pero sí (...) están vinculados por la proscripción de la arbitrariedad"<sup>12</sup>.

En definitiva, si bien el TS parecía aceptar la imposibilidad de la fiscalización de los elementos de fondo, y que la motivación se encontraba entre ellos, aceptaba paralelamente la posibilidad de exigir una cierta justificación por el requerimiento al que se refiere la Exposición de Motivos de la LI y la genérica interdicción de la arbitrariedad del art. 9.3 CE. La sentencia es, pues, una muestra de la suavización del aparente veto impuesto a los tribunales para valorar el fondo de los indultos.

## 2.5. El control jurisdiccional sobre la extensión del indulto

La mayor parte de los recursos interpuestos contra la concesión de indultos son desestimados, pero recientemente se pueden encontrar casos en los que el Poder Judicial hizo uso de su facultad fiscalizadora, por reducida que fuera. Tal afirmación fue especialmente notoria cuando el TS valoró hasta qué punto puede el Ejecutivo perdonar castigos de índole no puramente penal, así como la posible vigilancia de los jueces al respecto.

La STS 546/2013, de 20 de febrero, relativa a un indulto que cancelaba una pena y también sus efectos administrativos, entendió que el Gobierno se había extralimitado, afirmando que "la Constitución quiere que esta prerrogativa sólo pueda ejercerse dentro de un marco legal y el que tenemos establecido no permite más indulto que el de la pena". Así, "(...) llevar más allá la extensión de la gracia no sólo contraviene la ley sino la propia Constitución". Posteriormente añadió que el indulto "supone una intromisión del Ejecutivo en los resultados del proceso penal", y que "la gracia del indulto, aún justificada su existencia en el intento de consecución de la justicia material (...) constituye una prerrogativa excepcional que sólo puede insertarse como institución en el seno del Estado constitucional, que se afirma como Estado de Derecho, sujetándose al principio de legalidad, con lo que ello supone de límite, pero también de presupuesto habilitante" (F.J. 9º).

En suma, los magistrados entendieron unánimemente que la prerrogativa de indulto viene expresamente encomendada al Gobierno por atribución normativa de la LI, y que no aplica la máxima *permissum videtur in omne quod not prohibitum*. De tal manera, al especificarse que lo graciable es la pena, se acota el indulto precisamente a ella, dejando fuera las consecuencias administrativas derivadas. Una vez más, el TS continuaba su camino hacia un mayor control legal de la concesión de gracias, esta vez mediante la interpretación estricta de la LI en relación con la extensión del perdón otorgado al ámbito administrativo.

## 3. El estado actual de la doctrina jurisprudencial sobre el control de los indultos

La doctrina del Tribunal Supremo en lo que se refiere a la extensión del control de los indultos ha seguido una línea tendente hacia la constricción de la facultad

12 Voto particular del magistrado Espín Templado.

del Gobierno. Poco a poco se ha pasado del "no control" a la fiscalización formal, acercándose de forma cada vez más intensa a la supervisión de los aspectos de fondo, aunque, paralela y contradictoriamente, sin dejar de lado su conservadora doctrina que rechaza tal progresión<sup>13</sup>. Es ciertamente evidente una incomodidad en el sentir de los magistrados que han de decidir acerca de si es o no conforme a Derecho un indulto, pues no solo debe analizar si el Gobierno ha cumplido con todos los trámites formales, sino también ser cuidadosos con no excederse de sus facultades fiscalizadoras.

De esta circunstancia da testimonio la ya comentada STS 5997/2013, de 20 de noviembre, una de las resoluciones más importantes en el desarrollo jurisprudencial de la cuestión. La *pirueta jurídica* (Ruiz, 2021: 134) realizada entonces por el TS constituyó un ejemplo del hartazgo que desde hacía años venían padeciendo los jueces en lo referente a los indultos, motivado por una anticuada y permisiva legislación que facilitaba abusos. El viraje dejó tras de sí gran incertidumbre acerca de cuál habría de ser la hoja de ruta, y surgió entonces la duda de si la anterior sentencia venía a consolidarse como modelo definitivo o si, por el contrario, había sido simplemente una salida de tono. Esto último pareció ser el caso, habida cuenta de las posteriores SSTS 2224/2014, de 6 de junio, y 2324/2015, de 28 de mayo, que ciñeron de nuevo el posible control al aspecto meramente procedimental, y en las que no se renunció a la idea de que este había de estribar estrictamente en los elementos formales. Concretamente, la de 2014 afirmó que "a los tribunales (...) corresponde controlar que el ejercicio por el Gobierno de las facultades que le atribuye la ley se ajusta a todas sus prescripciones (...). El control está limitado al procedimiento, pero no a su resultado" (F.J. 5º).

Sea como fuere, indudablemente la doctrina del control contencioso de los indultos venía avanzando, pasando de rechazar cualquier control a confirmar que los elementos procedimentales son fiscalizables, para posteriormente introducir una cierta supervisión de elementos de fondo. En este sentido y más recientemente, la STS 935/2018, de 20 de marzo, no solo confirmó el parecer de la de 2013, sino que siguió profundizando en la idea controladora que había inaugurado, rechazando la visión de las resoluciones de 2014 y 2015. La sentencia, mediante un escrutinio material del indulto, sobrepasó la supervisión meramente formal por considerar que la resolución no precisaba de manera suficiente las razones de justicia y equidad que habían de darse conforme al artículo 11 de la LI. Tal circunstancia había supuesto en su momento que el tribunal sentenciador emitiera un informe desfavorable a la posible concesión del perdón, lo que fue acogido de forma casi literal por la Sala. Sin embargo, la resolución enjuiciaba indultos parciales, los cuales deberían quedar fuera de tal exigencia de razonamiento de la LI. Con todo, los magistrados optaron por anular igualmente el indulto, lo que convirtió *de facto* el mencionado informe en vinculante, pese a que la LI solo le otorgase la categoría de preceptivo, y extendieron la necesidad de razonar los motivos de justicia, equidad o utilidad pública a indultos parciales, cuando la LI tan solo obliga a ello en caso de indulto total.

Es clarificador traer a colación las palabras que emplea la propia resolución de 2013: "entre la decisión de indultar, en modo alguno revisable jurídicamente, y la especificación de las razones de justicia, equidad o utilidad pública legalmente

---

13 Como ejemplos paradigmáticos de ello se pueden destacar las SSTS 4170/2000, de 21 de mayo; 3600/2003, de 27 de mayo; 3806/2003, de 3 de junio; 546/2013, de 20 de febrero; o 2224/2014 de 6 de junio.

exigibles, se nos presenta un espacio jurisdiccionalmente asequible, por el que debe transitarse con los instrumentos de la lógica jurídica" (F.J. 4º). Así pues, parecía consolidarse una opinión cada vez más afín a extender el control jurisdiccional sobre los indultos hacia aspectos materiales.

#### 4. Requisitos legales y jurisprudenciales de recurribilidad: la figura del interés legítimo en el ámbito de las medidas de gracia

##### 4.1. El interés legítimo como requisito de recurribilidad

Los indultos son recurribles, pero no toda persona o ente está legitimado para llevar a los tribunales su concesión. El interés legítimo es un concepto jurídico indeterminado que se refiere a aquella condición que reúne una persona para ser parte en un proceso, consistente en tener utilidad personal, individual o colectiva, distinta de la situación jurídica de otros ciudadanos. Recientemente se ha interpretado como equivalente a una suerte de titularidad potencial de una posición de ventaja jurídica por parte de quien ejercita la pretensión, idea defendida por el Tribunal Supremo en diversas sentencias, como las SSTS 744/2015, de 23 de febrero, y 4050/2010, de 15 de julio, en la cual lo define como un "concreto beneficio o la evitación de un singular perjuicio a quien ejercita la acción (...) una utilidad específica que va más allá del interés genérico de que las Administraciones Públicas actúen conforme a Derecho" (F.J. 3º). El tratamiento legal y jurisprudencial del interés legítimo es una cuestión ciertamente compleja, y tal es la ambigüedad que el voto particular del Auto 2281/2022, de 22 de febrero, por el que se inadmite el recurso presentado por el partido político VOX contra los indultos del *procés*, llegó a afirmar que "no hay en el proceloso ámbito del Derecho Procesal una materia más oscura que la legitimación, y la regulación que se hace por nuestro Legislador ofrece más sombras que luces" (F.J.1º). Este punto de partida permite comprender la dificultad que entraña el análisis del interés legítimo, al que ha de incorporarse la dualidad de órdenes jurisdiccionales presentes en el procedimiento de concesión de indultos, circunstancia que por sí misma tampoco ha sido en absoluto pacífica como se ha puesto de manifiesto al tratar la polémica que hubo de ser resuelta por el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción.

Y es que, la condición de interesado legítimo en el procedimiento penal en el que la persona indultada es condenada, como por ejemplo de la víctima o la acción popular, no necesariamente se traslada a la posterior impugnación contencioso-administrativa del indulto. El interés legítimo para ejercitar la acción penal nace de la condición de ofendido por el delito, de forma que puede constituirse como parte activa en el proceso con el fin de instar el castigo del responsable a tenor del art. 109.bis del Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LeCrim), constituyendo este su interés. Del mismo modo, a la hora de recurrir un perdón, esta vez en el ámbito contencioso, también es necesaria esta afectación, pero deberá estar basada en un perjuicio directo y específico de la acción de indultar, y no de lo que se indulta. El propio Tribunal Supremo defendió esta idea en la STS 494/2019, de 28 de enero, enunciando que "la clave para la determinación de la concurrencia de interés legítimo, a efectos de impugnar la resolución dictada en vía administrativa, debe examinarse a la luz de si la acción dirigida a la impugnación (...) puede producir un efecto positivo en la esfera jurídica del denunciante o puede eliminar una carga o gravamen en esa esfera jurídica, que

se plasme en un interés real", para posteriormente añadir que "el mero interés moral de que se sancione al denunciado no es suficiente para fundamentar su legitimación" (F.J. 3º)<sup>14</sup>.

Con todo, el Tribunal Supremo ha seguido la línea de que la condición de ofendido por el delito es suficiente para justificar un interés en el posterior recurso a los indultos. En palabras del Auto 6896/2012, de 12 de junio, "la Ley del Indulto, (...) establece en su art. 24 que el tribunal sentenciador, antes de evacuar su informe al Ministerio de Justicia, ha de oír a la víctima del delito, si la hubiere. De esta forma, la víctima del delito no solo tiene legitimación para intervenir en el proceso penal como acusador particular (...) sino que también tiene la consideración de interesada en el expediente de indulto". Es decir, que como la LI establece la preceptividad de que el ofendido sea escuchado, es lógico entenderle como interesado legítimamente. Sea como fuere, esta interpretación se refiere específicamente a la figura de la acusación particular. Cuestión diferente es, sin embargo, la posición de la acusación popular (art. 125 CE). De ahí que cabe preguntarse el posible interés legítimo para impugnar los indultos a las condenas por parte de la acusación popular que constituyó VOX respecto de las condenas del *procés*.

#### 4.2. Acusación popular e interés legítimo en la jurisprudencia del TC

A diferencia de la gran mayoría de sistemas procesales europeos, en el español el Ministerio Fiscal no ostenta el monopolio de la acción penal, en razón de la acción popular<sup>15</sup>. Se constituye así una *rara avis* del entorno jurídico, lo que ha supuesto que un importante sector doctrinal propugne su reforma, o directamente su eliminación (Samanes Ara, 2010: 131), lo que se añade a la ya de por sí extensa lista de polémicas generadas por el caso del *procés*. En concreto, la propia STS 459/2019, de 27 de septiembre, muestra su preocupación por que los partidos políticos puedan ejercerla, afirmando que su presencia en el proceso penal "no es, desde luego, positiva", y añadiendo que "se corre el riesgo de trasladar al ámbito jurisdiccional la dialéctica e incluso el lenguaje propio de la confrontación política" (F.J. 11º). La institución de la acusación popular existe tanto en el orden penal como en el contencioso, y el indulto precisamente se extiende a ambos por tener origen en un proceso penal y porque lo que se recurre no es la decisión del tribunal condenador, sino la actuación posterior del Ejecutivo por la cual se deja sin efecto su sentencia. La problemática se agrava al no existir definición normativa expresa de "acción popular", siendo entendida como un derecho a que se dicte sentencia de fondo que permite a quienes la ejercitan participar de un proceso en nombre de la sociedad, dejando a un lado intereses propios<sup>16</sup>.

Desde esta perspectiva es conveniente tratar los requisitos legalmente exigidos para el ejercicio de la acción. En el penal, se exige la tipificación como delito público de los hechos enjuiciados, el ejercicio de la acción mediante querrela y

---

14 Tal interpretación es consecuencia de una sucesión de otras resoluciones anteriores que siguen una línea similar como las SSTS 7896/2002, de 26 de noviembre; 3554/2007, de 22 de mayo; o 290/2011 de 3 de febrero, entre otras.

15 Tal y como se recoge en el art. 125 CE, conectándose penalmente con los arts. 101, 102 y 279 de la LeCrim y el art. 19.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ), y administrativamente con el art. 19.1 LRJCA.

16 Para una mayor profundización sobre la cuestión del ejercicio de la acción popular, desde una perspectiva tanto legal como doctrinal, véase Sanz Pérez (2008) y Libano Bersitain (2011).

la prestación de fianza. Por lo que respecta al orden contencioso, sería suficiente con la previsión legal habilitante. Ahora bien, existe una exigencia adicional para el ejercicio de la acción popular penal, que a su vez permite sortear la previsión legal en el ámbito administrativo: la existencia de un interés legítimo.

Tradicionalmente los tribunales habían venido interpretando que "la defensa del bien común es una forma de defender el interés personal", como enunció en su momento la STC 62/1983, de 9 de agosto, (F.J. 3º). La opinión fue posteriormente desarrollada, añadiendo el mismo Tribunal Constitucional en su STC 34/1994, de 31 de enero, que mientras que la acusación particular tiene su base en el art. 24.1 CE, la popular lo encuentra en el 125 CE, porque accede al proceso sin necesidad de probar una relación especial con el hecho enjuiciado (F.J. 2º). Esta legitimación activa *extraordinaria*, sin embargo, podría dificultar el acceso a la jurisdicción, pues la acción no estaría protegida por la tutela judicial efectiva sino por otro derecho constitucional, en este caso de carácter no fundamental. Para paliar tal problemática, el TC recondujo el contenido del art. 125 CE dentro de los límites del art. 24.1 e interpretó que, si la persona defiende un interés legítimo y personal al representar un interés común, la acción popular puede reconducirse a una suerte de acción particular colectiva dentro del marco de la tutela judicial efectiva<sup>17</sup>. Esta doctrina fue desarrollada en posteriores sentencias, como la STC 50/1998 de 31 de marzo, en virtud de la cual "para que el derecho a la acción popular pueda ser protegido también por el art. 24.1 C.E. (...) es necesario que la defensa del interés común sirva además para sostener un interés legítimo y personal, obviamente más concreto que el requerido para constituirse en acusación particular y que, razonablemente, pueda ser reconocido como tal interés subjetivo" (F.J. 4º). No obstante, el TC no siempre ha sido tan contundente y en ocasiones ha entendido que la "reconducción" no es una subsunción del art. 125 dentro del art. 24, sino simplemente un mecanismo instrumental para obtener la tutela judicial efectiva, opinión defendida en SSTC como la de 147/1985, de 29 de octubre, o 154/1997, de 4 de marzo.

En síntesis, el Tribunal Constitucional acogió la problemática de no proteger la acción popular por el art. 24.1 CE, y recondujo la cuestión afirmando que, si la acción popular tiene como fin la protección de intereses comunes suficientemente concretos, su naturaleza se equipara a la de la acusación particular. De este desarrollo parece aceptarse una posible equiparación de la acusación particular a la popular en ciertas circunstancias. Así, en concordancia con el anteriormente analizado Auto de 12 de junio, quien hubiera ostentado la acusación popular tendría derecho a ser parte en el recurso al indulto. Con todo, este último impulso resulta de una interpretación amplia de la doctrina jurisprudencial, que no fue defendida por la Sala Tercera en los Autos por los que se inadmitieron inicialmente las impugnaciones de los indultos del *procés*.

### III. Los indultos del *procés*

El indulto, como se ha expuesto, es un mecanismo de un marcado carácter político. Esta institución no necesariamente se fundamenta en una idea de justicia material, sino en otorgar al Gobierno una herramienta para tomar decisiones que considerase favorables para el interés nacional. Han sido muy numerosos

17 Jiménez Cardona (2014: 52-75) trata en profundidad la acción popular en el sistema procesal español y su relevancia constitucional, refiriéndose específicamente a esta interpretación que el Tribunal Constitucional tuvo a bien defender.



los indultos concedidos por motivos principalmente de conveniencia política, y el caso del *procés* no fue una excepción.

El 22 de febrero de 2022 el TS inadmitió, mediante autos y en bloque, los recursos contra los reales decretos por los que se indultaba a los políticos condenados en el seno del *procés*. Tales impugnaciones, como no podía ser de otro modo, vinieron motivadas por la polémica decisión del Gobierno de perdonar a nueve de los doce condenados, aquellos que habían recibido penas privativas de libertad, mediante la mencionada STS 459/2019. Ante el tribunal vinieron a presentarse hasta sesenta y tres recursos que el TS inadmitió en base a una falta de legitimación activa por ausencia de interés legítimo de los recurrentes. De entre todos los presentados, cabe destacar el recurso 210/2021 interpuesto por el Partido Político VOX contra el indulto concedido a Oriol Junqueras, exvicepresidente de la Generalidad de Cataluña, en el Real Decreto 460/2021, como se expondrá, por su especial hincapié en la cuestión analizada.

### 1. Las posiciones de las partes y la resolución del TS

Como recurrente, el partido político VOX trae a colación la STS 2564/2015 de 8 de junio, en la que el mismo Tribunal Supremo admitió el interés legítimo de una asociación ecologista al impugnar un indulto relacionado con un delito que afectaba directamente al entorno natural. En esta línea, razona que si para el tribunal resultó evidente que el medio ambiente era un bien jurídico merecedor de protección, difícilmente podría argumentarse que la defensa del régimen constitucional de unidad territorial no lo fuera. De tal forma, dado que los partidos políticos son asociaciones calificadas para instrumentalizar los principios constitucionales democráticos, y que concretamente VOX tiene por fin estatutario la defensa de la "indisoluble unidad de la nación española", el interés del partido quedaría acreditado. Además, hace valer su condición de acusación popular en el proceso penal previo, reiterando que si se reconoció el interés legítimo de la asociación ecologista cuando no había sido parte en el proceso penal que terminó en el indulto recurrido, más ilógico sería negar tal condición a VOX.

Frente a los anteriores argumentos, la Abogacía del Estado, en representación de los intereses del Gobierno, se opone de pleno. Para ello, argumenta la falta de conexión específica entre la potestad de ejercer el derecho de gracia y la función constitucional que genéricamente tienen encomendada los partidos políticos de ser instrumentos para el funcionamiento del Estado democrático de Derecho. Asimismo, razona que entender la condición de acusación popular como fuente legitimadora para recurrir un Real Decreto supondría extender los efectos de una acción penal al ámbito contencioso-administrativo.

Ante a estos argumentos, el TS comienza su resolución afirmando que es "doctrina reiterada (...) la necesidad de invocar la afectación de un interés en sentido propio, cualificado y específico, distinto del mero interés por la legalidad" para aceptar la existencia de interés legítimo. Posteriormente, añade que si bien este interés ha de analizarse caso por caso, puede definirse como "un concreto beneficio o la evitación de un singular perjuicio a quien ejercita la acción (...) una utilidad específica que va más allá del interés genérico de que la AP actúe conforme a Derecho" (F.J. 2º). Razona entonces que la posición de "instrumentos fundamentales de participación política de los ciudadanos en el Estado Democrático" no habilita en forma alguna la impugnación de cualquier actuación de la Administración Pública con la que se esté disconforme, lo que se declara en una "abrumadora" jurisprudencia. Es necesario, por tanto, que medie

una "conexión específica" y concreta dentro de su esfera de intereses legítimos. Para justificar su postura, recoge los argumentos de la STS 2352/2004, de 6 de abril, explicando que no considera acreditada tal conexión porque la función genérica de los partidos políticos no "lleva consigo una relación específica entre los actos del Gobierno y (...) que resulte suficiente para reconocer legitimación activa ante los tribunales con un carácter general e indiscriminado respecto de esa actuación política" (F.J. 4º). Ahora bien, como se ha expuesto anteriormente, VOX tiene asimismo reconocida estatutariamente la función de defender la soberanía española, lo que parecería quedar fuera de la anterior consideración. Ante esta circunstancia, el auto defiende que mediante tal mención la recurrente se está reconociendo para sí la representación de unos intereses que en ningún caso tiene legalmente atribuida, "intereses generales que pertenecen a la colectividad, y por ello no puede invocar su defensa como fuente de un interés legítimo, específico y cualificado" (F.J. 5º). Es decir, que aunque existe relación entre sus intereses y el indulto, esta no es de la especificidad y concreción suficientes como para aplicar la doctrina del TC de equiparar la acusación particular a la popular. El Alto Tribunal añade a este respecto que ello es así aun empleando la interpretación más amplia que puede darse al concepto de "víctima", ex art. 24 CE y art. 2 Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, declarando que de admitirse tal visión se estaría desvirtuando por completo el concepto de interés general, que no es una entidad individualizable que pueda descomponerse o diluirse en un conjunto o suma de intereses individuales de todos y cada uno de los miembros de la población.

El TS se refiere también a la condición de acusación popular de VOX. Razona que "si bien el indulto determina el incumplimiento (de la pena) y con ello de la ejecución de la sentencia, (...) la ejecutoriedad de la sentencia responde al ejercicio de la potestad jurisdiccional, (...) en el ámbito del proceso penal bajo el control del tribunal sentenciador y con la intervención de quienes estén legitimados según las normas penales. El indulto, sin embargo, responde al ejercicio de la prerrogativa de gracia atribuida legalmente al Poder Ejecutivo, partiendo precisamente de la existencia de una sentencia judicial justa y ejecutiva" (F.J. 4º).

En suma, VOX tenía efectivamente interés en el proceso penal, pero al no ser lo suficientemente concreto, no puede extenderse al procedimiento administrativo posterior motivado por el indulto. Es, pues, una transposición casi exacta del principio de insuficiencia de interés legítimo del denunciante en el procedimiento administrativo sancionador basado en el interés moral de que el infractor sea castigado. A su vez, el TS no entiende aplicable por analogía la doctrina emitida por la STS 2564/2015, de 8 de junio, anteriormente mencionada, al no tratarse de una cuestión medioambiental cuya base legitimadora se encuentra reconocida expresamente en la Ley 27/2006, de 18 de julio, por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente. Esta misma tesis es defendida en otros autos de resolución de recursos del mismo caso, como el Auto 1987/2022, de 22 de febrero, que inadmite la legitimación activa de la asociación Convivencia Cívica Catalana. En este caso, los magistrados afirmaron que "los delitos por los que han sido condenados los indultados, sedición y malversación, (...) afectan a bienes de titularidad colectiva (...) no a un perjudicado concreto, sino al conjunto de la ciudadanía y, por esta razón, no puede admitirse que la asociación actora ni sus miembros tengan, por el solo hecho de formar parte de la sociedad, la condición de víctimas o de perjudicados por tales ilícitos" (F.J. 3º). De tal modo, la Sala admite la legitimidad de las víctimas a la hora de oponerse, pero interpreta que la posición procesal de la parte actora no puede considerarse de tal. El Alto Tribunal añade a este respecto que ello es

así aun empleando la interpretación más amplia que puede darse al concepto de "víctima", ex art. 24 CE y art. 2 de la Ley 4/2015, declarando que de admitirse tal visión se estaría desvirtuando por completo el concepto de "interés general".

En los párrafos finales de los razonamientos jurídicos, se concluye que con su decisión no está en ningún caso afirmando que las resoluciones gubernamentales de indulto queden fuera de fiscalización judicial, sino simplemente entendiendo que para ello se requiere de una legitimación activa de la que la recurrente no dispone.

## 2. Los votos particulares a favor del interés legítimo de Vox

De los cinco jueces concededores del recurso, tres se manifestaron a favor de la inadmisión y dos en contra, y tales opiniones son especialmente importantes, puesto que el cambio en la composición del tribunal producido poco después, tratado posteriormente, provocó un giro de ciento ochenta grados en la cuestión. Wenceslao Olea y Fernando Román no objetan el fondo de los argumentos del resto de magistrados por los cuales se rechaza la existencia del interés legítimo de VOX, sino en hacerlo en una fase procesal tan temprana y no explicar quién podría ostentarla.

El alegato comienza con una exposición detallada del concepto jurídico de legitimación, amonestando la falta de criterios legales que permitan determinar con precisión qué ha de entenderse como tal. Advierten que especialmente problemática es tal ausencia en el orden contencioso, haciendo notar el voto que, a diferencia de lo que ocurre en el proceso civil donde simplemente ha de estudiarse si "quien reclama la propiedad de una cosa tiene interés en esa declaración", administrativamente no se da necesariamente una relación material. De tal manera, aun reconociéndose igualmente "una situación jurídica individualizada", la existencia o no de un interés legítimo estará acumulativamente relacionada con la existencia de un daño en una actuación de los poderes públicos que justifica pretender su anulación (F.J. 2º). Pues, no solo se ha de reconocer la situación jurídica, sino además un daño no difuso y su correlación con el acto que se pretende anular. Tras ello, los magistrados reflexionan acerca de cuál es el modo más constitucionalmente respetuoso de resolver la cuestión con base en la tutela judicial efectiva. A tal efecto, traen a la discusión la STC 203/2003, de 1 de diciembre, en virtud de la cual "el canon de enjuiciamiento constitucional de las decisiones de inadmisión es más estricto (que el de admisión), dado que (...) cierran el acceso al proceso y, por lo tanto, que resultan impeditivas de la obtención de una primera respuesta judicial sobre el fondo" (F.J. 3º). El voto continúa referenciando la contundente STC 214/1991, de 11 de noviembre, conforme a la cual la legitimación "no constituye excepción o presupuesto procesal alguno que pudiera condicionar la admisibilidad de la demanda o la validez del proceso. Antes bien, es un requisito de la fundamentación de la pretensión y, en cuanto tal, pertenece al fondo del asunto" (F.J. 5º). Ambos magistrados hacen propio este razonamiento, al entender que "la carencia de acción (...) equivale a ausencia de violación del derecho cuya protección se pretende y, por tanto, la desestimación que aquí se acuerda es de naturaleza sustantiva o material" (F.J. 1º), de suerte que el modo adecuado de resolver la vicisitud es mediante sentencia. Asimismo, indican la existencia de al menos setenta sentencias del propio Tribunal Supremo que se han acogido a tal doctrina, de entre las que destaca la STS 990/2018, de 12 de junio, referida precisamente a un recurso interpuesto por parlamentarios impugnando órdenes ministeriales. En la resolución, si bien se termina confirmando rotundamente la

ausencia de legitimación, la circunstancia es correctamente estudiada gracias a resolver mediante sentencia, no solo por el razonamiento que esta permite sino por su propia naturaleza procesal. Así, aunque la falta de legitimación había sido ya aducida por la Abogacía del Estado antes del inicial auto, no sería posible resolverla sin valorar aun someramente el fondo del asunto. Más tajante es si cabe la STS 214/1991, de 17 de diciembre, que directamente afirma que "la legitimación, en tanto que relación jurídico material que liga a las partes con el objeto procesal, pertenece al fondo del asunto" (F.J. 4º).

En síntesis, ambos jueces defienden que el mecanismo adecuado para decidir si concurre o no la legitimación alegada, por la trascendencia que tiene, no es un auto en una fase embrionaria del proceso sino una Sentencia, en concordancia con la reiterada jurisprudencia, para un mayor respeto del derecho a la tutela judicial efectiva.

### 3. El cambio de composición de tribunal y la posterior admisión de la impugnación a los indultos

La decisión de inadmitir los recursos contra los condenados por la STS 459/2019, de 14 de octubre, fue controvertida por la diversidad de opiniones de los magistrados. Asimismo, lo ajustado de la mayoría, de tres frente a dos, que terminó por imponerse supuso que el cambio de cualquiera de los integrantes de la Sala podía provocar un giro de ciento ochenta grados. Tal circunstancia es precisamente lo que terminó por suceder en febrero del año 2022. En virtud del art. 90.2 de la LRJCA, la admisión a trámite de los recursos será decidida por una Sección de la Sala de lo Contencioso-administrativo del TS sometida a periódicas renovaciones, rotación que fue acordada en enero de 2022 y que oficializó la separación de la causa de una de las defensoras de la inadmisión por una magistrada contraria a ella. En este contexto, y como era de esperar, VOX agotó la vía judicial por medio del recurso de reposición, y el 24 de mayo de 2022 la recién conformada Sección Quinta de la Sala Tercera acordó, de nuevo por ajustadísima mayoría, la admisión no solo del recurso del partido político sino de todos los que se habían presentado<sup>18</sup>. Las opiniones de los cuatro magistrados que ya habían participado en primera instancia no suscitan interés adicional por idénticas, pero sí la profesada por la nueva integrante de la sección, la magistrada Inés Huerta, que hace suyos los argumentos emitidos en el voto particular al entender que la decisión debe tomarse por medio de sentencia y no por la vía del auto.

Al momento de la última revisión de este estudio, está pendiente la decisión final, si bien parece que por avocación será resuelta por el pleno del TS próximamente. No parece que los indultos analizados vayan a ser anulados, pues por mucho que la doctrina jurisprudencial haya pavimentado un camino hacia una mayor restricción de los indultos, sería sumamente complejo justificar su rechazo. La razón última de la casi inamovilidad de los reales decretos por los cuales se procede a los indultos estriba en la ausencia de una obligación, recayente en el Gobierno, de justificar su decisión. Sólo cabe esperar que la resolución del TS esté bien fundamentada jurídicamente y sume un hito respecto de la doctrina jurisprudencial del control de los indultos y no sea simplemente una excusa para participar en el debate más político que jurídico al calor del caso del *procés*.

18 A excepción del interpuesto por la asociación "Pro Patrimonium Sijena y Jerusalén".

#### 4. La doctrina jurisprudencial aplicada al caso del *procés*

Las concesiones de indultos, por lo general, no suelen ser recurridas por la escasa iniciativa de las víctimas y la limitada posibilidad de que otras personas o entidades diferentes de estas impugnen, debido a la ya expuesta problemática de la legitimación. Además, la amplia mayoría de los recursos que sí se interponen tienen carácter denegatorio. No obstante, este dato estadístico no ha impedido un interesante trayecto jurisprudencial desde la inamovible inadmisión automática inicial, propia de resoluciones como el inicialmente expuesto ATS 1819/1997, de 30 de enero, hacia una situación en que los magistrados se atreven a analizar cuestiones de fondo, como bien se desprende de la STS 546/2013, de 20 de febrero. Entre medio, casi dos décadas de construcción jurisprudencial con una tendencia hacia la posibilidad de controlar jurisdiccionalmente la concesión de indultos más allá de cuestiones puramente formales. Este progresivo viraje parece hundir sus raíces en una combinación de años de arbitrariedad en el uso de la figura del indulto, sumado a la inacción de un Legislativo que aún hoy día permite la existencia, prácticamente sin cambios, de una ley del siglo XIX. Independientemente, que pueda parecer positivo que el Poder Judicial limite las facultades graciabiles del Ejecutivo no impide contraargumentar, con buen criterio, que no corresponde a los jueces autoimponerse la responsabilidad de actuar como obstáculo insalvable a la concesión de indultos por considerarlo injusto o abusivo. Si los jueces se creen legitimados para impedir que el Gobierno indulte, habrían de hacerlo conforme a los mecanismos legales de que disponen, por muy reducidos que pudieran ser. De otro modo, estaría traspasándose *de facto* el privilegio de indultar desde el Poder Ejecutivo al Judicial, sin base normativa habilitante.

Sea como fuere, la inadmisión inicial de los recursos del *procés* supuso una paralización de la analizada tendencia judicial de ir progresivamente restringiendo la facultad de la concesión de gracias, que ha sido revertida por el cambio de composición del tribunal. De no haber sido por una casualidad en forma de fechas y rotaciones, hubiera sido un auto el que habría decidido acerca de la impugnación, rechazándose el análisis mediante sentencia, procesal y materialmente más exhaustivo, de un asunto cuyas ramificaciones políticas son de importante calado. Lo curioso, sin embargo, no es tanto el aparente retroceso en la trayectoria fiscalizadora, algo concordante con los usuales vaivenes jurisprudenciales en relación con el indulto como se ha podido comprobar, sino el hecho de que este nuevo paso se diera en una fase tan inicial del proceso como lo es la admisión, lo que reduce enorme y peligrosamente la capacidad de razonamiento, no solo de los jueces, sino de las partes.

#### IV. Conclusiones

La realidad del indulto deja varios frentes abiertos susceptibles de reforma en un futuro, si bien tal empuje cuenta con ausente tradición reciente. La LI, como ley que es, puede ser modificada con el suficiente consenso parlamentario, pero el indulto es concedido por un Gobierno que a su vez es nombrado por una mayoría parlamentaria de la cual es parte, y que habría de ser la promotora de su reforma. Así, su revisión se torna difícil y prueba de ello es que con ciento cincuenta y dos años de vigencia haya sido modificada tan solo en dos ocasiones, precisamente eliminando el requisito de motivación. A riesgo de proponer medidas inaplicables, sí son viables ligeras añadiduras que modificarían con mucho el panorama actual.



Para empezar, la restauración de la vigencia de la motivación enterrada en 1988 con extensión tanto para indultos totales como parciales. Esta medida permitiría un control jurisdiccional más orgánico y lógico, evitando la tentación de acudir a exposiciones de motivos o a argumentos enrevesados para descartar el otorgamiento de perdones. Ello impediría además no solo el abuso arbitrario de la figura, puesto que exigiría que el Gobierno justificara su decisión, sino también el daño a la seguridad jurídica que los jueces, con la intención de prescribir el mencionado abuso, provocan al ordenamiento partiendo, parece en ocasiones, de conclusiones preconcebidas a las que posteriormente dan forma con razonamientos ciertamente desconcertantes. Tan nocivo es que se concedan indultos sin control como que ese control se sustente no en la ley sino en las buenas intenciones de los jueces.

Para seguir, la consagración de la preceptividad no solo de la simple emisión de un informe, sino de uno favorable pronunciado por el tribunal sentenciador, del que parte la condena firme indultada. Si bien se consideró más adecuado que el control de los indultos lo ejercitaran los jueces de lo contencioso, quienes mayor conocimiento fáctico y jurídico ostentan para con el sujeto y los hechos indultados son precisamente quienes emitieron el castigo. Así pues, sería sensato que quienes condenaron tuvieran la potestad de decidir si la norma que aplicaron se ajustaba a las circunstancias. Esta reforma modificaría la naturaleza misma de la propia institución, ya que dejaría de ser un acto graciable para convertirse en uno incoado por el Gobierno, pero que requiere del Poder Judicial para ejecutarse. Ello rechazaría plenamente la idea de que el indulto puede ser una opción positiva que entregar al gabinete de turno por razones políticas, haciéndola mutar hacia una razón de ser centrada en la justicia material.

Para terminar, la acotación de los delitos frente a los cuales cabe el perdón, dejando fuera los más graves. No es lo mismo cometer un delito leve contra el patrimonio que otro que atenta contra la vida de una persona, y tampoco los castigos que se prevén para sendos comportamientos. Sin embargo, sí lo es su potencial indulto tanto en el plano procedimental como en el de la motivación (ninguna). En este contexto resultaría lógico establecer una gradación en las circunstancias que habilitan a perdonar la pena, relacionadas con el contenido del injusto del comportamiento. Quizá una supresión de la posibilidad de indultar los delitos que conllevan penas más graves, o al menos un aumento de la rigidez y de los requisitos en su concesión.

Estos reducidos pero ambiciosos cambios supondrían un antes y un después en el uso y abuso del indulto como instrumento político dando un vuelco a su tradicional naturaleza graciable. En conclusión, sería posible invalidar el argumento de la conveniencia política de la institución para convertirla en un instrumento más de justicia, en especial en aquellas situaciones en que la ley adoleciera de una falta de adecuación a la realidad enjuiciada.

### **Bibliografía**

- Fliquete Lliso, E. F. (2018). Indulto y Poder Judicial: ¿Un instrumento para la realización de la justicia? *Persona y Derecho*, 76, 209-256.
- Jiménez Cardona, N. (2014). La acción popular en el sistema procesal español. *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, 5, 52-75.
- Libano Beristain, L. (2011). Los delitos semipúblicos y privados. Barcelona: Bosch.

- Pons Portella, M. (2018). El control de la gracia de indulto por la jurisdicción contencioso-administrativa. *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, 51, 31-49.
- Ruiz Miguel, A. (2018). Gracia y justicia: Soberanía y excepcionalidad. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 113, 18-25.
- Samanes Ara, C. (2010). Límites de la acusación popular. *Revista de Derecho Penal*, 29, 129-139.
- Santana Vega, D. M. (2016). Desmontando el indulto (especial referencia a los delitos de corrupción). *Revista Española de Derecho Constitucional*, 108, 53-91.
- Sanz Pérez, A. L. (2008). La Acción Popular y el Tribunal Constitucional. *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 2, 13-27.
- Serrano Maíllo, M. I. (2014). ¿Debe exigirse motivación a los acuerdos de concesión de indultos? Comentario a la sentencia del pleno de la Sala de lo contencioso-administrativo del TS de 20-11-2013. *Teoría y Realidad Constitucional*, 34, 609-624.
- Solozábal Echavarría, J. J. (1981). Sobre el principio de la separación de poderes. *Revista de Estudios Políticos*, 24, 215-234.
- Viver Pi-Sunyer, C. (2013). Los efectos vinculantes de las sentencias del Tribunal Constitucional sobre el legislador: ¿puede éste reiterar preceptos legales que previamente han sido declarados inconstitucionales? *Revista Española de Derecho Constitucional*, 97, 40-43.

# II. DERECHO CONSTITUCIONAL EXTRANJERO



# "El simio egoísta". Reflexiones para glosar el concepto de especie en relación con la solidaridad intergeneracional

*"The Selfish Ape". Reflections on the concept of species in relation to intergenerational solidarity.*

**SERGIO GEROTTO**

Profesor Ordinario de Derecho Público Comparado  
Università degli Studi di Padova  
sergio.gerotto@unipd.it

DOI: <https://doi.org/10.7203/cc.4.28022>

Fecha de recepción: 28/07/2023

Fecha de aceptación: 11/09/2023

## Resumen

Es un hecho que el tema de la responsabilidad hacia las generaciones futuras es menos debatido en el campo de las ciencias jurídicas que en otras disciplinas. La urgencia percibida es la misma, pero en la ley hay un obstáculo aparentemente insalvable: la alteridad entre las generaciones presentes y futuras impediría atribuir a las primeras deberes que reflejen los derechos de las segundas. Ninguna teoría jurídica es posible, se ha dicho, para resolver el problema de las generaciones futuras, porque toda teoría jurídica implica la concesión de derechos a las personas. De ahí el dilema. ¿Cómo es posible imputar derechos a personas que aún no han nacido? En consecuencia, si esto no es posible, tampoco lo es imponer los deberes correspondientes a las presentes generaciones. Pero, ¿es posible pensar diferente? Si, por ejemplo, se atribuyera al derecho el fin último de garantizar la supervivencia de la especie humana, perdería sentido distinguir entre las generaciones presentes y futuras. Es solo una sugerencia, pero vale la pena reflexionar, también porque hay ejemplos de soluciones concretas, a nivel jurisprudencial, que van en esa dirección.

## Palabras clave

Responsabilidad intergeneracional, generaciones futuras, solidaridad, medio ambiente

## Abstract

*It is a fact that the issue of responsibility towards future generations is less debated in the field of legal sciences than in other disciplines. The perceived urgency is the same, but in the law there is an apparently insurmountable obstacle: the alterity between present and future generations would prevent attributing to the first duties that reflect the rights of the second. No legal theory is possible, it has been said, to solve the problem of future generations, because all legal theory implies the granting of rights to people. Hence the dilemma. How is it possible to impute rights to people who have not yet been born? Consequently, if this is not possible, it is not possible to impose the corresponding duties on the present generations. But is it possible to think differently? If, for example, the ultimate goal of guaranteeing the survival of the human species were attributed to the law, it would make no sense to distinguish between present and future generations. It is just a suggestion, but it is worth reflecting on, also because there are examples of concrete solutions, at the jurisprudential level, that go in that direction.*

## Keywords

*Intergenerational responsibility, future generations, solidarity, environment.*



## Sumario

I. Premisa. II. Emergencia: derechos, deberes, solidaridad. III. Democracia y liberalismo. IV. Democracia y solidaridad. V. Solidaridad y responsabilidad intergeneracional. VI. Algunos ejemplos de positivización de la responsabilidad intergeneracional. VII. Conclusiones. *Bibliografía*.

### I. Premisa

Ya he apuntado estas consideraciones en otra ocasión, pero el tema de la responsabilidad hacia las generaciones futuras sigue resurgiendo con insistencia en mis reflexiones, obligándome a reconsiderar, al poco tiempo, la perspectiva desde la que ya había abordado el problema. Releyendo la obra original, se me ocurrió cambiar el título por "Darwinismo y derecho" por una intuición que me pareció digna de profundizar.

La idea era observar el derecho como una herramienta hecha por el hombre desde una perspectiva más amplia de lo que suelen tener en cuenta los juristas. En efecto, si se considerara que el fin último del derecho no es garantizar la convivencia pacífica de una comunidad —y esto ya sería una perspectiva amplia—, sino garantizar la supervivencia de la especie humana, el problema de la alteridad quedaría superado porque también alcanzaría a las generaciones futuras respecto de las que viven en el presente. En efecto, la especie humana no se compone sólo de generaciones vivas, sino de todos los individuos que le pertenecen, los del pasado, presente y futuro.

De hecho, es precisamente con el evolucionismo con el que se afirma la idea de especie como entidad histórica, susceptible de cambios continuos a lo largo del tiempo. Por supuesto, también hay varias posiciones sobre la definición del concepto mismo de especie. Así, en un sentido biológico (especie biológica) una especie puede entenderse como una comunidad reproductiva de poblaciones, cada una aislada reproductivamente de las demás, y cada una ocupando un nicho específico en la naturaleza.

Según esta concepción, una especie se define no a partir de las características del individuo, sino de las de las poblaciones. Desde otra perspectiva,

una especie puede entenderse como una única línea evolutiva de poblaciones derivadas de un mismo ancestro, que se distinguen de otras líneas similares por tener sus propias tendencias evolutivas y destino histórico (especies evolutivas). De acuerdo con esta concepción, se puede decir que una especie existe mientras haya una continuidad de las características propias. Una tercera definición es la que clasifica a los seres vivos según el grado de parentesco, es decir, la distancia al último ancestro común. Este es el concepto de especie filogenética, según el cual todos los individuos que descienden de un solo fenómeno de cladogénesis pertenecen a una especie, es decir, un evento evolutivo fraccionario, como por ejemplo un cambio ambiental repentino<sup>1</sup>.

Pero si razonar en términos de especie no es fácil, ni siquiera en biología, ¿cómo es posible utilizar este enfoque en forma desenvuelta en el ámbito jurídico? De hecho, la intuición que en su momento me pareció fructífera, me reveló de inmediato una serie de dificultades nada desdeñables. Una es suficiente, pues vale por todas. Si consideramos la conservación de la especie como un objetivo del derecho, y más aún, el objetivo último del derecho, es muy fácil legitimar cualquier forma de limitación de los derechos individuales justificándola con la necesidad de lograr tan importante fin. Esto ya se ha hecho con el concepto de raza, y cuanto más difícil puede resultar con el de especie. Sin embargo, no creo que el cambio de atención al concepto de especie sea del todo infructuoso para la solución del problema de la responsabilidad hacia las generaciones futuras.

De hecho, la especie humana no tiene, en comparación con otras especies animales, una mayor capacidad para planificar el futuro, pero también tiene empatía, sentimientos, amor. No es que todo esto falte por completo, obsérvese, en el mundo animal, pero el hombre ha sabido y ha querido expurgar aquellas conductas que, aunque necesarias para la supervivencia, han sido reconducidas a la esfera de lo humanamente reprobable. Piénsese en el canibalismo, por poner un ejemplo extremo, fuertemente presente en el mundo animal, pero desaparecido en el humano. Sé que lo que acabo de decir podría suscitar críticas por parte de los amantes de los animales. Incluso Billy, mi gato, objetaría si pudiera leer estas líneas. Yo mismo no estoy completamente convencido de lo que digo. Basta leer un periódico para perder toda fe en la humanidad. Terrorismo, guerras, feminicidios, devastación ambiental..., y me detengo aquí. Todo esto lleva al tema de los valores y su equilibrio. El hombre no actúa sólo para la constante satisfacción de las necesidades primarias, sino que se guía por valores, desarrollados a lo largo de una historia, por más que se quiera breve, en comparación con los tiempos de la evolución.

Debo decir que las reflexiones que desarrollo en torno al concepto de especie en relación con el problema de la responsabilidad hacia las generaciones futuras no resuelven interrogantes, y más bien, si acaso, plantean otros nuevos, que es bueno afrontar sin prejuicios. Por ello, en este trabajo no quiero exponer teoría alguna sobre los derechos de las generaciones futuras, sino simplemente

1 Al no ser un experto en el tema, no me atrevo a determinar la concreta adscripción de cada una de las tres perspectivas científicas que acabo de mencionar. Correría el riesgo de no ser exacto, y ciertamente no es el propósito de este trabajo poner objeciones al concepto de especie. Académicos como Ernst Mayr (1904-2005, biólogo y genetista), Georg Gaylord Simpson (1902-1984, paleontólogo) han probado suerte en ello y en las teorías de la evolución, y Emile Hans Willi Hennig (1913-1976, biólogo, entomólogo y zoólogo), por mencionar sólo tres de los implicados de diversas formas en las tres definiciones de especies mencionadas anteriormente. Lo que me gustaría destacar aquí, como explicaré mejor en las siguientes líneas, es la dificultad intrínseca de dar una definición unívoca del concepto de especie.

desandar el camino que me llevó a pensar en el concepto de especie, partiendo del acontecimiento que suscitó estas reflexiones, la pandemia que ha azotado humanidad a partir de enero de 2020. En cuanto al título, al final no quería molestar a Darwin, cuya teoría se encuentra quizás entre las 3 citadas de manera más inapropiada en la historia de la ciencia. He tomado prestado el título de un bonito volumen de un biólogo contemporáneo, Nicholas P. Money, quien irónicamente plantea la hipótesis de una involución del *homo sapiens* en *homo narcissus*, definido como una "especie de mono antropomórfico de origen africano que devastó la biosfera terrestre, provocando así la propia extinción" (2020: 12).

## II. Emergencia: derechos, deberes, solidaridad

La emergencia sanitaria que ha golpeado a la humanidad desde principios de 2020 ha ofrecido el punto de partida, y seguirá ofreciendo durante mucho tiempo, para más de una reflexión. Los temas son muchos, y las cuestiones transversales. Los diversos temas son de carácter económico, jurídico, pero sobre todo ético. Ha habido dudas sobre la asignación de recursos para garantizar el funcionamiento eficaz y eficiente de los sistemas de salud; se han cuestionado cómo garantizar la igualdad frente a medidas restrictivas que han tenido un impacto diferenciado en distintas categorías de sujetos<sup>2</sup>; nos enfrentábamos al dilema, más ético que jurídico, de tener que establecer un orden de prioridad a los pacientes a tratar. Estos son solo algunos ejemplos, entre los muchos posibles, pero dan una buena idea de cuán penetrantes son los efectos de un evento como este al que nos hemos tenido que enfrentar.

De todos es sabido que la extrema gravedad de la situación ha obligado a adoptar medidas tales como la de comprimir las libertades individuales, en primer lugar, la de circulación. La herramienta más inmediata para combatir la pandemia fue, de hecho, el confinamiento, generalizado (lockdown) o selectivo (cuarentena). En los sistemas democráticos, las Constituciones admiten ciertas restricciones a las libertades fundamentales para hacer frente a situaciones de peligro para la comunidad. Estas restricciones están asociadas a formas particulares de garantía para evitar el riesgo de que no degeneren en un riesgo para el propio orden democrático. Así, una medida restrictiva, aunque esté prevista en la Constitución, puede ser ilegítima si no cumple las condiciones establecidas para su adopción, condiciones que además son muy estrictas, ya que son derogatorias de las libertades fundamentales. Estas condiciones implican la necesidad de realizar un balance constante entre el sacrificio impuesto y el bien protegido, balance que sin embargo no responde a la lógica matemática. Y que, por tanto, es susceptible de diferentes interpretaciones. Por lo tanto, es natural que la imposición de restricciones genere descontento. No todo el mundo tiene la misma percepción del riesgo, y por tanto la misma disposición a aceptar determinados sacrificios.

Dicho esto, durante la pandemia surgió una tendencia, o mejor dicho, se puso de relieve una tendencia a considerar en cada limitación impuesta a las

---

2 Consideremos, por ejemplo, la diferente capacidad para satisfacer las necesidades relacionadas con la educación a distancia (DAD) de familias con más o menos hijos, con mayores o menores ingresos, que viven en zonas mejor o peor atendidas por la conexión rápida. O pensemos en los negocios de restauración, que han sufrido mucho por el llamado confinamiento, en comparación con otros negocios que, por el contrario, apenas se han visto afectados por él.

libertades individuales un ataque intolerable a la esfera personal. Debe quedar claro que no niego la posibilidad de crítica, y reconozco que razones de salud pública no legitiman ninguna forma de medida restrictiva, sino sólo aquellas que afecten lo menos posible a las libertades y, por tanto, sean proporcionadas al objetivo perseguido. Pero hemos asistido por parte de una minoría bastante ruidosa a una no generalizada negativa: no a la vacuna porque hay libertad de no vacunarse, no al confinamiento porque hay libertad de circulación, no al pase verde por una razón similar... y así sucesivamente.

Frente a esta posición, que parece tener como única coordenada la plena autodeterminación individual, es necesario reflexionar sobre el oxímoron de las "democracias iliberales" que hizo famoso un ensayo de Fareed Zakaria (1997). ¿No es hora de cambiar de perspectiva? ¿No será acaso el exceso de libertad lo que socavará las democracias y no, por el contrario, una contracción de las mismas? Evidentemente, esto es una paradoja, pero es útil para estimular la reflexión.

Es bien sabido que la libertad es intrínsecamente problemática. De hecho, las libertades individuales traen consigo un potencial intrínseco de conflicto. De hecho, el hombre está en constante búsqueda de definición y redefinición de los límites de su propia esfera de libertad, y la protección de estos límites genera conflicto. Si se considera entonces que la esfera de la libertad también es intrínseca y naturalmente expansiva, como lo demuestra la historia de las democracias occidentales, la multiplicación de oportunidades para el conflicto potencial es consecuente<sup>3</sup>.

En tiempos de pandemia se ha producido una agudización del conflicto, con tonos que en ocasiones han trascendido los límites de la convivencia civil. Pero, ¿qué llevó a una visión tan egoísta del ideal de libertad como para llevar a algunos a creer que las restricciones impuestas en beneficio del bienestar colectivo son ilegítimas? ¿Qué le llevó a reivindicar el derecho a no llevar mascarilla como afirmación de la libertad<sup>4</sup>, poniendo así en peligro a los demás? ¿Qué

- 
- 3 Desde otra perspectiva, con el fenómeno del terrorismo internacional ha surgido otro perfil problemático, que sin embargo no es relevante aquí. La amplia esfera de libertad garantizada en las democracias modernas ha sido utilizada como caballo de Troya por quienes querían atacarlas desde dentro. Precisamente las libertades que son la base de los regímenes democráticos han permitido a los terroristas moverse y organizarse dentro de los países que luego atacaron con sangrientos ataques. No es coincidencia que la respuesta inmediata a la crisis provocada por los ataques de 2001 fuera una restricción de las libertades. Desde esta perspectiva, la fuerza de la democracia ha demostrado ser al mismo tiempo su "punto débil".
- 4 En un par de páginas utilicé el término "libertad" 14 veces. En realidad son muchos, y siento la necesidad de hacer una aclaración ya que podría parecer que utilicé el término a modo de aproximación. En realidad, el propósito de mis reflexiones es ir en la dirección diametralmente opuesta. De hecho, creo que es necesario un rigor extremo en la definición del concepto de libertad, y creo también que la deriva egoísta que critico en estas páginas deriva también en parte de la facilidad con la que se confunden las categorías de libertades públicas y derechos fundamentales. Al negar que exista una distinción entre las dos categorías, se han creado las condiciones para una reconstrucción que considera todos los derechos y todas las libertades presentes en la Constitución como igualmente fundamentales. Sin embargo, debe quedar claro que esto no puede ser así. La libertad de circulación y el derecho a la vida, por ejemplo, no están al mismo nivel. Todo el mundo está de acuerdo en que las limitaciones a la libertad de circulación para salvar vidas son aceptables, pero nadie aceptaría que se inviertan los términos. ¿Renunciar a algunas vidas para salvar el derecho de la mayoría a circular libremente? ¡Claramente inaceptable! Por supuesto, hacer una distinción expone al riesgo de jerarquizar derechos y libertades, y esta es en realidad una objeción planteada por quienes se oponen a una reconstrucción que distinga entre libertades públicas y derechos fundamentales. Sin embargo, es bastante fácil contraargumentar. La técnica del equilibrio de valores está hoy consolidada hasta el punto de evitar, me parece, el riesgo de la jerarquía antes

llevó al hijo de un enfermo de cáncer a negarse a acompañar a su progenitor a los controles necesarios por no querer ponerse en condiciones de acceder a un centro de salud incluso con una simple prueba destinada a comprobar la ausencia de contagio?

Todo esto me recordó las palabras de Konrad Lorenz, quien en un librito de 1973, elaborando una lista de "Los ocho pecados capitales de nuestra civilización", incluía la competición entre los hombres y la extinción de los sentimientos. "Bajo la presión de esta furia competitiva [escribió Lorenz] hemos olvidado no solo lo que es útil para toda la humanidad, sino también lo que es bueno y ventajoso para el individuo individual. La gran mayoría de los hombres contemporáneos aprecian solo lo que puede asegurar el éxito en la competencia despiadada, lo que les permite superar a sus pares (Lorenz, 1974: 45).

Lorenz identificó las causas de este "agotamiento sentimental" en la superpoblación, aunque a decir verdad, en su reconstrucción el fenómeno tuvo el efecto de un estrechamiento del círculo de afectos y no de un verdadero aislamiento individual. Según Lorenz, demasiados contactos llevarían a seleccionar un pequeño círculo de personas en las que centrar los sentimientos. En todo caso, poco importa el aislamiento individual o el estrechamiento del círculo de afectos. Lo que remueve las conciencias, lo que excita, no se encuentra muy lejos de la propia persona.

Lo descrito por Lorenz es una actitud egoísta que ha tenido y tiene diversas manifestaciones en la moderna sociedad del bienestar. Basta pensar en la actitud NIMB (la planta de conversión de residuos en energía está bien, pero no detrás de mi casa), por ejemplo, o el hecho de que soportamos las tragedias que golpean a poblaciones muy distantes con gran indiferencia, tanto como con un clic. donamos unos euros, o unos céntimos, y tranquilizamos la conciencia. Un par de meses de una guerra sangrienta en nuestra puerta fue suficiente para que nosotros nos acostubrámamos también a ella.

Los pecados capitales descritos por Lorenz atañen a una sociedad a años luz de la actual. Podría objetarse que la red ha permitido la ampliación del círculo de afectos. En realidad, lo que ha permitido es una ampliación del círculo de conocidos, que sin embargo se ha vuelto mucho más selectivo. En lugar de comparar diferentes pensamientos y opiniones, se han creado grupos muy grandes de personas que piensan lo mismo. Sin una verdadera comparación, las visiones parciales de la realidad se retroalimentan, y la consolidación de la visión egoísta descrita por Lorenz halla un terreno fértil.

Llevada a sus últimas consecuencias, esta dimensión egoísta se traduce en una forma de aislacionismo. De hecho, pertenecer a este o aquel grupo bien puede verse no como un fenómeno social, sino simplemente como individual. Cualquiera que ingrese a la red de *no vax*, *no green pass*...etc. lo hace sólo porque en él se reafirman sus posiciones preconcebidas. El único parámetro que cuenta es el dogma elegido de vez en cuando como verdad absoluta, indiscutida y sobre todo indiscutible. Basta simplemente con elegir uno cualquiera y luego se vaya en busca de confirmaciones, teniendo cuidado de descartar cualquier voz contraria, evidentemente con desprecio del enfoque científico.

mencionada. La economía y el propósito del presente trabajo no me permiten profundizar en el tema de la conceptualización de las libertades y su colocación dentro de la teoría constitucional. Permítanme señalar una obra, a mi juicio imprescindible: R. Sánchez, Estudios sobre las libertades públicas en el ordenamiento español (La voz de la sociedad civil), Valencia, 2023. El título puede inducir a error. De hecho, el volumen tiene un enfoque comparativo y no se limita únicamente al ordenamiento jurídico español. Para una perspectiva histórico-comparada, me refiero en cambio a G.F. Ferrari, Las Libertades. Perfiles comparativos, Turín, 2011.



Siendo así la realidad, parece evidente que se produce una distorsión de la idea misma de libertad. Nunca antes las sociedades han sido testigos de tantas y diversificadas reivindicaciones de derechos, que pretenden ser universales, fundamentales e incluso absolutos, pero todos ellos subsumibles en el concepto más amplio de libertad<sup>5</sup>. En algunos casos hay afirmaciones que son cuando menos extrañas, como la del ciudadano austríaco que afirmó que en su documento de identidad se colocó una foto que lo mostraba con un colador en la cabeza, un sombrero que, según dijo, le impuso la religión a la que pertenecía<sup>6</sup>.

Es sólo un ejemplo de lo que podríamos llamar individualismo fundamentalista. Y es un ejemplo en definitiva inofensivo, dado que la reivindicación de la libertad de pasarse un colador por la cabeza parece más una broma que no daña significativamente la libertad de nadie más que una verdadera reivindicación de un derecho<sup>7</sup>. Pero hay casos de reivindicaciones menos neutrales, por así decirlo, que generan conflicto. Durante la pandemia, esto se manifestó claramente en el fenómeno de negarse a vacunarse, o negarse a usar una máscara protectora, o incluso a cumplir con la obligación de mostrar el pase verde para acceder a lugares públicos. Estas medidas habrían sido tan lesivas como para hacer creer a algunos que es legítimo, como lo es, y adecuado, y sobre este segundo aspecto tengo mis dudas, iniciar una recogida de firmas para un referéndum de derogación de las leyes que se dictaron para ellos.

Ciertamente, no hay necesidad de discutir sobre los méritos de tal solicitud, incluso si desde una perspectiva eminentemente técnica, uno se pregunta cómo es posible que autorizados juristas hayan pensado en promover un referéndum para anular una ley que contiene una medida que es por su propia naturaleza temporal. Los tiempos técnicos del referéndum son de hecho más largos que la medida que se pretendía alcanzar. Se mire como se mire, el uso de herramientas de democracia directa es ciertamente lícito, y me atrevo a decir que es incluso saludable para la democracia misma si se multiplican las oportunidades de participación ciudadana. No hay discusión sobre esto. Lo que se puede debatir es la razón que nos empuja a asumir un compromiso tan oneroso como el de iniciar una recolección de firmas para un referéndum abrogativo.

Aparentemente es noble la intención de proteger los derechos individuales, y en consecuencia proteger la propia Constitución. Pero en la realidad, la idea

5 Además, es un hecho indiscutible que en las constituciones democráticas existe un claro desequilibrio entre derechos y deberes, evidentemente a favor de los primeros. Como se ha dicho, "los textos constitucionales han estado históricamente asociados más a la idea de satisfacción de pretensiones subjetivas y a la de proclamación de los derechos relativos más que a la idea de reconocimiento de límites y a la de la enunciación de los deberes relativos" (Massa Pinto, 2021: 291) En doctrina, entonces, son pocos los trabajos que abordan la cuestión de los derechos y deberes fundamentales del derecho constitucional ubicándolos en un único prisma conceptual. En esta perspectiva, una obra reciente es la colección de ensayos de F. Rimoli, *Derechos y deberes de Dei*, Nápoles, 2022. En este sentido, es significativo el subtítulo elegido por el autor de la obra: *Caminos contra el viento*.

6 El "pastafarismo" (Flying Spaghetti Monsterism) es una religión creada en protesta contra la decisión de la Junta de Educación de Kansas de enseñar creacionismo en las clases de ciencias como una alternativa a la teoría de la evolución. Existe mucha información en la red sobre esta religión, que los adeptos consideran revelada, como resultado de las enseñanzas de una entidad sobrenatural formada por espaguetis y albóndigas. Se considere o no fruto de una broma, no se puede dejar de reconocer que los dogmas en los que se funda se basan todos en un único principio: el del respeto al prójimo.

7 El ciudadano austríaco adepto al pastafarianismo obtuvo entonces lo que pretendía, aunque no como un reconocimiento de la libertad religiosa, sino más bien porque, en cualquier caso, incluso con el colador en la cabeza, los rasgos somáticos no se alteraron y, por tanto, la reconocibilidad se conservó de la persona representada en la foto.

básica se centra en una visión distorsionada del concepto de libertad, entendida como plena autodeterminación, una libertad que no tiene en cuenta la dimensión social en la que debe declinarse. Una libertad egoísta, y no solidaria, como debería ser<sup>8</sup>.

### III. Democracia y liberalismo

No quisiera pecar de soberbia poniéndome como meta aclarar dos conceptos, el de democracia y el liberalismo, sobre los que se han expresado voces mucho más autorizadas que la mía. Sin embargo, la pregunta que dio lugar a estas reflexiones presupone inevitablemente una segunda, que a su vez involucra precisamente la interrelación entre democracia y liberalismo. Cabe preguntarse, en efecto, si esta búsqueda de la reivindicación continua y constante de nuevos y más amplios espacios de libertad no coincide, y por tanto no pueda explicarse, con una reafirmación, quizás en formas diferentes, de la ideología liberal.

Para responder a esta pregunta, y diré enseguida que en mi opinión la respuesta debe ser negativa, es útil establecer algunas coordenadas. En primer lugar, se sabe que democracia y liberalismo son conceptos indisolublemente ligados, ya que la democracia moderna nació en el ámbito del Estado liberal cuando, en palabras de Bobbio, se produjo el "paso del código de los deberes al de los derechos"<sup>9</sup>. Es evidente que esta nueva perspectiva implicaba el riesgo de una sobreexposición de los derechos respecto de los deberes. De hecho, la doctrina liberal sitúa en el centro las libertades individuales y, por tanto, es, por su propia naturaleza, una doctrina individualista. Ahora bien, como se sabe que entre los instintos humanos más naturales se encuentra el egoísmo, y la consiguiente, igualmente natural, pulsión de proteger el ámbito personal, el liberalismo se vio inmediatamente acompañado por la necesidad de poner límites a los excesos del individualismo (Bobbio, 1985).

Es obvio que existe una tensión entre democracia y liberalismo. De hecho, el primero implica la soberanía popular, mientras que el segundo se centra en la soberanía individual y la autodeterminación personal. Sin embargo, el Estado liberal era el presupuesto tanto histórico como jurídico del democrático. Los derechos de libertad son de hecho parte de ese núcleo de normas preliminares que permiten el funcionamiento de la democracia misma (Bobbio, 1985).

Razonando sobre los límites, cabe señalar que la democracia misma, entendida como una forma de organización social, no es concebible sin unos límites que la protejan. Ya sea que se mire desde el punto de vista de las instituciones,

8 No es de extrañar que también hayan llegado palabras de condena desde la Iglesia, dada la evidente oposición de esta visión al mensaje evangélico, marcado por el altruismo. Palabras claras, por ejemplo las contenidas en el mensaje del Consejo Episcopal Permanente de la Conferencia Episcopal Italiana con motivo del Día de la Vida en referencia a las posiciones *no vax* y *no green pass*: "Ha habido [...] manifestaciones de egoísmo, indiferencia e irresponsabilidad, caracterizadas a menudo por una afirmación incomprendida de la libertad y una concepción distorsionada de los derechos".

9 El pasaje es esclarecedor. "Para que se produjera la transición del código de deberes al código de derechos, para expresarme en sentido figurado, pero de manera suficientemente clara, creo, había que invertir la moneda: que el problema moral fuera considerado desde el principio punto de vista ya no sólo de la sociedad sino también del individuo. Se necesitaba una verdadera revolución copernicana, si no en la forma, al menos en los efectos. No se dice que una revolución radical deba realizarse necesariamente sólo de manera revolucionaria. También puede suceder paso a paso. Aquí hablo de la revolución copernicana precisamente en el sentido kantiano, como una inversión del punto de observación" (Bobbio, 1990).

o desde el de cada eventual ciudadano considerado individualmente, las reglas de la democracia son inconcebibles en una perspectiva absolutista. Una vez más, lo obvio se afirma a sí mismo. Una organización social que no está sujeta a límites específicos no es más que anarquía. Así, el gobierno de la mayoría, en el que se basa el funcionamiento de las instituciones democráticas, no puede convertirse en dictadura, por lo que es necesario que existan formas de garantía para las minorías. ¿Y qué son estos, sino límites? Del mismo modo, las libertades individuales no pueden entenderse como una autodeterminación plena e incondicional, pues al hacerlo se legitima la ley del más fuerte. Una libertad entendida como plena autodeterminación es una contradicción en los términos. La pretendida libertad individual no puede ir en detrimento de los demás, por lo que las libertades sufren los límites normales que derivan de la solidaridad, como explicaré mejor en el siguiente párrafo.

Todo ello implica que la democracia debe ser protegida. ¿Por quién o a través de qué? Principalmente de sí misma. Caemos en un círculo vicioso si atribuimos a la democracia la única función de permitir la realización individual a través de la garantía de una esfera de derechos intangibles y absolutos. Los instrumentos que garantizan el orden democrático son, paradójicamente, los límites mismos de la democracia. De hecho, estoy reiterando lo que ya se dijo en el párrafo anterior, pero quisiera subrayar aquí un aspecto particular, a saber, que la democracia no se alimenta a sí misma (Zagrebel'sky, 2005). La democracia no se protege, ni se cuida, con mayor democracia, ni ampliando desmesuradamente la esfera de los derechos. Este no es el frente de batalla. Intentaré explicarme mejor abriendo un breve paréntesis sobre la democracia directa, invocada por muchos como solución a los problemas que plantea la democracia representativa.

En los últimos tiempos está ganando terreno la idea de que existe una ecuación según la cual mayor democracia directa es igual a mayor democracia. Ciertamente no es posible reconstruir en estas pocas líneas el complejo debate sobre la crisis de la democracia, pero una reflexión que se inspira en los pedidos de "mayor democracia" que parecen ser el rasgo común en muchos países, son peticiones que muchas veces vemos traducirse en propuestas para introducir nuevas instituciones de democracia directa, o nuevas formas de voto, como el voto electrónico, o la reducción de la edad mínima para votar. Una petición de mayor participación, en definitiva, porque "democracia es participación", citando a Gaber.

Suponiendo que la democracia esté realmente en crisis (Merkel, 2014)<sup>10</sup>, subsiste una dificultad conceptual intrínseca y aparentemente inevitable. Si la democracia es un modelo organizativo orientado a la toma de decisiones compartidas, ¿cómo es posible alcanzarla cuando el ciudadano no puede, por razones demasiado obvias, participar directamente en el proceso de toma de decisiones? Es para responder a esta pregunta por lo que pedimos más democracia, en el sentido de más participación, porque los institutos de democracia directa deben garantizar precisamente una mayor participación y, en consecuencia, una mayor participación en las decisiones. En este sentido, se tiende a creer que las decisiones que surgen del circuito de democracia directa son necesariamente más participativas que las que se procesan en el circuito de democracia representativa. En realidad, si a la democracia como tal se le puede atribuir más de una dificultad intrínseca, no se puede dejar de reconocer que incluso su forma más directa no es menos problemática en sí misma. Si

10 Véase, también Cassese (2018).

la democracia en su forma representativa puede degenerar en dictadura de la mayoría, por ejemplo, en su forma directa puede degenerar en plebiscitarismo y populismo.

En tiempos de abstención generalizada, también puede suceder que las decisiones tomadas a través de procesos democráticos directos (referéndum, iniciativa popular) vean a un pequeño número de votantes contribuyendo a decisiones que son desfavorables para minorías de por sí ya marginadas<sup>11</sup>. ¿Cómo es posible atribuir al "pueblo", entendido como ente soberano, decisiones tomadas por el 90% de los electores en un referéndum con participación, digamos, del 20% del electorado? De hecho, ese 90% de los votos coincide con cerca del 18% de los titulares del voto. No se trata de cifras al azar para subrayar con una paradoja el peligro contraminoritario de la democracia directa. De hecho, estas son aproximadamente las cifras con las que el electorado eslovaco decidió en 2015 limitar la aplicación de la definición de matrimonio a las parejas heterosexuales. En esta consulta, la participación fue del 21,4%, con el 90,5% de los votantes a favor de la medida. Por tanto, si las matemáticas no son una opinión, esta decisión "del pueblo" fue ratificada por el 23,6% del electorado<sup>12</sup>. Pero, ¿podemos atribuir a la población una decisión tomada con el voto de 1 de cada 4 votantes? El riesgo, definido como contraminoritario (Di Bari, 2019), es que a través de herramientas en sí democráticas podamos llegar a la aprobación por mayorías relativas de medidas que compriman la esfera de derechos de minorías ya marginadas. En esencia, es la posibilidad de que las herramientas democráticas produzcan resultados antidemocráticos.

Sin embargo, aún frente a estas paradojas, asistimos cada vez más a la afirmación del dogma de la supuesta superioridad de la democracia directa sobre la democracia representativa, hasta el punto de que para algunos la primera está inevitablemente destinada a suplantar a la segunda<sup>13</sup>. En realidad, es un error demasiado trivial, aunque común, relacionar la democracia directa y la democracia representativa considerando que la primera es un correctivo de la segunda.

Que el enfoque es al menos cuestionable es fácilmente demostrable. Se dice, por ejemplo, que la democracia representativa ha degenerado en una forma de oligarquía o elitismo. Pero ¿no es cierto que incluso en su forma directa la democracia está expuesta al mismo riesgo? La democracia nunca se

---

11 Tal como subraya Di Bari (2019).

12 Y no es un caso aislado. Hay otros ejemplos de votaciones populares como ésta, algunas a favor de medidas que restringían la definición de matrimonio únicamente a parejas heterosexuales, otras en las que la mayoría rechazó medidas destinadas a extender el derecho a alguna forma de unión a parejas del mismo sexo. Ejemplos del primer tipo: California (2008), donde el 52,24% de los votos de una participación del 79,42% de los electores habilitados representa en realidad el 41,48% del electorado; Croacia (2013), donde el 66,28% de los votos sobre una participación del 37,88% de los electores habilitados representa el 25,10% del electorado; Taiwán (2019), donde el 72,48% de una participación del 55,80% representa el 40,44% del electorado; Eslovenia (2012), donde el 54,55% sobre una participación del 30,31% representa el 16,53% del electorado. Ejemplos del segundo tipo: Eslovenia (2015), donde el 65,51% de los votos sobre una participación del 36,38% de los electores habilitados representa el 23,83% del electorado; Taiwán (2019), donde el 67,26% de los votos sobre una participación del 53,37% representa el 35,89% del electorado. Para un análisis en profundidad, véase la contribución de Di Bari (2019).

13 Davide Casaleggio, patrón del M5S, en una entrevista del 23 de julio de 2018 a *La Verità*, se expresó así: "Hoy, gracias a Internet y a las tecnologías, existen herramientas de participación decididamente más democráticas y eficaces en términos de representación popular que cualquier modelo de gobierno del siglo XX. La superación de la democracia representativa es inevitable".

dirige en el sentido más puro del término. En efecto, sería más correcto hablar de democracia organizada y no de democracia espontáneamente participativa. Se organiza porque el ciudadano es animado a intervenir por un grupo de promotores que actúan para proponer una iniciativa o pedir un referéndum. ¿Y no existe entonces el riesgo de que estas formas de estímulo sean utilizadas por un pequeño círculo de personas —y aquí está resurgiendo el individualismo—, haciendo que incluso la democracia directa caiga en una degeneración elitista y oligárquica?<sup>14</sup> El riesgo es tanto mayor cuanto que los nuevos medios permiten que acciones muy eficaces intervengan en la formación de consensos<sup>15</sup>.

Aquellos que exaltan acriticamente los méritos de la democracia directa a menudo trivializan sus límites. El problema de la abstención con frecuencia marginado al afirmar que aquellos que no participan tendrían poco de qué quejarse sobre las decisiones con las que no están de acuerdo. En realidad, la abstención es un fracaso de la democracia que no se puede banalizar marginando a las minorías (o incluso a las mayorías) que no contribuyeron a la decisión. Y es trivial resolver el problema atribuyéndole una opción política precisa a la no votación.

En definitiva, la cuestión no es si la democracia directa puede ser un correctivo de las ineficiencias de la democracia representativa, sino cómo debe articularse el complejo de relaciones entre ambas para garantizar la propia democracia frente a las derivas del populismo por un lado, y por el otro, frente a la erosión de la representación política. Las nuevas tecnologías ciertamente permiten nuevas formas de participación, pero es bueno no atribuirles el poder salvífico que no pueden tener. Es degradante para la democracia misma reducir la participación en unas pocas elecciones hechas con clics ocultos detrás del teclado de una computadora<sup>16</sup>. Para cerrar el paréntesis sobre la democracia directa, no queremos criticar todas las soluciones posibles que van en la dirección de la democracia directa. Sin embargo, parece que en una época de fuerte individualismo, y yo diría de egoísmo, ciertas formas de "participación" no son la herramienta idónea para afirmar el vínculo de solidaridad, como demuestran los ejemplos citados a propósito de algunos votos contraminoritarios. . La clave, en cambio, parece y debe ser la de la solidaridad.

#### IV. Democracia y solidaridad

Giuseppe Mazzini, cuya obra contribuyó, como es sabido, a la afirmación de la democracia en su forma republicana, criticó duramente la teoría liberal de los derechos, que consideraba inadecuada para fundar la unidad y la armonía de una nación al predicar la búsqueda egoísta del bienestar individual<sup>17</sup>. La solidaridad se opone al individualismo, concepto también presente en la doctrina liberal<sup>18</sup>,

14 En este sentido, Haskell (2001).

15 No es casualidad que la UE cuente con un programa específico para la lucha contra la desinformación online. <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/policies/online-disinformation>

16 Un caso no sirve para hacer estadísticas, pero es significativo que un país democráticamente evolucionado como Noruega haya experimentado y abandonado el voto electrónico después de darse cuenta, a lo largo de una década, de que no había logrado el objetivo de combatir el descontento de los votantes. Facilitar la participación no siempre se traduce en el resultado de aumentarla.

17 G. Mazzini, *Doveri dell'uomo*, volumen aparecido en 1860 en Lugano con la falsa indicación de Londres, en el que se recogen y completan algunas obras que Mazzini había comenzado a redactar en Londres en 1841 dirigiéndolas a trabajadores italianos.

18 Incluso un liberal como Luigi Einaudi le dedicó espacio en su teoría. En las *Lecciones sobre política social*, escritas como exiliado en Suiza en 1944, esboza la imagen de un sistema,



pero que fue plenamente confirmado en muchos textos constitucionales de la posguerra, como es evidente en el italiano, donde la solidaridad se sitúa como la piedra angular de todo el conjunto social e institucional<sup>19</sup>.

No es casualidad que este "recalibrado" de los arreglos institucionales se haya producido después de la desastrosa experiencia de una guerra mundial. Fue el horror de la guerra lo que hizo "redescubrir" la solidaridad. En este sentido, quisiera llamar la atención sobre los dos términos entre comillas, recalibrar y redescubrir, que he utilizado deliberadamente para subrayar que la solidaridad no es un invento reciente, sino un proceso natural y por tanto inmanente en realidad a toda sociedad. Individualmente considerado, el hombre puede ser más o menos solidario o, desde la perspectiva opuesta, más o menos egoísta. Pero la sociedad, toda formación social, sólo puede fundarse en la solidaridad. De hecho, es esto lo que garantiza la supervivencia misma de una formación social, no el individualismo, que sin medidas correctivas representa un peligro para ella. El principio de solidaridad no es un producto de la inmediata posguerra, aunque este fue el momento en que se cumple su transformación de principio ético-religioso a principio real juridizado y, en algunos casos, constitucionalmente positivizado, como sucedió en Italia, por ejemplo, con su formalización en el art. 2 de la Constitución. La guerra ha permitido completar un camino que ha llevado la solidaridad desde el ámbito ético-religioso al político y finalmente al jurídico.

Tratándose de un dato inmanente a toda formación social, no es incorrecto creer que una positivización del principio de solidaridad en los textos constitucionales no es en sí misma indispensable, aunque sea oportuna. En efecto, si en algunas constituciones aparece expresamente como un elemento capaz de permear todo el orden social e institucional, también es cierto que en otras el término no se emplea expresamente, y sin embargo, está presente. Este es el caso de la Constitución francesa, por ejemplo, donde la solidaridad puede derivarse del tercer elemento de la tríada republicana (*liberté, égalité, fraternité*), aunque con algún equilibrio en un intento de superponer uno sobre el otro<sup>20</sup>.

Pero si es cierto que una sociedad no puede prescindir de la solidaridad sin correr el riesgo de distorsionarse, e incluso de perecer, también es cierto que puede adoptar diversas formas y gradaciones. La solidaridad puede ser espontánea y gratuita, y tomar la forma de benevolencia (caritas, altruismo, etc.), o institucionalizarse, como en el caso de las políticas sociales.

Evidentemente, hay una diferencia entre las dos formas de solidaridad que acabamos de mencionar. Uno se refiere a conductas no legalmente debidas

liberal, de hecho, que también incluye el concepto de una solidaridad que no sólo es compatible con este régimen, sino incluso funcional para él. Esta solidaridad se materializa en lo que se define como legislación social, necesaria, según Einaudi, para garantizar la igualdad de oportunidades iniciales para todos.

19 El artículo 2 de la Constitución italiana es elocuente: "La República reconoce y garantiza los derechos inviolables del hombre, tanto como individuo como en las formaciones sociales donde se desarrolla su personalidad, y exige el cumplimiento de los obligatorios deberes de solidaridad política, económica y social".

20 Véase a tal efecto a Borgetto (1993). Señalo además el volumen coordinado por M. Hecquard-Théron, *Solidarité(s): perspectives juridiques*, Toulouse, 2009, en el que figura un estudio de M. Borgetto en el que el autor se cuestiona precisamente sobre la relación entre fraternidad y solidaridad (*Fraternité et Solidarité : un couple indissociable ?*). El volumen se halla disponible online en abierto <https://books.openedition.org/putc/https://books.openedition.org/putc/216> Sobre la solidaridad, y su relación con la fraternidad, ver también el volumen monográfico de la revista *Costituzionalismo.it* n. 1 del 2016, Tornale ai fondamenti: la solidarietà, en particular Carlassare (2016: 45-67), Apostoli (2016: 1-43) y Resta, (2016: 111-123).

e inspiradas en el sentimiento de fraternidad, el otro se refiere a conductas legalmente impuestas, a personas e instituciones (Carlassare, 2016). Sólo podemos hacer juicios de valor sobre los primeros. Una sociedad puede ser más o menos solidaria según el comportamiento individual de cada miembro. Sobre esto último podemos, y de hecho debemos, llevar nuestra reflexión un poco más allá. De hecho, se pueden cuestionar las formas que toma la solidaridad y su capacidad para responder al requisito principal de este principio, es decir, eliminar las desigualdades consideradas injustificables y/o intolerables.

Por lo tanto, es posible emitir un juicio sobre la eficacia de la solidaridad institucional, un juicio que, por ello, no es de valor, sino que atañe precisamente a su capacidad para lograr la equidad social. Un ordenamiento puede ser más o menos solidario según las opciones institucionales adoptadas y su capacidad de traducirse en resultados concretos. En efecto, una cosa es reconocer un derecho a un mínimo vital (condiciones mínimas de existencia), y otra determinar el nivel de este límite. El hecho de haber positivizado el derecho no es por sí solo prueba de que el ordenamiento sea realmente solidario<sup>21</sup>.

La solidaridad, en su versión institucional, adopta varias formas, decía. Una de ellas se conoce como redistribución y representa un principio indispensable en cualquier sistema descentralizado, ya sea federal o regional. La descentralización (también) implica competencia, por ejemplo, en términos de impuestos, pero esto no puede ir en detrimento de un principio básico de lealtad. De ahí la necesidad de mecanismos de compensación (igualación) a favor de las zonas más desfavorecidas<sup>22</sup>. En otras palabras, la igualación representa una expresión del principio de solidaridad.

La solidaridad también se expresa en la "renuncia" a un espacio de libertad personal en favor del interés colectivo. Este es el significado que se debe dar a las limitaciones impuestas, durante la pandemia, a la libertad de circulación, por ejemplo, con medidas de confinamiento o con la imposición de un pase (pase verde) para filtrar el acceso a determinadas actividades y entornos solo para personas que se cree que tienen un menor riesgo de propagación de la infección.

No quiero detenerme aquí en la omnipresencia de estas limitaciones. Es evidente, y no sólo para los de adentro, que es necesario de vez en cuando sopesar el fin perseguido con el sacrificio impuesto. El equilibrio lo establece el legislador y, en todo caso, lo controla el juez a través del control de la constitucionalidad, cuando exista. Dicho esto, en principio la libertad individual puede, e incluso debe, ser comprimida en favor del bienestar colectivo. Esto no representa una renuncia en sentido estricto, porque no siempre, ni necesariamente, es el resultado de una libre elección personal<sup>23</sup>. De hecho, pensamos en vínculos legales de solidaridad, no de comportamiento espontáneo (Carlassare, 2016). Esto no quiere decir que la solidaridad, en su núcleo esencial, se configure como una

21 La prestación conocida como renta de ciudadanía, en Italia, o Revenu de solidarité active (RSA) en Francia, o l'Arbeitslosengeld en Alemania, entra en la misma categoría de medidas de solidaridad. Que se prevean es, sin duda, una indicación de voluntad de lograr la solidaridad, pero para garantizar este objetivo es necesario establecer una serie de medidas de aplicación que permitan, entre otras cosas, evitar el riesgo de abusos.

22 De hecho, incluso frente a una visión muy variada de los modelos de federalismo fiscal (concurrente, solidario, de gasto), un rasgo común de la descentralización del poder de tributación y gasto es precisamente la provisión de instituciones destinadas a reequilibrar las disparidades. Como observaron acertadamente quienes han abordado el tema del federalismo fiscal comparado, "la igualación es un elemento esencial de las relaciones financieras intergubernamentales" (Carboni, 2013: 206).

23 Se explican así las comillas en "renuncia" usadas *supra*.

renuncia, en el sentido de menoscabo del interés individual en favor del de los demás, o más precisamente del colectivo.

Es en este contexto en el que debe situarse el tema de la vacunación, cuidando de distinguir entre los dos enfoques posibles, el de la obligatoriedad, por un lado, y el de la adhesión espontánea, aunque fuertemente condicionada por la imposición de diversas medidas restrictivas para los que deciden no vacunarse, por otro. Ambas hipótesis se remontan a la solidaridad, aunque lograda de diferentes maneras, y en particular, con un diferente equilibrio entre el objetivo perseguido y el sacrificio impuesto. Los dos enfoques diferentes son el resultado de diferentes formas de equilibrar los derechos e intereses en juego en relación con el fin perseguido. Puede decidirse sacrificar la autodeterminación individual imponiendo la obligación de vacunación porque, sobre la base de la evidencia científica, pero con una opción política, se considera preponderante el interés colectivo y recesivo por el riesgo de efectos secundarios de la vacuna frente a las negativas vinculadas a la difusión del contagio; o se puede, en igualdad de condiciones, optar por no sacrificar la libertad personal, considerando suficiente el impulso espontáneo a la solidaridad para lograr unas coberturas vacunales capaces de frenar la propagación del contagio.

Se mire por donde se mire, la solidaridad sale a relucir, más o menos espontánea según los casos. Sin embargo, no se trata de solidaridad que obedece a aquellos comportamientos atribuibles al espíritu de la caridad, sino de solidaridad social que es fuente de deberes, y por tanto, de responsabilidad. Esto se debe a que el objetivo final de la vacunación no es solo la protección individual, sino también, y quizás principalmente, la protección de la comunidad.

En este punto me gustaría hacerme una pregunta que podría parecer demasiado catastrofista. ¿Y si el virus que azotó a la humanidad fuera más letal de lo que se ha demostrado, hasta el punto de poder determinar potencialmente la extinción de la especie humana? Un evento potencialmente extinto, en resumen. ¿Tendría sentido reclamar la libertad individual para escapar a la vacunación? ¿La libertad de uno frente a la supervivencia de toda la especie humana? En definitiva, "el primer imperativo es que haya una humanidad, en la medida en que se trata sólo del hombre. [...] Así, con este primer imperativo no somos absolutamente responsables frente a los hombres del futuro, sino frente a la idea de hombre, que es tal que exige la presencia de sus encarnaciones en el mundo" (Jonas, 1990: 54). Para dar una respuesta, y tal vez incluso un sentido, a esta pregunta, es necesario ampliar la perspectiva y mirar la solidaridad también en su dimensión diacrónica de solidaridad intergeneracional.

## V. Solidaridad y responsabilidad intergeneracional

La experiencia de la pandemia ha hecho emerger con mayor claridad de cuanto lo haya estado hasta ahora, la existencia de una cuestión intergeneracional. Generalmente referido al campo de la protección ambiental, ahora es posible extenderlo, como veremos, a un contexto más amplio.

Es habitual hablar de un tema intergeneracional en referencia al comportamiento de las generaciones presentes que produce efectos negativos en las futuras. Sin embargo, esta es solo una definición mínima, incapaz, por sí sola, de dar cuenta de la complejidad de las relaciones intergeneracionales. Basta pensar en el aumento de la vida media, que hoy permite la co-presencia en un mismo momento histórico de hasta cuatro generaciones distintas, para comprender cómo el problema de las relaciones intergeneracionales no debe verse sólo en un sentido diacrónico, pero también en un sentido sincrónico.

Por poner un ejemplo, durante la campaña de vacunación contra el Covid-19, la llamada generación media, es decir, la que tiene entre 50 y 60 años, es en la que más se manifestó la aversión a la vacuna. Por el contrario, en las generaciones más jóvenes, a pesar de estar menos expuestas al desarrollo de formas graves de la enfermedad, había una mayor propensión a ver con buenos ojos la vacunación. Ha habido casos de menores que exigieron la vacunación frente a sus padres que les negaron el consentimiento para hacerlo.

El ejemplo que acabamos de mencionar nos permite plantear la cuestión intergeneracional desde el punto de vista de la solidaridad. De hecho, es posible dar esta interpretación al caso de una carga que, pesando más sobre una generación, se refleja en un beneficio para otra generación. De hecho, la persona vacunada no solo se protege a sí misma, sino también a la comunidad, obviamente siempre que se logre una cobertura suficiente para frenar la propagación del virus (la llamada inmunidad de rebaño). El joven con su comportamiento protege al menos joven, y viceversa.

Esto demuestra que la cuestión intergeneracional debe verse en ambas direcciones: desde el presente hacia el futuro y desde el presente hacia el pasado. La primera perspectiva es propia de la protección ambiental, mientras que la segunda es la que siempre ha distinguido al campo de la seguridad social. Como decía en el párrafo anterior, la solidaridad es un hecho inmanente a toda formación social, y es muy natural que se trate también de relaciones intergeneracionales, aunque esto acarrea mayores problemas prácticos cuando se trata de generaciones no presentes simultáneamente en un mismo momento histórico. En efecto, ¿cómo es posible atribuir una subjetividad, requisito indispensable para poder gozar de derechos, a alguien que aún no existe? Y aunque hipotéticamente se reconociera algún derecho en manos de las generaciones futuras, ¿cómo se puede garantizar su respeto si en el momento en que se reclama, ya no existe la generación sobre la que recae hoy el respectivo deber?

Evidentemente, nos enfrentamos a una situación paradójica. Si bien la existencia misma de las generaciones futuras depende del comportamiento de las presentes, no habría posibilidad de vincular estas últimas a comportamientos precisos en el presente. Ninguna teoría jurídica es posible, se ha dicho, para resolver el problema de las generaciones futuras, porque toda teoría jurídica implica la concesión de derechos a las personas (Beckerman, 2006: 53-71). Pero es verdaderamente cierto que no se puede razonar sobre los derechos en manos de un sujeto que aún no existe sin empeñarse en formular formulaciones como la de los derechos subjetivamente futuros, en el sentido de derechos que surgen junto con la ley, por tanto en el presente, pero con propiedad, y por lo tanto exigibilidad, futura (Coppola, 2005).

En realidad, como se ha observado sagazmente, "estamos ante «sujetos», ante «centros de interés» que adquieren ahora una importancia absolutamente central e ineludible, para los que no es artificioso o, peor aún, inadmisiblemente utilizar (en el amplitud de sus significados y proyecciones) el lenguaje de los derechos" (D'Aloia, 2016: 370). La situación es ciertamente compleja, pero esto no legitima su elusión.

En efecto, la de la falta de subjetividad, referida a las generaciones futuras, no es en sí misma un argumento decisivo que confirme la imposibilidad de utilizar categorías jurídicas tradicionales contra ellas, o de crear otras nuevas. Exactamente el mismo problema surge siempre que el discurso de los derechos se extiende "fuera del círculo de los individuos humanos caracterizados por la autonomía y la capacidad relacional, desde las personas incapaces hasta los animales no humanos, las cosas de la naturaleza, el medio ambiente y sus estructuras fundamentales" (D'Aloia, 2016: 365). Al fin y al cabo, muchos derechos

que hoy consideramos fundamentales, y que incluso nos parecen "naturales", son en realidad el resultado de un largo proceso que, a través de fases de ajuste, ha conducido a su positivización. No se excluye, por tanto, que incluso para la protección de las generaciones futuras se deba emprender un camino más o menos largo y complejo, que ciertamente exige un cambio de paradigma, abandonando el individualista de la libertad limitada únicamente por la esfera de intangibilidad de la de los demás (Pratesi, 2007: 92-93).

El problema es, para usar un lenguaje ahora de uso común, si podemos vivir como si no hubiera un mañana. Habrá un mañana si podemos garantizarlo en el presente. Y en efecto, el hombre siempre se ha planteado el problema del mañana; antes bien, el propio derecho ha sido el instrumento con el que hemos tratado de encontrar soluciones a problemas cuyas repercusiones no se limitan al ámbito del presente. Es precisamente en esto en lo que el hombre se distingue de las demás especies animales, es decir, en no vivir para la sola satisfacción de necesidades primarias y urgentes. Los ejemplos podrían ser innumerables, pero pensemos en la institución de la adopción, conocida desde la antigüedad y utilizada por numerosas poblaciones con diversos fines específicos, pero con un denominador común en su capacidad para garantizar la continuidad de la familia. En definitiva, como se ha observado sagazmente "dotar de herramientas, procedimientos, aparatos, actores predestinados a la garantía jurisdiccional y/o administrativa de los intereses de las generaciones futuras parece una operación menos «fantástica» y arbitraria de lo que a veces se ha llegado a pensar, que en términos generales queda a discreción de un legislador consciente de los nuevos desafíos de la energía, la biogenética, el medio ambiente, la economía global. Y esto es cierto tanto en el ordenamiento jurídico internacional como en los ordenamientos jurídicos nacionales particulares" (Bifulco y D'Aloia, 2008: 18-19). ¿No son las propias Constituciones instrumentos más destinados al futuro que al presente?

El cambio de paradigma que mencioné anteriormente podría cambiar el enfoque de los derechos propiamente dichos a la combinación de solidaridad/responsabilidad. Esto facilita, me parece, la comprensión de las relaciones intergeneracionales. La solidaridad intergeneracional, y en consecuencia también la responsabilidad de las generaciones presentes hacia las generaciones futuras —y en algunos casos pasadas—, es un hecho inmanente a toda formación social, sea simple o compleja. Es la solidaridad intergeneracional la que exige que los jóvenes cuiden de los mayores. Hoy, en las sociedades más "evolucionadas", las organizadas en torno a la forma estatal, el vínculo de solidaridad adopta diversas formas, entre ellas, por ejemplo, la de la seguridad social.

Pero, ¿cómo traducir la solidaridad en lazos concretos que recaen sobre las generaciones presentes a favor de las futuras que aún no existen? Evidentemente, esta pregunta plantea problemas mayores que los de las relaciones entre generaciones contextualmente presentes en un mismo momento histórico. ¿Cómo es posible recomponer el binomio solidaridad/responsabilidad, separado, o al menos debilitado, por la diacronía entre generaciones? La solidaridad sin responsabilidad es de hecho jurídicamente irrelevante y acaba cayendo en la forma débil del mero altruismo y el voluntariado. Quizá se podría superar este *impasse* reconstruyendo la dinámica de las relaciones intergeneracionales en términos de conservación de la especie, y en particular, pero no únicamente, de la humana<sup>24</sup>.

---

24 A un resultado no muy distinto se llega, me parece, con una reconstrucción que en lugar de pensar en la especie humana razona sobre la comunidad humana entendida como intrínsecamente transgeneracional, como en De Shalit (1995).



Así planteada la cuestión, la solidaridad hacia las generaciones futuras no se agota en la garantía de que ellas también puedan gozar de los mismos estándares que disfrutaron quienes les precedieron, y de hecho, ésta se torna incluso secundaria respecto del objetivo de garantizar su propia existencia, y por ende la conservación de la especie. Se supera así la alteridad entre las generaciones presentes y futuras, pertenecientes ambas a la misma especie, la humana, pero en distintos momentos de su evolución. En otras palabras, ser solidario y responsable con las generaciones futuras representa una forma, la única forma, de proteger también a las presentes, garantizando la transmisión de su legado a la posteridad. En una inspección más cercana, en el análisis final, la solidaridad para las generaciones futuras también puede verse como la ventaja egoísta de las generaciones presentes. El bien que hagamos por las generaciones venideras no puede dejar de tener un efecto positivo en la calidad de vida de los presentes<sup>25</sup>.

## VI. Algunos ejemplos de positivización de la responsabilidad intergeneracional

Queda la pregunta de si ya existen formas de positivización de la responsabilidad intergeneracional, es decir, restricciones concretas que pesan sobre las generaciones presentes en favor de las futuras. Por tanto, no se trata de simples proclamas o normas programáticas ni referencias genéricas a derechos hipotéticos e inexigibles. Empiezan a surgir algunos ejemplos en especial con relación al problema de los cambios climáticos.

El hecho de que el clima no cambie solo como consecuencia de fenómenos naturales, sino también y gravemente, por obra del hombre<sup>26</sup>, obliga inevitablemente a una reflexión sobre nuestra responsabilidad respecto de las futuras generaciones<sup>27</sup>. Las referencias a las generaciones futuras aparecen en muchos documentos, especialmente en el campo de la protección del medio ambiente ya nivel internacional. como se mencionan explícitamente en la Declaración

25 Así D'Aloia (2016: 371, que retoma el pensamiento de Hiskes (2009: 60), O'Neill (1993: 55) y Shelton (2010: 161).

26 No es casualidad que se acuñara el término "antropoceno", con el que pretendemos referirnos a una era geológica en la que el cambio climático depende precisamente de la actividad humana. Este término fue utilizado provocativamente por el premio Nobel de química Paul Crutzen durante una conferencia celebrada en México en el año 2000 como parte del programa internacional Geosfera-Biosfera. Desde entonces el término se ha vuelto bastante común en la comunidad científica, primero, y luego fuera de ella. Actualmente el término antropoceno no designa una unidad de tiempo geológica oficial, pero está activo, en el seno de la Comisión Internacional de Stratigrafía, un *working group* que si está interrogando sobre la posible colocación del concepto en el ámbito de las ciencias geológicas. Working Group on the "Anthropocene", <http://quaternary.stratigraphy.org/working-groups/anthropocene/>

27 Que la cuestión del cambio climático empieza a convertirse en una emergencia para las instituciones se desprende también de algunas "pequeñas pistas". En 2022, con motivo de la inauguración del año académico en la Universidad La Sapienza, Giuliano Amato, entonces todavía miembro del Tribunal Constitucional, pronunció una *lectio magistralis* titulada Nuestras frágiles democracias y el clima. ¿Podemos equiparlos para hacerlo? El texto de la prolucción se puede encontrar fácilmente en línea. Entre las distintas referencias destacamos la del Instituto de la Enciclopedia italiana: [https://www.treccani.it/magazine/atlante/societa/Le\\_nostre\\_fragili\\_democrazie.html](https://www.treccani.it/magazine/atlante/societa/Le_nostre_fragili_democrazie.html)

de Estocolmo de 1972<sup>28</sup>, la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo<sup>29</sup> y la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático<sup>30</sup>. Sin embargo, es tristemente conocida la escasa eficacia de estas herramientas para lograr los objetivos para los que fueron adoptadas. Las razones de esta falta de eficacia son diversas, pero todas se resumen en la dificultad de imponer a los Estados restricciones que tienen fuertes repercusiones económicas. Con esto, los países con economías fuertes se retiran para no sufrir desaceleraciones, y los países subdesarrollados o en vías de desarrollo hacen lo mismo por no poder asumir los costos de la protección ambiental. No debe sorprender, entonces, que el lugar donde hay que buscar las herramientas que sean realmente capaces de constreñir la acción de las autoridades estatales se encuentre dentro de los propios ordenamientos jurídicos estatales.

En los últimos tiempos, muchos países han implementado la protección ambiental al más alto nivel de la jerarquía de fuentes, al punto que se habla de un constitucionalismo ecológico (Ekeli, 2007)<sup>31</sup>, en algunos casos insertando disposiciones precisas<sup>32</sup> desde el principio en los textos constitucionales, en otros llegando a reformar para modificar el texto originalmente carente de cobertura sobre esta materia<sup>33</sup>. El panorama es variado y no es posible aquí reconstruir el conjunto de herramientas elaborado por los distintos países. Van desde la referencia expresa a una responsabilidad general hacia las generaciones futuras, como en el caso del art. 20th German GrundGesetz, de la que hablaremos en breve, hasta competencias más precisas en materias específicas, como es el caso de la Constitución suiza de 2000<sup>34</sup>.

---

28 Principio 1. El hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y a condiciones de vida satisfactorias en un medio ambiente que le permita vivir con dignidad y bienestar, y tiene una gran responsabilidad en la protección y mejora del medio ambiente ante las generaciones futuras. Por lo tanto, se deben condenar y eliminar las políticas que promueven y perpetúan el apartheid, la segregación racial, la discriminación, el colonialismo y otras formas de opresión y dominio extranjero.

Principio 2. Los recursos naturales de la Tierra, incluidos el aire, el agua, la flora, la fauna y, en particular, el sistema ecológico natural, deben salvaguardarse en beneficio de las generaciones presentes y futuras, mediante una planificación cuidadosa o una gestión adecuada.

29 Principio 3. El derecho al desarrollo debe realizarse de manera que satisfaga equitativamente las necesidades relacionadas con el medio ambiente y el desarrollo de las generaciones presentes y futuras.

30 Artículo 3.1 Las Partes protegerán el sistema climático en beneficio de las generaciones presentes y futuras, sobre una base equitativa y de conformidad con sus responsabilidades comunes pero diferenciadas y sus respectivas capacidades. Por lo tanto, los países desarrollados que son Partes de la Convención deben tomar la iniciativa en la lucha contra el cambio climático y sus efectos negativos.

31 Más recientemente se ha comenzado a hablar también de constitucionalismo climático en relación a la aparición de una tendencia a incluir en las Constituciones concretas menciones del clima. En particular, ello se halla en las Constituciones de Argelia, Bolivia, Costa de Marfil, Cuba, Ecuador, Nepal, República Dominicana, Sri Lanka, Tailandia, Túnez, Venezuela, Vietnam y Zambia. Sobre la cuestión, Gallarati (2022). Sobre constitucionalismo climático en general véanse: Jaria-Manzano y S. Borrás (2019), Jegede (2018) y Viola (2022).

32 Grecia 1975, España 1978, Polonia 1997, Hungría 2011, por poner solo algunos ejemplos.

33 Bélgica 1993, Alemania 1994, Portugal 1997, Suiza 2000, Francia 2005.

34 En la Constitución del 18 de abril de 1999, que entró en vigor en enero de 2000, el constituyente suizo incluyó una sección especial en la parte dedicada a las relaciones entre la Confederación y los Cantones sobre el tema "Medio ambiente y ordenación del territorio". Aquí, bajo el paraguas de un par de disposiciones de principio sobre el desarrollo sostenible y la protección del medio ambiente, se insertan disposiciones precisas y específicas destinadas a dividir las tareas entre la Confederación y los cantones en materia de agua, protección de la naturaleza y el paisaje, ordenación del territorio, etc.

También existen diversas soluciones adoptadas con respecto a los instrumentos de derecho constitucional. Francia ha decidido, por ejemplo, insertar en el preámbulo de la Constitución una referencia precisa a la *Charte de l'environnement de 2004*, que menciona expresamente a las generaciones futuras, aunque limitada a los considerandos<sup>35</sup>. Sin embargo, es frecuente la referencia al desarrollo sostenible, que es una forma indirecta de apelar a las generaciones futuras, dado que la sostenibilidad debe parametrizarse en las necesidades futuras, de hecho. Por último, el legislador italiano también ha querido dar una impronta ecológica más evidente a la Constitución introduciendo una misión expresa del Estado, y más precisamente de la República, de proteger "el medio ambiente, la biodiversidad y los ecosistemas, también en interés de las generaciones futuras". (art. 9 c. 3) y precisando además el límite al que se sujeta la iniciativa económica, que debe ser dirigida y coordinada, según el nuevo texto del art. 41 c. 3 "para fines sociales y ambientales"<sup>36</sup>.

Como decía, incluso se ha hablado de un constitucionalismo ecológico. Pero, ¿pueden estas disposiciones traducirse en restricciones concretas en el presente, sobre la base de las necesidades de protección previstas para las generaciones futuras? Algunos ejemplos muestran que no se trata de meras hipótesis.

El legislador alemán, por ejemplo, fue de los primeros en insertar una referencia expresa a las generaciones futuras en el nivel más alto de la jerarquía de fuentes. En 1994 se aprobó una novedad constitucional que insertó el art. 20a, según el cual: "El Estado protege, asumiendo su responsabilidad frente a las generaciones futuras, los fundamentos naturales de la vida y de los animales mediante el ejercicio del poder legislativo, en el marco del orden constitucional, y de los poderes ejecutivo y judicial, de conformidad con la ley y el Derecho"<sup>37</sup>.

Aparentemente se trata de una norma proclama o, cuanto más programática, de esas que imponen constricciones a las instituciones difíciles de traducir en obligaciones que puedan ser sancionadas coactivamente. Sin embargo, en una sentencia reciente sobre la ley federal sobre el cambio climático del 12 de diciembre de 2019 (Bundes-Klimaschutzgesetz KSG), el Tribunal Superior alemán reafirmó la plena justiciabilidad del art. 20a, juzgando inconstitucionales las disposiciones de la ley relativas a la adecuación de la senda de reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero por no ser suficientemente específicas en la delimitación de los objetivos en el período posterior a 2030<sup>38</sup>. En otras palabras, los jueces de Karlsruhe consideraron que el peso de la reducción de emisiones nocivas se descargó excesivamente sobre las generaciones futuras.

Las razones de interés de la sentencia son varias, pero señalo dos en particular. La primera, obviamente, es la referencia expresa a las generaciones futuras. La segunda, por banal que parezca, consiste en que la conclusión a la

35 Es sabido que el preámbulo forma parte del bloque de la constitucionalidad.

36 La ley constitucional que modificó ambos artículos es muy reciente (LC 11 de febrero de 2022 n. 1), por lo que es imposible hacer una valoración de ella que no sea sólo abstracta. Será interesante ver, en un futuro próximo, qué uso harán las nuevas disposiciones del Tribunal Constitucional. Sin embargo, ya existen numerosos comentarios sobre las dos novelas constitucionales. En el núm. 2 de 2022 de la revista online DPCE, ya aparecen algunos comentarios interesantes y profundos: Cuocolo (2022: 1071-1084), Gallarati (2022: 1085-1110), Vipiana (2022: 1111-1121), Mostacci (2022: 1123-1134), Pitino (2022: 1135-1152), y Boschetti (2022: 1153-1164).

37 Artículo insertado por la Ley modificatoria de 27 de octubre de 1994, I 3146 y posteriormente modificada por la Ley de reforma de la Ley Básica (Fin Público del Bienestar Animal) de 26 de julio de 2002, I 2862

38 Beschluss vom 24. März 2021 - 1 BvR 2656/18.

que llegan los jueces es una declaración de inconstitucionalidad, es decir, la herramienta coercitiva más poderosa de que se dispone para revisar la labor de las instituciones representativas.

Fuera de cualquier consideración sobre el camino argumentativo realizado por la BVerfG, el patrón de causalidad que subyace en la sentencia me parece evidente: la constricción concreta y tangible de hoy, y yo agregaría fuerte, está determinada por la predicción de una recaída en las generaciones futuras. Por supuesto, estos últimos son un tema hipotético. Los solicitantes solo pueden ser parte de una generación presente. Es a ellos a quienes los jueces reconocen una vulneración de las libertades fundamentales por la insuficiencia de la ley para definir el camino para reducir las emisiones de gases de efecto invernadero.

Una decisión algo similar fue pronunciada recientemente por la Corte Suprema de Justicia de Colombia en 2018<sup>39</sup>. Esta decisión, que se refería al tema de la deforestación, puede superponerse a la de la BVerfG en su esquema esencial, como se ha señalado anteriormente: una limitación en el presente, derivada de previsibles repercusiones en las generaciones futuras. En otros aspectos, la decisión de la corte colombiana difiere de la alemana. En él, de hecho, las generaciones futuras aparecen como tema recurrente. En efecto, se trató de un grupo de jóvenes de entre 7 y 25 años que actuó en base a consideraciones realizadas en relación a las condiciones de vida que deberán afrontar en la edad adulta, entre 2041 y 2070, dadas las expectativas de vida, o en antigüedad, más allá de 2070. En pocas palabras, los solicitantes denunciaron las omisiones de las instituciones en el cumplimiento de las obligaciones derivadas en particular, pero no únicamente, del Acuerdo de París en relación con la reducción de emisiones de gases de efecto invernadero, objetivo por el cual Colombia se ha comprometido a reducir la tasa de deforestación a cero.

Además la resolución colombiana presenta varios puntos de interés, algunos incluso sorprendentes, como dije, al menos para quienes tienen poco conocimiento de la jurisprudencia latinoamericana. Por ejemplo, sorprende la atribución de subjetividad jurídica a la naturaleza<sup>40</sup>, lo cual no es una novedad ni para la corte colombiana ni para la doctrina (Hernández Morantes, Aguilar-Barreto y Contreras-Santander, 2020). También sorprende, en menor medida, el reconocimiento de la legitimidad de los menores para actuar aun sin el acompañamiento de los padres o representantes legales<sup>41</sup>. Y, por último, sorprende la referencia a las generaciones futuras, pero éstas se identifican concretamente, y diríamos circunscritas, en las representadas por los jóvenes agentes en acción protectora (art. 86 de la Constitución colombiana).

El esquema esencial, decía, es análogo al del pronunciamiento alemán. En el colombiano, sin embargo, la restricción actual derivada de las hipotéticas repercusiones para las generaciones futuras no se manifiesta como una demanda de inconstitucionalidad, sino como intimación a las autoridades para que actúen en cumplimiento de los compromisos adquiridos a nivel internacional. y también

---

39 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Proceso 4360 (Luis Armando Tolosa Villabona: Abril 5 2018).

40 Corte Suprema de Justicia 4360-2018, cit., pág. 45.

41 Esto es así porque la Corte resuelve la duda sobre el instrumento que pueden utilizar los recurrentes en favor de la acción protectora. Distinto hubiera sido si el instrumento idóneo para llevar la disputa a juicio hubiera sido la acción popular, como pretenden las autoridades oponentes. La acción de protección, para la que se prevé la más amplia legitimación, puede ejercitarse en todos los casos en que el valor protegido tenga relación con derechos fundamentales. En el caso que nos ocupa, el Tribunal reconoció una conexión directa entre el medio ambiente y los derechos fundamentales. Corte Suprema de Justicia 4360-2018, cit., 13-15.

transpuestos a la Constitución. Se trata ciertamente de órdenes muy puntuales y detalladas, como la dirigida a la Presidencia de la República, al Ministerio de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible y al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, para que se active en un plazo de cinco meses la elaboración de un *Pacto Intergeneracional por la Vida del Amazonas Colombiano* (P.I.V.A.C.), aunque la decisión cae más en el ámbito de la admonición que en el de los instrumentos que tienen poder coercitivo efectivo contra las autoridades, como es el caso de las declaratorias de ilegitimidad constitucional.

La trascendencia efectiva de un fallo como el colombiano debe medirse en el largo plazo, en el funcionamiento concreto de las instituciones<sup>42</sup>. Esto no significa disminuir su importancia. La perspectiva desde la que el juez colombiano parece basar su argumentación es hasta cierto punto revolucionaria. La referencia a las generaciones futuras se sitúa precisamente en la perspectiva alarmante de las necesidades de supervivencia de la especie, y no del objetivo menos ambicioso de garantizarles los mismos estándares de los que gozaron sus antecesores. El derecho a la vida, a la salud, a un mínimo básico, a la libertad ya la dignidad humana, están todos "vinculados sustancialmente y determinados por el medio ambiente y el ecosistema. Sin ambiente sano los sujetos de derecho y los seres vivientes en general no podremos sobrevivir, ni mucho menos resguardar esos derechos, para nuestros hijos ni para las generaciones venideras. Tampoco podrá garantizarse la existencia de la familia, de la sociedad o del propio Estado"<sup>43</sup>. Estamos ante un verdadero cambio de paradigma, una definición quizás sobre utilizada, pero que aquí transmite claramente la diferencia de enfoque del juez colombiano. Una jurisprudencia ecocéntrica, en definitiva.

Desde una perspectiva funcionalista, las dos decisiones que acabamos de mencionar tienen en común el intento, más o menos exitoso, de crear un vínculo entre las generaciones presentes y futuras. Esta función debe evaluarse por su capacidad, si la hay, para implementar formas de responsabilidad intergeneracional que puedan traducirse en restricciones existentes en beneficio de los que vendrán. Habiendo así definido este mínimo común denominador, es más fácil identificar otros instrumentos de derecho positivo adecuados para el propósito.

Un ejemplo es el fondo de generación creado por la Provincia de Quebec con una ley de 2006. La ley en cuestión exige que las autoridades de Quebec aparten anualmente parte de las regalías de Hydro-Québec, una empresa estatal canadiense que administra la generación, transmisión y distribución de electricidad en la provincia, y por productores hidroeléctricos privados, en un fondo administrado por el Ministerio de Hacienda. Sin tener en cuenta las consecuencias económicas de la pandemia, parecería que el fondo ha tenido algún efecto positivo al aliviar la carga de la deuda pública en Quebec<sup>44</sup>. También en este

42 Me abstengo de emitir juicios en un sentido o en otro. En la web se puede encontrar mucha información sobre el avance de la implementación del pacto. Como es lógico suponer, se subrayan los esfuerzos realizados por las instituciones, mientras que por parte de las asociaciones ecologistas se tiende a señalar retrasos y lagunas. Sin embargo, quisiera señalar que la Presidencia de la República respondió prontamente a la sentencia con una directiva dirigida a todas las instituciones involucradas con el objeto de la Articulación institucional para el cumplimiento de las órdenes impartidas por la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia 4360-2018 del 05 de abril de 2018, relacionado con la deforestación en la Amazonía.

43 Corte Suprema de Justicia 4360-2018, cit., 13.

44 Un estudio interesante sobre el fondo de las generaciones es el siguiente: Yves-St-Maurice et Luc Godbout, con la colaboración de Suzie St-Cerny, *Le Fonds des générations : où en sommes-nous?*, Cahier de recherche no 2017-09, disponible en línea <https://cfff.recherche.usher-brooke.ca/fonds-generations/>. Aunque el trabajo no tiene en cuenta las repercusiones de la pandemia, ya que salió dos años antes de que se manifestara, los escenarios hipotéticos que



caso reconocemos el esquema esbozado anteriormente: restricción de hoy-beneficios futuros. Aquí, sin embargo, el instrumento tiene estatus legislativo y, por lo tanto, encarna una restricción autoimpuesta. Es el legislador quien se impone una obligación frente a las generaciones futuras, y el propio legislador puede decidir eludirla.

## VII. Conclusiones: ¿heroísmo libertario o egoísmo liberticida?

Tal vez pretendí volar demasiado alto en estas reflexiones, perdiendo así el contacto con los detalles. Quizá debería haber profundizado en ciertos aspectos de los temas que he tocado. Hay, por ejemplo, y soy consciente de ello, una literatura sustancial sobre el fundamento constitucional de la obligación de vacunación. Quizá debí referirme a él, ya que en realidad es de aquí, en retrospectiva, de donde se movió mi reflexión. El conflicto entre la supuesta autodeterminación individual y los límites que se le imponen en beneficio de la comunidad, en la emergencia pandémica, tiene su culminación en la obligación de vacunación, que solo se ha cumplido parcialmente. De hecho, con esta obligación se entra en la esfera más íntima de la persona. En lo que algunos han llamado, el espacio biojurídico del individuo<sup>45</sup>.

Sin embargo, me interesaba enmarcar el tema desde una perspectiva más general, que me parece, en conclusión, la misma que se perfila como un nuevo paradigma en la protección ambiental. Es la perspectiva que sitúa el desarrollo sostenible en el marco de la solidaridad y la responsabilidad intergeneracional, entendida no como un deber de garantizar a los que vendrán el mismo nivel de vida que los que viven en el presente, sino como garantía de la propia existencia de la especie humana.

Ya se ha destacado cómo esta perspectiva permite conciliar ética y derecho, dos sistemas prescriptivos unidos por un mismo fin último: la supervivencia del hombre. Este es el objetivo ineludible de ambos sistemas, el núcleo esencial que les permite tocarse, si no superponerse<sup>46</sup>.

Ante esta cuestión, no parece urgente la necesidad de encontrar un fundamento constitucional para la obligación de vacunación, ni para otros instrumentos de limitación de la libertad personal que tengan como fin último garantizar la supervivencia de la especie. Estos ya encontrarían fundamento en un principio implícito de solidaridad intergeneracional y en los deberes y responsabilidades que de él se derivan.

Por supuesto, esta reconstrucción trae consigo el problema de un equilibrio difícil, y algunos dirían, con razón, imposible. ¿Cómo se pueden equilibrar los valores entre sí, cuando en la balanza está el triunfo de la conservación de la especie humana? Está claro que ningún otro valor, interés, derecho puede compararse. No pretendo dar una respuesta a esta pregunta aquí y ahora, pero una cosa me parece clara, a saber, que el individualismo libertario, que he criticado en estas páginas, no es ciertamente la forma más adecuada para encontrar soluciones a problemas que afectan a toda la Humanidad.

La decisión de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, a la que he aludido en las páginas de este artículo, anula esta misma lógica. De hecho, el juez

en él se esbozan ofrecen una imagen de la posible evolución del instrumento.

45 Tomo esta definición de Canale (1998) que la utiliza con referencia a la cuestión de la decisión de la mujer en relación con las elecciones que atañen a su propio cuerpo en particular, el "aborto".

46 No es común en la doctrina jurídica tener en cuenta al mismo tiempo implicaciones éticas y jurídicas en un mismo análisis. Un intento, en mi opinión exitoso, es el de Fracchia en *Lo Sustainable Development*.

colombiano no solo traslada la cuestión de una lógica individualista a una dimensión colectiva e intergeneracional más amplia, sino que también propone un proceso participativo para la solución del problema que se le presenta. De hecho, no se limita a llamar a las autoridades a respetar los compromisos asumidos, sino que les exige involucrar a todas las partes interesadas en la definición de un pacto intergeneracional, del que también esboza los objetivos concretos.

La justicia colombiana ha tomado una decisión que realmente parece ser de ecologismo militante. Tampoco es un caso aislado en América Latina. Pero, ¿podemos mirarlo con la superficialidad de quien se siente en el centro del mundo civilizado y etiquetarlo como una decisión ideológica, o como una decisión ideológica, si no es que ingenua? Al contrario, creo que el juez colombiano fue muy pragmático al reconocer que el problema que se le plantea no se resuelve en el reconocimiento de un derecho, sino en algo que va más allá.

Para cerrar con una broma: creo que la posición de quienes luchan por la libertad como forma de absoluta autodeterminación individual, erigiéndose en mártires frente al Estado, llegando incluso a equiparar las limitaciones impuestas en la pandemia a los crímenes perpetrados contra los judíos durante la Segunda Guerra Mundial, no es la de un héroe libertario, sino la de un egoísta liberticida. El "mono egoísta", de hecho, o el "vándalo cósmico", o incluso el *homo narcissus*, como nos describe Nicholas P. Money en su escrito.

### Bibliografía

- Apostoli, A. (2016). Il consolidamento della democrazia attraverso la promozione della solidarietà sociale all'interno della comunità. *Costituzionalismo.it*, 1 (Tornare ai fondamenti: la solidarietà), 1-43.
- Beckerman, W. (2006). The impossibility of a theory of intergenerational justice. En J. C. Tremmel (coord.), *Handbook of intergenerational justice* (pp. 53-71). Cheltenham: Elgar.
- Bifulco, R. y D'Aloia, A. (2008). Le generazioni future come nuovo paradigma del diritto costituzionale. En R. Bifulco y A. D'Aloia (eds.). *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*. Napoli: Jovene.
- Bobbio, N. (1985). *Liberalismo e Democrazia*. Milano: Franco Angeli.
- Bobbio, N. (1990). *L'età dei diritti*. Torino: Einaudi.
- Borgetto, M. (1993). *La notion de fraternité en droit public français*. París: LGDJ.
- Borgetto, M. (2009). Fraternité et Solidarité: un couple indissociable? En M. Heccquard-Théron (coord.). *Solidarité(s): perspectives juridiques* (pp. 11-33). Toulouse: Presses de l'Université Toulouse Capitole, LGDJ - Lextenso Editions.
- Boschetti, B.L. (2022). Oltre l'art. 9 della Costituzione: un diritto (resiliente) per la transizione (ecologica). *DPCE online*, 2/2022, 1153-1164.
- Canale, D. (1998). Il diritto pubblico interiore. La giurisdizione dello Stato nello spazio bio-giuridico dell'individuo. *Rivista critica di diritto privato*, 16 (1-2), 89-124.
- Carboni, G.P. (2013). *Federalismo fiscale comparato*. Napoli: Jovene.
- Carlassare, L. (2016). Solidarietà: Un Progetto Politico. *Costituzionalismo.it*, 1 (Tornare ai fondamenti: la solidarietà), 45-67.
- Cassese, S. (2018). *La democrazia e i suoi limiti*. Milano: Mondadori.
- Coppola, C. (2005). *La rinuncia ai diritti futuri*. Milano: Giuffrè.
- Cuocolo, L. Dallo Stato liberale allo "Stato ambientale". La protezione dell'ambiente nel diritto costituzionale comparato. *DPCE online*, 2/2022, 1071-1084.
- D'Aloia, A. (2016). Generazioni future (diritto costituzionale). En *Enciclopedia del diritto*, Annali IX (pp. 311-390.). Milano: Giuffrè.

- De Shalit, A. (1995). *Why Posterity Matters: Environmental Policies and Future Generations*. Londres: Routledge.
- Di Bari, M. (2019). A majoritarian one-shot, a minority being shot: Direct democracy and the “counter-minoritarian dilemma”. *Percorsi costituzionali*, 2, 571-592.
- Ekeli, K.S. (2007). Green Constitutionalism: The Constitutional Protection of Future Generations. *Ratio Juris*, 3, 378-401.
- Ferrari, G. F. (2011). *Le libertà. Profili comparatistici*. Torino: Giappichelli Ed.
- Gallarati, F. (2022). Tutela costituzionale dell’ambiente e cambiamento climatico: esperienze comparate e prospettive interne. *DPCE online*, 2/2022, 1085-1110.
- Haskell, J. (2001). *Direct Democracy Or Representative Government? Dispelling The Populist Myth*. New York: Routledge.
- Hernández Morantes, C. F., Aguilar-Barreto, A. J., Contreras-Santander, Y. L. (coords.) (2020). *Medioambiente: sujeto de derechos*. Barranquilla (Colombia): Ediciones Universidad Simón Bolívar.
- Hiskes, R.P. (2009). *The Human Right to a Green Future*. New York: Cambridge University Press.
- Jaria-Manzano, J. y Borrás S. (eds.) (2019). *Research Handbook on Global Climate Constitutionalism*. Cheltenham (UK): Edward Elgar Publishing Limited.
- Jegede, A. O. (2018). Climate Change and Environmental Constitutionalism: A Reflection on Domestic Challenges and Possibilities. En E. Daly y J. R. May (eds.). *Implementing environmental constitutionalism: Current global challenges* (pp. 84-99). Cambridge: Cambridge University Press.
- Jonas, H. (1990). *Il principio responsabilità. Un’etica per la civiltà tecnologica*. Torino: Einaudi.
- Lorenz, K. (1974). *Gli otto peccati capitali della nostra civiltà*. Milano: Adelphi.
- Massa Pinto, I. (2021). Doveri. En C. Carruso, C. Valentini (eds.), *Grammatica del costituzionalismo*. Bologna: Società Editrice Il Mulino.
- Mazzini, G. (1860). *Doveri dell’uomo*. Lugano.
- Merkel, W. (2014). Is There a Crisis of Democracy? *Democratic Theory*, 1 (2), 11-25.
- Money, N.P. (2020). *La scimmia egoista. Perché l’essere umano deve estinguersi*. Milano: Il Saggiatore.
- Mostacci, E. (2022). Proficuo, inutile o dannoso? Alcune riflessioni a partire dal nuovo testo dell’art. 41. *DPCE online*, 2/2022, 1123-1134.
- O’Neill, J. (1993). *Ecology, Policy and Politics. Human Well-Being and the Natural World*. London-New York: Routledge.
- Pitino, A. (2022). Ambiente e Costituzione: una (prima) lettura di genere. *DPCE online*, 2/2022, 1135-1152.
- Pratesi, S. (2007). *Generazioni future? Una sfida per i diritti umani*. Torino: Giappichelli.
- Resta, E. (2016). Il racconto della fraternità. *Costituzionalismo.it*, 1 (Tornare ai fondamenti: la solidarietà), 111-123.
- Rimoli, F. (2022). *Dei diritti e dei doveri. Percorsi controvento*. Napoli: Editoriale Scientifica.
- Sánchez Ferriz, R. (2023). *Estudios sobre las libertades públicas en el ordenamiento español (La voz de la sociedad civil)*. Tirant lo Blanch: Valencia.
- Shelton, D. (2010). Intergenerational Equity. En R. Wolfrum, y C. Kojima (coords.), *Solidarity: a structural principle of International Law* (pp. 123-168). Berlín: Springer.
- Viola, P. (2022). *Climate Constitutionalism Momentum: Adaptive Legal Systems*. Cham (Switzerland): Springer.
- Vipiana, P. (2022). La protezione degli animali nel nuovo art. 9 Cost. *DPCE online*, 2/2022, 1111-1121.
- Zagrebelsky, G. (2005). *Imparare democrazia*. Torino: Einaudi.
- Zakaria, F. (1997). The Rise of Illiberal Democracy. *Foreign Affairs*, 76, 22-43.

# La prohibición de la reconstitución del partido fascista en el ordenamiento jurídico italiano: análisis y propuestas

*The prohibition of reconstruction of the fascist party in the italian system: analysis and proposals*

**GIUSEPPE DONATO**

Assistant Professor in Public Law Institutions  
Università degli Studi di Messina  
giuseppe.donato@unime.it

DOI: <https://doi.org/10.7203/cc.4.28023>

Fecha de recepción: 23/11/2022

Fecha de aceptación: 21/08/2023

## Resumen

La Constitución italiana establece una prohibición explícita de la reconstitución del disuelto partido fascista en su XII Disposición final. El trabajo analiza ante todo las motivaciones históricas, jurídicas y políticas que llevaron a los constituyentes a incorporar esta disposición, también a la luz del art. 49 sobre los partidos políticos. La XII Disposición ha encontrado rango legal con la Ley Scelba, que prevé un mecanismo de disolución de los partidos y que a veces ha sido invocada también para excluir algunas listas de candidatos de las competiciones electorales locales. En sus conclusiones, el autor propone una modificación del modelo vigente con el fin de reforzar la dimensión propiamente constitucional del problema.

## Palabras clave

Partidos políticos, partido neofascista, disolución de partidos, democracia protegida, poder judicial.

## Abstract

*The Italian Constitution provides for an explicit prohibition of the reconstitution of the dissolved fascist party in its XII final disposition. The essay investigates first of all the historical, legal and political motivations that led the Constituents to write this provision, also in the light of art. 49 regulating political parties. The XII provision has been implemented by the Scelba Law, which provides for a mechanism for the dissolution of parties and which has sometimes been invoked also to exclude some lists of candidates from local elections. In the conclusions, the author proposes a modification of the existing model, in order to strengthen the properly constitutional dimension of the problem.*

## Keywords

*Political parties, neo-fascist party, dissolution of parties, protected democracy, judiciary power.*

## Sumario

**I. El sistema de democracia procedimental en la Constitución italiana. II. La previsión constitucional sobre el partido fascista: el alcance aplicativo de la XII disposición final. III. La disolución del partido fascista: una doble vía. IV. La exclusión de las listas neofascistas en la jurisprudencia administrativa. V. Conclusiones: propuestas de regulación de la "ilicitud constitucional". *Bibliografía.***

### I. El sistema de democracia procedimental en la Constitución italiana

El principio pluralista constituye uno de los pilares del del conjunto del ordenamiento constitucional republicano italiano y en particular del sistema político-representativo (Corsale, 1982).

Este modelo tiene sus raíces en la fase de transición que se abrió después de la caída del fascismo<sup>1</sup>: los partidos emergidos de la clandestinidad —profundamente divididos en términos de ideologías—, compartían una sólida matriz antifascista; con este espíritu participaron en las acciones del Comité de Liberación Nacional, primero, y en los trabajos de la Asamblea Constituyente después (Lavagna, 1960: 779; Crisafulli, 1969: 14; Ridola, 1982: 76).

En el debate que acompañó la redacción del art. 49 de la Constitución italiana (en adelante, Cost.) prevaleció la preocupación por circunscribir el respeto al método democrático en el momento de la competición entre las fuerzas políticas, sin llegar a limitar su autonomía con normas específicas sobre su organización interna (Basso, 1966: 64; Traverso, 1983: 135; Scoppola, 1997: 212; D'Elia, 2006: 2786; Mazzarolli, 2008: 1218). Por lo tanto, fue formulada una disposición que garantiza la competición electoral entre el número más grande posible de actores políticos que, haciendo converger "en el mecanismo de composición (típico de la democracia) todos los intereses y las exigencias dignos o, sin embargo, susceptible de consideración" (Lavagna, 1956: 405), realizan esa "concordia discors" que es la base de la actividad política nacional (Rescigno, 1979: 329).

Se trata, en última instancia, de una concepción de la democracia entendida en sentido procedimental (Ridola, 1982: 110; Lavagna, 1956: 392; Petta, 1973: 682; Fois, 1984: 72; Bon Valsassina, 1957: 608; Bologna, 2015: 129), que regula el método de formación de las decisiones, pero no requiere la adhesión a un marco de valores preestablecido<sup>2</sup>, a diferencia de lo que ocurre en las democracias denominadas militantes como la alemana (Loewenstein, 1937a: 417 y 1937b: 638; Ferroni y Ceccanti, 2015; Maestri, 2019: 49).

1 Véase el Real decreto-ley n. 704/1943 con que fue suprimido el Partido Nacional Fascista.

2 Pezzini (2019: 216) resalta que "la matriz antifascista de la constitución autoriza medios para reaccionar a la reorganización de una práctica política en sí incompatible con la democracia constitucional, pero no exige ninguna fidelidad ideológica positiva".



Tal elección, "directamente relacionable con el carácter compromisorio del pacto constitucional" (Brunelli, 1991: 215), excluye, entonces, cualquier tipo de examen sobre las doctrinas políticas, con la idea de que a través del proceso democrático las posiciones más extremas también pueden ser integradas en el sistema.

La única excepción que los Constituyentes, a propuesta de Togliatti<sup>3</sup>, quisieron insertar en este modelo denominado de "institucionalidad externa" (Virga, 1948: 199), es representada, de hecho, por la prohibición de reorganizar bajo cualquier forma el disuelto partido fascista<sup>4</sup>. La inclusión de un (limitado) "control ideológico" permitió trazar una línea de demarcación con respecto a lo que no era constitucionalmente admisible, reforzando, al mismo tiempo, la posición de aquellos que temían, más que otros, la imposición de reglas sobre la democracia interna como medios de lucha política en manos de la mayoría de turno<sup>5</sup>.

## II. La previsión constitucional sobre el partido fascista: el alcance aplicativo de la XII disposición final

La ratio subyacente a la aprobación de la XII Disposición final Cost. constituye un medio importante para resolver las controversias hermenéuticas surgidas a este respecto.

La colocación de dicha prohibición entre las disposiciones transitorias y finales, más allá de los límites del texto constitucional stricto sensu, ha suscitado ciertas perplejidades en doctrina<sup>6</sup>, aunque no hayan faltado lecturas que, por el contrario, han deducido de eso un significado fuertemente simbólico<sup>7</sup>.

Dada la estrecha relación con el art. 49 Cost. —y una gestación, al menos parcialmente, compartida— habría sido probablemente más correcto, a un nivel sistémico, la inclusión de la norma en la misma disposición que regula los partidos políticos, como ocurre en otras Constituciones que acogen previsiones similares<sup>8</sup>. En todo caso, la argumentación doctrinal predominante redimensiona el problema —justificando la colocación en base a simples razones formales (Ruini, 1951: 273; De Siervo, 1975: 3268)<sup>9</sup>— aunque deja irresuelto el *quid* de la calificación de la XII Disp. como transitoria o final.

Algunos autores, que han resultado ser residuales, han sostenido el carácter temporal de la prohibición a la que se refiere el apartado 1, que habría tenido razón

3 Por el relato véase *Assemblea Costituente, Seduta del 19 novembre 1946 della prima sottocommissione*, 403, en [www.camera.it](http://www.camera.it).

4 La mención original decía "de un partido fascista"; en el desarrollo del debate fue considerada más oportuna la formulación vigente porque aseguraba una conexión más clara entre la prohibición y un hecho históricamente determinado.

5 *In primis* el mismo PCI.

6 Así se expresaba Calamandrei en *Assemblea Costituente, Seduta del 4 marzo 1947, 1753*: "si esta disposición tiene que tener un sentido, no debe estar colocada no entre las disposiciones transitorias, y no debe limitarse a prohibir un nombre, sino que debe definir lo que hay debajo de ese nombre, cuáles son los caracteres que un partido debe tener para no caer bajo esa denominación y para corresponder en cambio a los requisitos que los partidos deben tener en una Constitución democrática".

7 Luciani (1991: 187 y 190) afirma que la colocación fuera del "cuerpo vivo de la Constitución" sea paradigmática del hecho que "el fascismo es pasado, y el pasado no vuelve".

8 Véase art. 21 *Grundgesetz*; art. 9 Cost. Albania; art. 11 Cost. Bulgaria; art. 6 Cost. Croacia; art. 48 Cost. Estonia.

9 Mortati (1950: 238) afirma, en cambio, que no parecía oportuno introducir disposiciones *de specie* en la Constitución, no se puede dudar, sin embargo, de su "plena igualdad de valor jurídico con respecto a otras normas de la Constitución".

de ser siempre y cuando hubieran existido sujetos ligados al régimen pasado<sup>10</sup>. El *status* de los "fascistas de ayer" está regulado, sin embargo, por el apartado 2, que determina claramente el plazo de su vigencia (Malvicini, 2021: 1126), mientras que el íncipit de la disposición se dirige a los "reorganizadores actuales del fascismo" (Bon Valsassina, 1957: 953): la prohibición, imperecedera, constituye una previsión final, y seguramente no transitoria, del texto constitucional<sup>11</sup>.

Así las cosas, ilustres académicos reflexionaron sobre el alcance y, de ahí, sobre la extensibilidad de dicha prohibición. Esposito reconoció en la XII Disp. una cláusula general contra los partidos antisistema que, aunque recordando sólo la experiencia fascista, en cuanto *sinécdoque*, fundamenta una "implícita prohibición de existencia de todo partido que, como aquel, persiga la instauración de dictaduras o el abandono de los principios democráticos actualmente vigentes" (Esposito, 1951: 24; Crisafulli, 1969: 26). Esta interpretación persigue un objetivo sin duda digno de ser compartido: la defensa del ordenamiento jurídico contra posibles derivas autocráticas, aunque de inclinación política diferente de lo expresamente estigmatizado.

Sin embargo, el tenor literal de la disposición, las motivaciones históricas en las cuales ésta se fundamenta y el modelo de democracia abierta —esto sí, no "agnóstica" (Mortati, 1950: 71)— delineado por los Constituyentes llevan a inclinarse hacia el rechazo de esta argumentación de arriba: la única exégesis posible es la restrictiva (Grasso, 2002: 517), que rechaza todas lecturas polivalentes (Barile, 1961: 22) y reitera el carácter de "cláusula especial de protección política unidireccional" de la XII Disp. fin. (Pezzini, 2011: 1379).

De hecho, el art. 49 Cost. enuncia una precisa regla de competición electoral, en virtud de la cual todos los sujetos políticos pueden concurrir en determinar la política nacional, siempre y cuando respeten el método democrático. La XII Disp., en cambio, excluye a priori, a través una presunción absoluta, uno de los competidores posibles: el disuelto partido fascista, bajo cualquier forma (incluso, en hipótesis, mediante un sujeto jurídico que no sea formalmente un partido). Dicho precepto se sitúa en un campo diferente, lógicamente anterior a la previsión del art. 49 Cost., ya que se refiere al an de la legitimación política y no al quomodo de su ejercicio concreto: no se debería considerar admisible, por lo tanto, siquiera un partido fascista que opere con método democrático (De Siervo, 1975: 3278).

La especificidad de la prohibición en cuestión —un *privilegium odiosum* que carga sólo sobre una formación política— determina, como corolario lógico, su calificación como elemento de ruptura de la Constitución (Martines, 2022: 305 y 590; Motzo, 1964: 323; Barile y De Siervo, 1968: 788; Mortati, 1962: 192; Ruggeri, 2009: 32).

### III. La disolución del partido fascista: una doble vía

Las directrices delineadas por la XII Disp. encontraron una aplicación puntual en la Ley 645/1952, la denominada Ley Scelba por el nombre del Ministro del Interior que la propuso<sup>12</sup>.

10 Barile (1961: 22) atribuye este argumento a Balladore Pallieri, sin especificarla más. Véase también Bellomia (1973: 1672).

11 Esta lectura fue compartida por la Corte Constitucional, ord. n. 323/1988. De la misma opinión Petta (1973: 718).

12 Dicha intervención nominativa representa la última etapa de un proceso de represión de la actividad fascista emprendido por el legislador con el d.lgs.lgt. 26 de abril 1945, n. 145 y

Desde el punto de vista estructural, el art. 1 detecta el elemento de la reorganización en presencia de "una asociación, un movimiento o en todo caso un grupo de personas no inferior a cinco"<sup>13</sup>. La disposición no contiene, por lo tanto, ninguna referencia a la noción de partido político, extendiendo, por esta vía, el espectro de las figuras asociativas que pueden recaer, *lato sensu*, entre los sujetos jurídicos prohibidos.

Dicho colectivo debe perseguir las finalidades antidemocráticas propias del partido fascista (en las modalidades puntualmente tipificadas), es decir, enaltecer sus componentes o sus acciones o, incluso, realizar manifestaciones de carácter fascista.

No es baladí subrayar que el legislador perfeccionó la persecución de los comportamientos tipificados a través de cuatro tipologías diferentes de conducta, una sola de las cuales prevé, marcando un climax ascendente, esto es, el enaltecimiento, la amenaza o incluso la utilización de la "violencia como medio de lucha política". Se confirma, por lo tanto, la argumentación según la cual la prohibición de revitalizar el disuelto partido fascista no representa un mero ejemplo de la lesión del método democrático ex art. 49 Cost., pudiéndose detectar una formación política de este tipo también en presencia de otros comportamientos tipificados en la Ley Scelba.

El art. 3 sanciona los grupos que presentan dichos elementos con la disolución y el decomiso de los bienes, predisponiendo dos procedimientos diferentes a seguir según el caso a tratar.

Para llegar a las sanciones mencionadas, en las circunstancias tipificadas como ordinarias se procede mediante una sentencia estimatoria de la reorganización del disuelto partido fascista, a la que sigue un decreto del Ministro del Interior, oído el Consejo de Ministros.

En las circunstancias extraordinarias, en cambio, la resolución es adoptada mediante decreto-ley, siempre y cuando se verifique una de las hipótesis descritas por el art. 1 de la ley.

Las dos vías procedimentales tienen por objeto la comprobación de los mismos hechos, pero encomiendan el ejercicio de la función a órganos y a través de métodos ontológicamente diferentes: en el primer caso al juez, imparcial por definición, que asegura a los grupos acusados las mejores garantías procesales, incluso en detrimento de la rapidez de la resolución; en el segundo caso al Gobierno, expresión de la mayoría parlamentaria de turno (y, así, del relativo sesgo político), al que se pide una respuesta lo más rápido posible, sin tener que respetar un iter de comprobación predefinido. El andamio más sólido de la primera resolución (la sentencia) hace que sea suficiente un decreto ministerial para disponer la disolución del sujeto; por el contrario, la iniciativa de origen (exclusivamente) gubernamental requiere un acto que implique responsabilidad (política) colegial que, en su caso, podrá ser invocada mediante la no conversión en ley del decreto ley (art. 77 de la Constitución italiana)<sup>14</sup>.

avanzado por la Asamblea Constituyente con la ley n. 1546/1947. Por una análisis más exhaustiva se permita la referencia a Donato (2021: 1024).

13 El texto actualmente vigente ha sido así expuesto por la ley n. 152/1975 denominada "ley Reale".

14 Parece oportuno subrayar que, en el texto original propuesto por el Ministro Scelba, incluso la disolución de la iniciativa gubernativa debía ser dispuesto a través del decreto ministerial. En sede parlamentaria Scelba precisó que aceptando la enmienda propuesta no quería "acoger el criterio que el contenido de esta resolución sea materia de derecho. Sigue tratándose de un acto administrativo, que adopta la forma de Decreto-ley por ofrecer las ulteriores y mayores garantías de control ofrecidas por el Decreto-ley".

Sin embargo, la Ley Scelba se reveló inadecuada con respecto a los objetivos prefijados. A la ventaja de encomendar la comprobación del delito a la imparcialidad del poder judicial se contrapuso la dificultad de los magistrados —ya evidenciada, en efecto, durante los trabajos preparatorios<sup>15</sup>— de efectuar un escrutinio "que sobrepase las funciones normales del juzgar, y que por su carácter es más histórico-político que jurídico" (Bianchi D'Espinosa, 1961: 34). A las problemáticas inherentes la aplicación de la ley se sumó, además, cierta reticencia de los jueces en relación con la oportunidad de intervenir directamente en el campo de la competición política, incluso en presencia de un partido que se remitía a la ideología fascista, como el MSI<sup>16</sup>.

Esta lectura está confirmada también por el escaso desarrollo jurisprudencial registrado: en cincuenta años de vigencia la mencionada comprobación ex art. 1 de la Ley Scelba fue aplicada, de hecho, sólo en cuatro ocasiones y en apenas dos de estas se llegó a disponer la disolución de un partido<sup>17</sup>.

En el juicio inherente el "Movimento Politico Ordine Nuovo", en particular, el Tribunal de Roma llevó a cabo una investigación completa de los comportamientos e ideologías atribuibles a sus exponentes y, por consiguiente, al mismo grupo (Trombetta, 2021: 210). Los jueces excluyeron una interpretación extensiva de la ley —según la cual, en el perímetro de la legislación *de qua*, encajarían también los movimientos no propiamente neofascistas, incluyendo los que exaltan la violencia como medio de lucha política— y reconocieron finalmente la reorganización del partido fascista llevada a cabo por el MPON. Los jueces en su razonamiento no llegaron a esta conclusión porque dicho movimiento hubiera expresado una "nostalgia genérica" o una "vaga añoranza" del régimen anterior, sino porque "creó (incluso a través de una organización compleja y extensa) algo concreto y duradero", que se basaba en una "relación estrecha" con el fascismo.

El fallo de la sentencia fue prontamente comunicado al Ministerio del Interior, que adoptó el consecuente decreto incluso antes de que se publicasen las motivaciones de la decisión.

Este *iter*, aunque fuese criticado por la doctrina en términos de garantías procesales (Petta, 1974: 486; Vinciguerra, 1967: 925), fue considerado por el Consejo de Estado exento de perfiles de ilegitimidad<sup>18</sup> en el supuesto de que el decreto no es un acto político —y, por lo tanto, en cuanto tal, incuestionable— sino un acto administrativo,

15 Véase, por ejemplo, la intervención del Sr. Berlinguer en *Atti Parlamentari del Senato della Repubblica, Seduta pomeridiana del 22 gennaio 1952*, en [www.senato.it](http://www.senato.it), 29936, pero extensamente incluso en los días siguientes.

16 En respuesta a esta situación de inmovilismo, en julio de 1960 el senador Parri presentó un proyecto de ley (n. 1125) que, ignorando totalmente la Ley Scelba, previa la disolución del MSI en aplicación directa de la XII disp. fin. apdo. 1, Cost. En apoyo de la propuesta fue organizado a Florencia un congreso, cuyos actos fueran recogidos en el volumen *Un adempimento improrogabile*, ya mencionado. En sede parlamentaria, en cambio, el iter terminó con la aprobación de un orden del día de no aplicación de los artículos, en la cual se volverá infra.

17 Trib. Roma, 21 de noviembre 1973 (presentada el 9 de febrero 1974), en *Giur. cost.*, 1974, 472 y ss., con nota de Petta, 1974, a lo que siguió el Decreto Ministerial del 23 de noviembre 1973, "Scioglimento del movimento politico "Ordine Nuovo"", en *Gazzetta Ufficiale* del 23 de noviembre 1973, n. 302, 7716; Trib. Bologna, 17 de diciembre 1975, en *Critica penale*, 1976, 73 y ss. con respecto a las asociaciones "Giovane Italia" y "Fronte universitario d'azione nazionale" y en el Movimento "Ugo Venturini"; Trib. Padova, 16 de julio 1976, en *Giur. it.*, n. 2/1978, 35 y ss. con respecto al "Fronte della Gioventù"; Trib. Roma, sec. VII penal, 5 de junio 1976, no publicada, seguida por el Decreto Ministerial del 8 de junio 1976, "Scioglimento del movimento politico «Avanguardia nazionale»", en *Gazz. Uff.*, del 9 de junio 1976, n. 150, 4500.

18 Cons. St., sez. IV, 21 de junio 1974, n. 452, en *Foro it.*, n. 4/1975, 101 y ss. En doctrina: Tamiozzo (1975: 173).

orientado a la gestión de exigencias de defensa del Estado. Por lo tanto, el Ministro, una vez conocida la comprobación operada por el juez —que la ley requiere como único supuesto habilitante— está vinculado a la adopción de la medida sancionadora.

La conclusión de los jueces de lo contencioso-administrativo está, efectivamente, respaldada por el art. 3 de la Ley Scelba, que para la disolución no solamente no requiere la irrevocabilidad de la sentencia, es decir, su firmeza, sino que no preceptúa como fase obligatoria siquiera la formulación de condena. Permanecen algunas preocupaciones, sin embargo, sobre el carácter "vinculado" del acto, cuando menos en términos tan perentorios: parece, de hecho, más oportuno reconocer al Ministro la posibilidad de modular la sanción, decidiendo si esta debe afectar sólo a una sección local o el partido a nivel nacional, o, incluso, optando por retirarla en caso de que las resoluciones de los grados de juicio siguientes lleguen a conclusiones diferentes<sup>19</sup>.

#### IV. La exclusión de las listas neofascistas en la jurisprudencia administrativa

El esfuerzo definitorio que el legislador realizó con respecto a la normativa de la Ley Scelba constituye sólo una de las piezas que componen el conjunto de los medios de lucha contra la actividad neofascista. La medida de la disolución no representa, de hecho, el único medio posible de aplicación de la disposición constitucional, dado que la prohibición de reorganización bajo cualquier forma tiene un alcance más extenso en comparación con el área relevante para el derecho penal, a cuyos principios —de determinación, ofensividad, materialidad— debe, en cambio, responder la regulación de la materia. El interés del ordenamiento alcanza incluso otros sectores, donde la exigencia represiva, en cierto modo, se refuerza: es el caso de la competición electoral, donde la infiltración de fuerzas neofascistas podría comprometer significativamente la resistencia del sistema político representativo.

Los términos fueron definidos de manera eficaz, tiempo atrás, por el Consejo de Estado: la XII Disp. es una "norma cuanto más grave y severa, en cuanto excepcionalmente derogatoria del principio supremo de la pluralidad, libertad y paridad de las tendencias políticas", determinando la inadmisibilidad de un símbolo político —y, por consiguiente, de la lista relativa— que contenga "el emblema de los fasces [que] no pueden no traer a la memoria, primariamente, precisamente el régimen fascista"<sup>20</sup>. Ni, tampoco, la ausencia de tal prohibición entre las hipótesis imperativas previstas por el art. 14 del Decreto del Presidente de la República (D.P.R.) n. 361/1957 se puede interpretar de manera diferente, porque la preclusión a la participación se desprende directamente de la XII Disp. fin.

La disposición constitucional despoja de cualquier legitimación toda tipología de movimiento político que propugne la ideología fascista. Así las cosas, si la vigencia de esta norma quedase subordinada a la tarea de especificación del legislador ordinario, se realizaría un vaciamiento, en efecto, del principio de jerarquía de las fuentes, dando vida a una dicotomía entre disposiciones constitucionales programáticas y preceptivas que parece ya anacrónica<sup>21</sup>.

19 En el caso de Ordine Nuovo la formulación de primero grado fue confirmada después por App. Roma, sec. I penal, 17 de mayo 1978.

20 Así el Consejo de Estado, sec. I, dictamen n.º. 173/1994, aun con unas excepciones especificadas en la misma.

21 Cattedra, 1990: 706, destaca la falacia de una idea según la cual los Constituyentes se habrían "conformado con la sola esperanza de ver actuados por el legislador ordinario los principios en los que



En continuidad con el razonamiento del Consejo de Estado, el Tribunal Administrativo Regional del Piemonte puntualizó posteriormente que la XII Disp. exige "la conformidad con el ordenamiento constitucional republicano" como una "*condicio iuris* implícita o presupuesta por la estructura del art. 33 del D.P.R. n. 570/1960"<sup>22</sup>. Por consiguiente, incluso sin una prescripción específica en la fuente de rango primario, las oficinas electorales pueden excluir legítimamente las listas que usen símbolos fascistas en virtud de la disposición constitucional.

Diferente jurisprudencia consideró, en cambio, que el control de las listas no pueda sobrepasar el límite previsto por el legislador<sup>23</sup> ni, en particular, incluir una "evaluación sobre el valor político, democrático o no del símbolo presentado", ya que significaría "una discrecionalidad que va más allá de los aspectos administrativos típicos"<sup>24</sup>. No parece que esta teoría se pueda compartir, ya que adopta una interpretación literal y excesivamente restrictiva de los arts. 30 y 33 del D.P.R. n. 570/1960 y, especialmente, enuncia una correspondencia biunívoca entre XII Disp. fin. y Ley Scelba que no responde a la *ratio* del texto constitucional.

La XII Disp. "fijando una imposibilidad jurídica absoluta e incondicionada", limita los derechos configurados legalmente por los arts. 49 y 51, porque impide a las formaciones políticas neofascistas ser involucradas en las dinámicas políticas<sup>25</sup>. La aplicación de este precepto debe ser dirigida, entonces, "a todo acto o hecho que pueda favorecer la reorganización del partido fascista" y no solamente a las conductas prohibidas penalmente.

Las oficinas electorales están llamadas, entonces, a un doble escrutinio: uno (crono)lógicamente preliminar, sobre la legitimidad constitucional de las listas, que encuentra fundamento implícito en la XII Disp.; otro, sobre el respeto de los preceptos específicos a los que se refiere el texto único del 1960.

La labor clarificadora del Consejo de Estado abrió el camino a un desarrollo de la jurisprudencia en materia en la misma dirección que la primera decisión<sup>26</sup>. Igualmente, el Ministerio del Interior introdujo en las "Instrucciones para la presentación y la admisión de las candidaturas" los últimos avances jurisprudenciales, incluyendo entre las listas ilegítimas las que "contengan expresiones, imágenes o representaciones que se refieran a ideologías autoritarias: por ejemplo, las palabras "fascismo", "nazismo", "nacionalsocialismo" y similares, así como cualquier simbología o sigla que recuerde tal ideología incluso indirectamente", ya que quedan prohibidos por la XII Disp. fin. y por la Ley Scelba<sup>27</sup>.

entendían basar el Estado, con la consecuencia absurda, en un plano lógico y en el jurídico, que sería el legislador ordinario lo que dibuja el modelo constitucional del Estado a través de un hábil equilibrio de un *novum genus* de leyes de actuación". Véase incluso Bin (1988: 179 y 2013: 323).

22 TAR Piemonte, sec. I, sent. n. 466/2010.

23 Los límites del control serían determinados primero por el D.P.R. n. 579/1960 y, además, por la Ley Scelba, que "prevé, a efectos decisores, la competencia del Tribunal penal".

24 TAR Abruzzo, Pescara, sec. I, sent. 363/2012.

25 Así Cons. Est., sec. V, sent. n. 1354/2013 que reformó la decisión del TAR Abruzzo.

26 Véase TAR Lombardia, Brescia, sec. I, sent. n. 105/2018; Cons. Est., sec. III, sent. n. 3208/2018; TAR Piemonte, sec. II, sents. nrs. 632 y 633/2018; Cons. Est., sec. III, sent. n. 3232/2018.

27 Prescripción que aparece, en último lugar, en las *Istruzioni per la presentazione e l'ammissione delle candidature*, Roma, 2022, 29.

## V. Conclusiones: propuestas de regulación de la "ilicitud constitucional"

Mediante la XII Disp. fin. el constituyente quiso "excluir de la democracia a quien mostró que era su enemigo"<sup>28</sup>, es decir, esa ideología que fue ya "sometida con resultado negativo al escrutinio histórico" y que no podría ser considerada ulteriormente admisible, excepto con el riesgo de incurrir en un "diabólico perseverar en el error" (Mortati, 1950: 74). El uso de la cláusula "bajo cualquier forma" impide cualquier margen de actuación en el ordenamiento no solamente a los partidos neofascistas sino, en ruptura con el texto constitucional en su conjunto, a cualquier tipo de formación social que quiera referirse al Partido Nacional Fascista (PNF).

La reorganización del disuelto partido fascista se configura, por lo tanto, como una "ilicitud constitucional"; sin embargo, la regulación de esta prohibición aparece, en el conjunto, inadecuada e incompleta.

Por consiguiente, en las presentes conclusiones se proponen tres posibles medidas de intervención: sobre la Ley Scelba, las medidas de financiación de los partidos y la previsión de rango constitucional, respectivamente.

Por lo que se refiere a la Ley Scelba, que ya en su Preámbulo fue calificada como ejecutiva de la XII Disp., ofrece, en realidad, respuestas sólo parciales a las exigencias subyacentes a la disposición constitucional, ya que se limita a llenar de significado, con buena especificación, la etiqueta de la "reorganización", y a confiar la tarea de la mencionada comprobación, al menos en los casos ordinarios, a un órgano independiente e imparcial.

Esta opción puede ser criticada en el perfil metodológico: la medida de la disolución está relacionada, de facto, a los resultados de un juicio penal, durante el cual el juez tiene inevitablemente un punto de vista incompleto, limitado únicamente a los acusados y no a la estructura asociativa de por sí. No es difícil suponer, entonces, la formulación de decisiones contradictorias como resultado de juicios que involucren a diferentes secciones territoriales de la misma organización, o, incluso, la imposibilidad de declarar con un grado significativo de certeza la reconstitución del partido fascista moviéndose en una base (necesariamente) parcial<sup>29</sup>.

En la segunda vía procedimental, el Gobierno, titular tanto de la fase inicial como de la conclusiva, puede efectuar las verificaciones requeridas asumiendo como objeto la asociación política entera, sin ser constreñido por los límites de una determinada competencia territorial circunscrita; sin embargo, al mismo tiempo, éste no puede asegurar las mismas garantías contencioso-procedimentales propias del poder judicial. La relevancia (incluso) política de la evaluación de los grupos investigados resulta, sin embargo, más propia del poder ejecutivo respecto que del judicial, como fue evidenciado críticamente en la doctrina y durante los trabajos preparatorios de la Ley Scelba; igualmente, no se puede solventar la duda —remota, pero no completamente resuelta— de que el comienzo de una acción contra un grupo sospechoso<sup>30</sup> pueda ser motivado por motivos de oportunidad política y no por la necesidad y por la urgencia de garantizar la resistencia del sistema democrático<sup>31</sup>.

28 Así Togliatti en *Assemblea Costituente, Seduta del 19 novembre 1946 della prima sottocommissione*, 403, en [www.camera.it](http://www.camera.it).

29 Véase Trib. Castrovillari, 6 de abril 2005, en *Giur. merito*, n. 11/2006, 2474, con nota de BIONDI, 2006: 2483.

30 O, de manera refleja, la falta de inicio.

31 La cuestión reapareció tras los célebres hechos de crónica que interesaran al grupo de Forza Nuova en el octubre de 2021. En doctrina véase Curreri (2021) y Saitta (2021: 939).

El legislador no se preocupó de regular medios de represión de la actividad fascista más allá de la disolución.

No es menos cierto que la XII Disp., estigmatizando la "reorganización", pretende resolver el problema en un perfil estructural. Sin embargo, se podrían configurar incluso otros medios para inhibir los grupos neofascistas en el plano funcional.

Un ejemplo lo proporciona la praxis de las oficinas electorales que, a varios niveles, rechazan los logos y las listas que estiman estar vinculados con el régimen fascista. La jurisprudencia administrativa apoyó esta medida y sustrajo directamente de la Constitución el precepto a aplicar, considerada la persistente inacción de los órganos de dirección política, cuya única respuesta fue una atrasada recepción de lo afirmado en sede judicial en un acto de soft law como las instrucciones ministeriales examinadas anteriormente.

Con respecto al segundo punto de las conclusiones, conviene subrayar que, en una más amplia perspectiva de iure condendo de regulación propagandista de los partidos y de los relativos medios de subsistencia<sup>32</sup>, además, se podría seguir el ejemplo del ordenamiento alemán<sup>33</sup>, donde está prevista la exclusión de la financiación pública y de todas las ventajas fiscales para los partidos declarados anticonstitucionales<sup>34</sup>, y, en algunos sentidos, también del ordenamiento español<sup>35</sup>.

La falta de organicidad y las críticas que se desprenden del análisis del sistema italiano vigente sugieren, como punto final de esta investigación, una reconsideración general de la regulación de las formaciones sociales neofascistas, que debería enfocarse en dos ejes: la división gradual de las medidas represivas y la previsión de una competencia asignada a la Corte constitucional.

La intervención normativa debería, primero, definir de modo exhaustivo el fenómeno para contrastar, identificando sus varias facetas en una dimensión más extensa que la propiamente penal a la que se refiere el art. 1 de la Ley Scelba. Sólo al cumplimiento de esta fase preliminar se podrán predisponer sanciones diferentes, dejando a la disolución el papel de extrema ratio en los casos de mayor relieve<sup>36</sup>.

El funcionamiento de dicho modelo está vinculado a la atribución de la relativa competencia a la Corte constitucional. Esta es la dirección hacia la cual se inclinan numerosos autores en la doctrina<sup>37</sup>, y la experiencia derivada de la comparación con otros países europeos<sup>38</sup>. Además, a la misma conclusión llegó, también, el Parlamento en 1952, en el orden del día con el que fue rechazado el proyecto de ley del senador Parri sobre la disolución del MSI<sup>39</sup>.

32 Se permita la referencia a Donato (2023:141) por ulteriores reflexiones sobre el asunto.

33 Véase BVerfG, Decisión del segundo senado del 17 de enero 2017 - 2 BvB 1/13, a la que siguió la ley del 28 de julio 2017 indicada "Gesetz zum Ausschluss verfassungsfeindlicher Parteien von der Parteienfinanzierung" (Ley sobre la exclusión de los partidos anticonstitucionales de la financiación de los partidos). En doctrina DelleDonne, 2017: 408; Kliegel, 2017: 189.

34 Además, con arreglo a la ley 2 de mayo 1974, n. 195 ciertas figuras políticas intentaron excluir el MSI de las ventajas de la financiación pública: véase Maestri, 2019: 45.

35 Art. 3, apdo. 5, LOPP.

36 A este respecto véase Comisión de Venecia, *Guidelines on prohibition and dissolution of political parties and analogous measures*, 41ª reunión plenaria, 10-11 de diciembre 1999.

37 Calamandrei, en Asamblea Costituyente, *Seduta del 4 marzo 1947*, 1754; Petta (1973: 748); De Siervo (1975: 3308); Saitta (2021: 942), así como numerosas intervenciones recopiladas en el volumen *Un adempimento improrogabile* ya citado.

38 Véase, con varios tonos, las Constituciones de Albania, art. 131, apdo. 1, let. d); Bulgaria, art. 149, apdo. 1, n.º. 5; Croacia, art. 6; Alemania, art. 21, apdo. 2; Moldavia, art. 135, apdo. 1, let. h); Portugal, art. 223, apdo. 2, let. e); Rumanía, art. 146, let. k); Eslovaquia, art. 129, apdo. 4; Eslovenia, art. 160; Turquía, art. 69.

39 Actos Parlamentares del Senado de la República, *Seduta pomeridiana del 30 novembre 1961*, en

La aportación del Gobierno y del Parlamento podría ser individualizada en la fase inicial, reconociendo a los órganos de dirección política la legitimidad activa para el inicio del procedimiento.

Ante el juez constitucional, de esta manera, podría instaurarse un juicio acompañado por la garantía de la imparcialidad propia de la magistratura y al mismo tiempo caracterizado por una prospectiva de investigación más amplia que la del caso individual, llamado la atención del juez penal, de manera similar a lo actualmente previsto por la disolución gubernativo ex art. 3, apdo. 2, de la Ley Scelba. Se configuraría, así, un juicio de evidente repercusión política sin exceptuar las garantías en fase de investigación y de alegaciones de las partes: se alcanzaría así un resultado equilibrado y conforme con el carácter de la XII Disp. fin.

### Bibliografía

- Barile, P. (1961). Relazione. En VV.AA. *Un adempimento improrogabile. Atti del Convegno giuridico sull'attuazione della XII norma finale della Costituzione, Firenze, palazzo Vecchio, 2 luglio 1961*, a cura del Comitato promotore e del Consiglio regionale toscano della Resistenza Firenze (pp. 19-27). Florencia: Tipografia STB.
- Barile, P. y De Siervo, U. (1966). Revisione della Costituzione. En *Novissimo Digesto italiano*, vol. XV (pp. 773-793). Turín: Utet.
- Basso, L. (1966). Il partito nell'ordinamento democratico moderno. En ISLE, *Indagine sul partito politico*, vol. 1 (pp. 5-128). Milán: Giuffrè.
- Bellomia, S. (1973). Manifestazioni fasciste e XII disposizione transitoria della Costituzione. *Giurisprudenza costituzionale*, 3, 1670-1675.
- Bianchi D'Espinosa, L. (1961). Relazione. En VV.AA. *Un adempimento improrogabile. Atti del Convegno giuridico sull'attuazione della XII norma finale della Costituzione, Firenze, palazzo Vecchio, 2 luglio 1961*, a cura del Comitato promotore e del Consiglio regionale toscano della Resistenza Firenze (pp. 28-41). Florencia: Tipografia STB.
- Bin, R. (1988). Atti normativi e norme programmatiche. Milán: Giuffrè.
- Bin, R. (2013). Una costituzione applicata ma non attuata. En G. Brunelli y G. Cazzetta (dirs.). *Dalla costituzione "inattuata" alla costituzione "inattuale"? Potere costituente e riforme costituzionali nell'Italia repubblicana. Materiali dall'incontro di studio Ferrara, 24-25 gennaio 2013* (pp. 323-333). Milán: Giuffrè.
- Biondi, G. (2006). È ancora attuale la norma che punisce le associazioni finalizzate alla riorganizzazione del disciolto partito fascista. *Giurisprudenza di merito*, 11, 2483-2491.
- Bologna, C. (2015). Libertà politiche e partiti antisistema. En P. Manzini y A. Lollini (dirs.). *Diritti fondamentali in Europa* (pp. 129-150). Bolonia: il Mulino.
- Bon Valsassina, M. (1957a). Profilo dell'opposizione anticostituzionale nello Stato contemporaneo". *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 7 (3), 531-623.

www.senato.it, 23405: "El senado, al oír la discusión general; considera que no se pueda confiar a un órgano político como las asambleas legislativas el juicio sobre la legitimidad de un partido con arreglo a las normas constitucionales; y en la convicción que sea sumamente más oportuno atribuir tales juicios a la competencia de la Corte constitucional, órgano especialmente adecuado, expresa la exigencia de una iniciativa de ley que remita a la misma Corte la tarea de juzgar sobre la legitimidad de los partidos al igual que la XII disposición y que los artículos 18, 49 y 54 de la Constitución".

- Bon Valsassina, M. (1957b). Apologia di fascismo, divieto di riorganizzazione del partito fascista e libertà di manifestazione del pensiero. *Foro italiano*, 1/1957, 952-954.
- Brunelli, G. (1991). Struttura e limiti del diritto di associazione politica. Milán: Giuffrè.
- Cattedra, A. (1990). Nota a margine della XII disposizione finale della Costituzione. *L'amministrazione italiana*, 5, 702-720.
- Corsale, M. (1982). Pluralismo giuridico. En *Enciclopedia del diritto*, XXXIII (pp. 1003-1026). Milán: Giuffrè.
- Crisafulli, V. (1969). I partiti nella Costituzione. *Jus*, 1-2, 3-37.
- Curreri, S. (2021). Sullo scioglimento di Forza Nuova e, più in generale, delle forze politiche che agiscono con metodo non democratico. *Lacostituzione.info*, 19-12-2021. Disponibile en: <https://www.lacostituzione.info/index.php/2021/10/19/sullo-scioglimento-di-forza-nuova-e-piu-in-generale-delle-forze-politiche-che-agiscono-con-metodo-non-democratico/>
- D'Elia, G. (2006). XII disp. trans. fin. En R. Bifulco, A. Celotto y M. Olivetti (dirs.). *Commentario alla Costituzione*, vol. III (pp. 2786-2789). Turín: Utet.
- Delledonne, G. (2017). Applicare la clausola sui partiti antisistema, oggi: il *Bundesverfassungsgericht* non scioglie (per ora) il partito neonazista NPD. *Quaderni Costituzionali*, 2, 408-411.
- De Siervo, U. (1975). Attuazione della Costituzione e legislazione antifascista. *Giurisprudenza Costituzionale*, 5, 3268.
- Donato, G. (2021). Un vecchio problema per (una) Forza Nuova: lo scioglimento delle organizzazioni neofasciste tra giudici e governo. *Consulta OnLine*, III, 1021-1034.
- Donato, G. (2023). *Modello costituzionale dei partiti politici e sindacato giurisdizionale*. Nápoles: Editoriale Scientifica.
- Esposito, C. (1951). I partiti nella Costituzione italiana. *Archivio giuridico Filippo Serafini*, 1/2, 3-28.
- Ferroni, F. y Ceccanti, S. (2015). Democrazia protetta. En VV.AA. *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Aggiornamento, vol. 6 (pp. 55-72). Torino: Utet.
- Fois, S. (1984). Dalla crisi dello "stato di diritto" alla crisi del cosiddetto "stato sociale". En N. Matteucci (dir.). *La governabilità delle società industriali* (pp. 63-107). Bologna: il Mulino.
- Grasso, P.G. (2002). Contributo allo studio sulla prevenzione dello stato di emergenza. Sul divieto costituzionale di riorganizzazione del disciolto partito fascista. *Diritto e società*, 4, 517-547.
- Kliegel, T. (2017). Freedom of Speech for Public Officials vs. the Political Parties' Right to Equal Opportunity: The German Constitutional Court's Recent Rulings Involving the NPD and the AfD. *German Law Journal*, 1, 189-212.
- Lavagna, C. (1956). Considerazioni sui caratteri degli ordinamenti democratici. *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2, 392-422.
- Lavagna, C. (1960). Comitati di liberazione. En VV. AA. *Enciclopedia del diritto*, VII (pp. 778-786). Milán: Giuffrè.
- Loewenstein, K. (1937a). Militant Democracy and Fundamental Rights, I. *The American Political Science Review*, 3, 417-432.
- Loewenstein, K. (1937b). Militant Democracy and Fundamental Rights II. *The American Political Science Review*, 4, 638-658.
- Luciani, M. (1991). Antifascismo e nascita della Costituzione. *Politica del diritto*, 2, 183-200.
- Maestri, G. (2019). Paura dei partiti antisistema e scelte sulla "protezione" della democrazia, tra Italia e Germania. *Democrazia e sicurezza*, 2, 1-111.
- Malvicini, M. (2021). Appunti per uno studio sui rapporti fra disposizioni transito-



- rie e diritto intertemporale tra fonti costituzionali e primarie. *Osservatorio sulle fonti*, 3, 1122-1142.
- Martines, T. (2022). *Diritto costituzionale*. Milán: Giuffrè Francis Lefebvre.
- Mazzarolli, L. (2008). XII disp. trans. fin. En S. Bartole y R. Bin (dirs.). *Commentario breve alla Costituzione*, fundado por V. Crisafulli y L. Paladin (pp. 1218-1220). Padua: Cedam.
- Mortati, C. (1950). Costituzionalità del disegno di legge per la repressione dell'attività fascista. *Cronache sociali*, 15/16, 238-241. También en Mortati, C. (1972). *Problemi di diritto pubblico nell'attuale esperienza costituzionale repubblicana. Raccolta di scritti*, vol. III (pp. 71-81). Milán: Giuffrè.
- Mortati, C. (1962). Costituzione dello Stato (dottrine generali e Costituzione della Repubblica italiana). En VV. AA. *Enciclopedia del diritto*, XI (pp. 139-233). Milán: Giuffrè.
- Motzo, G. (1964). Disposizioni di revisione materiale e provvedimenti di «rottura» della Costituzione. *Rassegna di diritto pubblico*, 1, 323-374.
- Petta, P. (1973). Le associazioni anticostituzionali nell'ordinamento italiano. *Giurisprudenza costituzionale*, 1, 667-750.
- Petta, P. (1974). Il primo caso di applicazione della "legge Scelba". *Giurisprudenza costituzionale*, 1-2, 472-521.
- Pezzini, B. (2011). Attualità e attuazione della XII disposizione finale: la matrice antifascista della costituzione repubblicana. En M. D'Amico B. y Randazzo (dirs.). *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida* (pp. 1379-1402). Milán: Giuffrè.
- Pezzini, B. (2019). Il divieto di ricostituzione del partito fascista nella XII disposizione finale. En M. D'Amico, A. De Francesco y C. Siccardi (dirs.). *L'Italia ai tempi del ventennio fascista. A ottant'anni dalla promulgazione delle leggi antiebraiche: tra storia e diritto* (pp. 205-218). Milán: Franco Angeli.
- Rescigno, G. U. (1979). *Corso di diritto pubblico*. Bologna: Zanichelli.
- Ridola, P. (1982). Partiti politici. En VV.AA. *Enciclopedia del diritto*, XXXII (pp. 66-127). Milán: Giuffrè.
- Ruggeri, A. (2009). *Fonti, norme criteri ordinatori. Lezioni*. Turín: Giappichelli.
- Ruini, M. (1951). La riorganizzazione del partito fascista. *Foro padano*, 9, 273-280.
- Saitta, A. (2021). È possibile sciogliere il movimento politico Forza Nuova prima che una sentenza ne abbia accertata la natura neo-fascista? *Quaderni Costituzionali*, 4, 939-942.
- Scoppola, P. (1997). *La repubblica dei partiti, evoluzione e crisi di un sistema politico (1945-1996)*. Bologna: il Mulino.
- Tamiozzo, R. (1975). Le nuove norme per la repressione e la prevenzione di attività eversive. *Rassegna dell'Avvocatura dello Stato*, 1, 173-178.
- Traverso, C. E. (1983). *Partito politico e ordinamento costituzionale: contributo alla determinazione della natura giuridica del partito politico*. Milán: Giuffrè.
- Trombetta, G. (2021). Un caso repubblicano: lo scioglimento del Movimento politico Ordine Nuovo (MPON). *federalismi.it*, 27, 199-237.
- Vinciguerra, S. (1967). Fascismo (sanzioni). En VV. AA. *Enciclopedia del diritto*, XVI (pp. 902-926). Milán: Giuffrè.
- Virga, P. (1948). *Il partito nell'ordinamento giuridico*. Milán: Giuffrè.



# Constitucionalismo y Justicia Transicional: el proceso de paz entre Colombia y las FARC-EP

## *Constitutionalism and Transitional Justice: the peace process between Colombia and the FARC-EP*

CARLOS ARTURO  
GUTIÉRREZ-RODRÍGUEZ  
Doctorando  
Università degli Studi di Padova  
cagutrod@gmail.com

DOI: <https://doi.org/10.7203/cc.4.28024>

Fecha de recepción: 02/11/2022  
Fecha de aceptación: 14/03/2023

### Resumen

Después de varios años de conversaciones en La Habana, en noviembre de 2016 el Gobierno colombiano y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC-EP) firmaron el Acuerdo Final Para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera. Con él, pusieron fin negociadamente a más de medio siglo de confrontaciones armadas. Se trata del primer Acuerdo de Paz desarrollado enteramente bajo el examen preliminar de la Corte Penal Internacional (CPI); lo que complejizó los desarrollos normativos, pues las condiciones para finalizar el conflicto armado debían responder tanto a la situación política como a los estándares internacionales en materia de responsabilidad penal individual ratificados por Colombia.

Este artículo da cuenta del papel que jugó el desarrollo constitucional en el proceso de paz; prestando atención tanto a las acciones normativas que habilitaron las conversaciones, como a los blindajes constitucionales que protegieron los acuerdos después de alcanzados.

### Palabras clave

Acuerdo Final de Paz, Constitucionalismo, Justicia Transicional, Justicia y Paz, Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano, Responsabilidad Penal Individual.

### Abstract

*After several years of conversations in La Habana, in November 2016 the Colombian Government and the Revolutionary Armed Forces of Colombia (FARC-EP) signed the Final Agreement for the Termination of the Conflict and the Construction of a Stable and Lasting Peace. With it, more than half a century of armed confrontation ended in a negotiated manner.*

*This is the first peace agreement developed entirely under the preliminary examination of the International Criminal Court (ICC), which made the normative developments more complex; since the conditions for ending the armed conflict had to respond both to the political situation and the international standards on individual criminal responsibility ratified by Colombia.*

*This article describes the role played by constitutional development in the peace process, paying attention both to the normative actions that enabled the talks and to the constitutional shields that protected the agreements after they were reached.*

### Keywords

*Final Peace Agreement, Constitutionalism, Transitional Justice, Justice and Peace, New Latin American constitutionalism, Individual Criminal Responsibility.*

## Sumario

**I. Entre la Justicia y la Paz. II. El nuevo constitucionalismo latinoamericano. III. Constitucionalismo en acción. 1. Constitucionalismo durante las negociaciones de paz. 2. Constitucionalismo en la implementación del Acuerdo Final de Paz. IV. Conclusiones. *Bibliografía.***

### I. Entre la Justicia y la Paz

Posiblemente no haya una situación en la que las relaciones entre el derecho y la política sean tan evidentes como en la solución negociada de los conflictos armados. Allí parece haber una tensión entre la justicia y la paz, donde inicialmente más de una implicaría menos de la otra. Esto quiere decir que los desarrollos normativos que se han establecido pueden tener cierto grado de flexibilidad si el fin último de las excepciones es lograr acuerdos entre partes que se han enfrentado bélicamente. En otras palabras, cuando se trata de conflictos armados, es relativamente aceptado que se modifiquen los estándares de justicia como condición para que los grupos armados entreguen las armas y hagan una transición a la democracia. Esto genera una tensión entre al menos dos compromisos asumidos por los Estados: de un lado, el deber de juzgar, investigar y sancionar y del otro la obligación de garantizar el derecho a la paz.

En ese sentido hay complicaciones tanto jurídicas como prácticas. En primera medida, "simplemente no es realista pensar que un proceso de negociación podrá culminar en un acuerdo si lo que se ofrece a los combatientes que decidan dejar las armas es una prisión en la que estarán encerrados por décadas" (Uprimny, Sánchez y Sánchez, 2014: 65). En segunda instancia, el deber de investigar, juzgar y sancionar no es una regla de todo o nada, frente a la cual otras obligaciones deban subsumirse. Al contrario, esta obligación "admite cumplimiento gradual, que se mide en virtud de las acciones que despliegue el Estado para lograr el esclarecimiento de los hechos y la sanción de los responsables" (Uprimny, Sánchez y Sánchez, 2014: 83).

Esta manera de pensar las tensiones entre ambas obligaciones es relativamente reciente. Previo a la década de 1980, la regla general frente a los procesos transicionales era la del perdón y el olvido. Dando lugar a que se encontraran soluciones jurídicas a aquello que se pactara políticamente; marcando una diferencia tajante entre las dos esferas. En tales circunstancias, la dimensión política eclipsaba la dimensión judicial.

Con esta distinción se pretendía reivindicar que los Estados ejercieran plenamente la soberanía nacional y, en virtud de ella, tomaran cualquier tipo de decisión en relación con el nuevo régimen, con los actores del conflicto y con las víctimas, siempre y cuando se realizara efectivamente la transición. Como consecuencia, lo máximo que se esperaba de los jueces era que garantizaran

el cumplimiento de la forma jurídica que adquirirían esos procesos políticos" (Uprimny y Sandoval, 2016: 385).

De acuerdo con Uprimny y Sandoval (2016), hay al menos dos razones que explican ese cambio de paradigma. En primer lugar, antes de la Segunda Guerra Mundial había dos grandes modelos constitucionales: Uno en el que la Constitución era escueta y los tribunales constitucionales debían asegurarse de que se cumpliera un contenido sucinto (como en el caso de Estados Unidos); otro en el que las Constituciones consagraban bastantes derechos, sin que hubiese un tribunal constitucional encargado de verificar que dichas obligaciones se cumplieran. El constitucionalismo democrático surge como una mezcla de ambas visiones. Así, después de la Segunda Guerra Mundial es frecuente encontrar Constituciones que formalizan un amplio catálogo de derechos —entre ellos derechos económicos, sociales y culturales—, acompañadas por tribunales encargados de verificar que se cumplan y garanticen.

En segunda instancia, el cambio de paradigma está relacionado con la evolución de los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos. La creación de la Corte Penal Internacional (CPI) y figuras como la jurisdicción universal, que habilita a las autoridades de otro país para juzgar los crímenes cometidos en otra jurisdicción, siempre que se trate de graves crímenes que se entiendan como afrentas contra la humanidad entera.

Esto ha derivado en una mayor exigencia ciudadana frente al sistema internacional<sup>1</sup>, que se ha traducido en un replanteamiento de las cortes nacionales y que ha limitado las transiciones para que se respeten —al menos en teoría— algunos límites establecidos en el orden internacional.

En el marco de tales tensiones, que restringen jurídicamente las acciones políticas de los Estados para que se respeten ciertos mínimos de justicia en los procesos transicionales, se dieron las conversaciones de paz de La Habana entre el Gobierno colombiano y la guerrilla que tenía mayor presencia en su territorio: Las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC-EP). Tales negociaciones terminaron en la firma del Acuerdo Final de Paz, en noviembre de 2016, cuyo propósito era poner fin al conflicto armado más antiguo de América, considerado también la tercera guerra activa más antigua del mundo (Jiménez y González, 2012: 10).

Por muchas razones, estas conversaciones de paz se han convertido en una referencia global en materia de soluciones negociadas a conflictos armados (Nylander, Sandberg y Tvedt, 2018: 8). Por ejemplo, el Acuerdo Final de Paz es casi con toda seguridad el acuerdo de paz integral más centrado en las víctimas que se haya negociado jamás (Quinn y Joshi, 2019: 208). Finalmente, esta ha sido la primera negociación en el mundo desarrollada enteramente bajo el escrutinio continuo de la CPI (Arévalo y Höker, 2018: 54).

1 Al respecto, es relevante lo expuesto en el capítulo 5 del libro de la doctora Fernanda Espinosa (2021), quien describe la evolución del discurso de los derechos humanos en la región, prestando particular atención a Colombia, donde aludir al humanitarismo y a los tratados internacionales en materia de derechos humanos pasó de ser un asunto visto con cierto recelo en los movimientos sociales —particularmente de izquierda, pues se consideraban un instrumento de dominación imperialista—, para empezar a ser usados como instrumentos que permitían defenderse legalmente ante el Estado por las violaciones masivas a los derechos humanos que fueron cometidas desde finales de los años 1970 y comienzos de 1980. Para esta autora, entre 1979 y 1991 se da una suerte de tecnificación del discurso, que fue usado por abogados en litigios que buscaban defender a las víctimas de violaciones a los derechos humanos, invocando normas internacionales que eran de obligatorio cumplimiento para el Estado colombiano.



La supervisión de la CPI añadió complejidades a un entorno de negociación que ya era difícil. El Acuerdo Final de Paz no sólo debía resolver las tensiones políticas internas, cumpliendo con la legislación nacional, sino además satisfacer los estándares internacionales a los que se había comprometido. En síntesis, el Acuerdo Final de Paz debía:

Satisfacer a los militares, al Estado, a la guerrilla (tanto a las bases como a la dirección), a las víctimas, a la población colombiana y al derecho internacional. La situación era extremadamente compleja, pues ninguno de estos grupos es homogéneo. Adicionalmente, el acuerdo debía avanzar en que la paz alcanzada perdurara en el tiempo, para que las personas que dejaran las armas no incurrieran de nuevo en la violencia armada, bien fuera desde la delincuencia común o vinculándose a otro grupo armado (Gutiérrez, 2020: 23).

Así las cosas, el Acuerdo Final de Paz se inscribió dentro de las tensiones propias de las transiciones negociadas que buscan dejar atrás un conflicto armado y reconstruir las relaciones sociales; a través de la difícil tarea de equilibrar las exigencias de justicia con las posibilidades de paz. Esto se traduce en la dicotomía que se da entre los derechos de las víctimas y las condiciones impuestas por los actores armados para desmovilizarse (Uprimny, 2006: 20).

Para hacer frente a estas tensiones, el proceso de paz diseñó un Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y Garantías de No Repetición. Una parte esencial de este sistema es la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP), institución encargada del componente de justicia<sup>2</sup>. La Jurisdicción Especial cuenta con un innovador sistema de sanciones que combina los paradigmas de justicia retributiva y restaurativa. Para muchos analistas, el Tribunal rompió la falsa dicotomía entre justicia y paz, lo que podría abrir una nueva era para la Justicia Transicional, donde las sentencias institucionalizadas de justicia restaurativa son compatibles con los estándares internacionales (Levy, 2021). Estas innovaciones pueden convertirse a su vez en una referencia para los procesos internacionales de construcción de la paz (Herbolzheimer, 2016: 3).

A pesar de la gran importancia del Acuerdo Final de Paz y de las difíciles condiciones en las que se logró, la población colombiana no apoyó plenamente el proceso. El 2 de octubre de 2016, el Acuerdo fue sometido a un plebiscito en el que se invitó a los colombianos a votar *Sí o No* para ratificar o negar los compromisos alcanzados en la mesa de negociación. Por menos de un punto porcentual, el No ganó, golpeando la legitimidad de los Acuerdos y dando lugar a nuevas formas de ratificación que dejaron el Acuerdo Final de Paz menos protegido. Para hacer frente a la derrota en el plebiscito, el Acuerdo se ratificó mediante un mecanismo de fast-track en el Congreso. En su ratificación, el Acuerdo sufrió severas modificaciones.

Algunos analistas coinciden en que no hubo tiempo suficiente para socializar con la población colombiana lo acordado en La Habana y su importancia (Cristo, Estrada y Moncayo, 2019). Los principales argumentos para votar por el No estaban ligados a la idea de justicia que había detrás del Acuerdo; para una parte relevante de la población, el Acuerdo Final de Paz ofrecía recompensas para los autores de graves delitos que debían ser encarcelados en lugar de

---

2 Por supuesto, no deben pensarse las instituciones de manera aislada. Al contrario, cada elemento está profundamente relacionado con los demás, aunque las instituciones tengan una vocación específica, sus actividades se desarrollan dentro de una perspectiva holística de la Justicia Transicional.

hacer lo que ellos entendían como una mera labor social. Otra idea difícil de aceptar fue la participación política<sup>3</sup> de las antiguas FARC-EP, lo que despertó en los votantes del No la sensación de estar entregando el país a la guerrilla.

Con argumentos similares, Iván Duque —del partido político que lideró la oposición contra el Acuerdo de Paz y la campaña del No en el plebiscito— ganó las elecciones presidenciales en 2018. Una promesa central de su campaña fue hacer trizas el Acuerdo de Paz<sup>4</sup>. Sin embargo, para hacerlo debía enfrentar todas las medidas jurídicas que se tomaron para garantizar la continuidad e implementación del Acuerdo Final de Paz, que fue concebido como un compromiso del Estado colombiano y no de un gobierno en particular.

La voluntad política de echar atrás el Acuerdo de Paz se enfrentó a una sólida defensa por parte de la Corte Constitucional y de la comunidad internacional, que insistió en la necesidad de implementar lo acordado de manera integral (Piccone, 2019; Brubaker, 2020).

Al final del mandato de Duque —a pesar de la voluntad de su partido político— el Acuerdo Final de Paz hizo un complejo tránsito de ser un proyecto político a una política pública legalmente protegida que, a pesar de todo, tiene importantes dificultades para ser implementada. Entre ellas se destaca el asesinato masivo de firmantes de la paz y la falta de recursos para materializar sus compromisos. Asimismo, las transformaciones centrales acordadas, como la reforma rural integral, la entrega de tierras, la aprobación de las zonas de reserva campesina y el fortalecimiento de la economía campesina y étnica, fueron bloqueadas por el gobierno de Duque (González, 2021).

Por sus particularidades, el proceso de paz ha estado en el centro de los debates políticos, jurídicos y académicos a nivel mundial. Aunque se ha analizado el estatus jurídico del Acuerdo de Paz (Betancur, 2016; Rojas, 2018), no hay suficientes trabajos que exploren el papel del Constitucionalismo en la consecución y protección de los Acuerdos de La Habana.

En este asunto, la Corte Constitucional colombiana tuvo un papel muy relevante al menos en dos sentidos: Por un lado, creando y configurando las condiciones constitucionales en las que se desarrollaron las conversaciones. Por otro lado, protegiendo los Acuerdos frente a la voluntad política de hacerlos trizas.

En ese orden de ideas, el presente artículo pretende responder a la siguiente pregunta de investigación: ¿Cómo ha influido el desarrollo constitucional en la protección y garantía de la paz en el contexto colombiano?

## II. El nuevo constitucionalismo latinoamericano

Desde su nacimiento como repúblicas democráticas, en América Latina la política se ha caracterizado por lo que fue denominado *cesarismo democrático*

3 Para que la guerrilla se incorporara a la democracia, se acordó su transición a un partido político. El Acuerdo Final de Paz estableció que, por dos legislaturas a partir de su firma, 10 representantes de este partido tendrían escaños directos en el Congreso (5 en el Senado y 5 en la Cámara de Representantes) a través de los cuáles se podrían tramitar los objetivos políticos de la antigua guerrilla respetando las normas democráticas. Las 10 curules, en total, representan menos del 3,5% del órgano legislativo.

4 Esta expresión surge en el marco de una Convención del Partido Centro Democrático, y son una cita textual de quien entonces ejercía como presidente honorario. El objetivo del evento era avanzar en el diseño de la campaña presidencial para las elecciones del próximo año. La frase completa fue: "El primer desafío del Centro Democrático será el de volver trizas ese maldito papel que llaman el acuerdo final con las FARC. Que es una claudicación y que no puede subsistir" (El Tiempo, 2017).

(Vallenilla, 1991). Esto quiere decir que la actividad democrática ha estado signada por un profundo personalismo en el que "no se lucha por el triunfo de las ideas, sino por el de ciertos hombres" (García, 1979: 203). En ocasiones, dicha situación se ha traducido en una suerte de autoritarismos democráticos que (a veces con el beneplácito de las mayorías) no siempre han sido respetuosas de los órdenes constitucionales y legales, que terminan subordinados ante la voluntad del líder.

En el marco de estas condiciones, recientemente las constituciones latinoamericanas han establecido mecanismos y compromisos que pretenden ejercer contrapeso al poder ejecutivo, que frecuentemente trabaja en alianza con el poder legislativo. En el caso colombiano, parece una regla general que los presidentes cuenten con mayorías parlamentarias en el órgano legislativo. Así las cosas, sentencias de la Corte Constitucional de este país incluso han incorporado dentro de sus dictámenes la obligación estatal de diseñar e implementar políticas públicas que mejoren el ejercicio de los derechos.

A manera de ejemplo, es representativa la Sentencia T-025 de 2004, en la que se declara la existencia de un "estado de cosas inconstitucional" debido al fenómeno del desplazamiento forzado y a los derechos fundamentales que están siendo vulnerados en la población víctima de este flagelo. Tras identificar que el Estado no ha garantizado estos derechos constitucionales, el tribunal constitucional concluye que existe incapacidad institucional y ordena el diseño y la implementación de planes de acción que aumenten la destinación de recursos y la capacidad institucional que revierta la situación para que sea posible cumplir con las ordenanzas constitucionales. En otras palabras, la sentencia hace un análisis de las políticas públicas y desde el horizonte de la garantía de los derechos, ordena al Estado que se las revise.

Esta situación puede resultar extraña a la luz de otros contextos en los que no existe un conflicto armado interno, pues en principio el diseño, la implementación y la evaluación de políticas públicas son labores que corresponden a la rama ejecutiva del poder público (no a la rama judicial). Sin embargo, en lo que se ha caracterizado como un *activismo judicial*<sup>5</sup>, el constitucionalismo colombiano ha optado por superar esta frontera para que el poder ejecutivo asuma las responsabilidades que tiene de cara a la garantía de sus obligaciones constitucionales.

Esta sentencia, diseñó un novedoso proceso de seguimiento para verificar que el fallo de la Corte Constitucional se cumpliera, dando lugar a una política pública con enfoque de derechos que avanzó en la democratización de la gestión pública a través de una articulación compleja entre los hacedores de políticas públicas, la Corte Constitucional y organizaciones de la sociedad civil (Uprimny y Sánchez, 2013: 54).

Con ocasión de esta extensión de las labores judiciales no existe únicamente jurisprudencia de la Corte Constitucional. El Consejo de Estado también ha

---

5 La noción de *activismo judicial*, como se presenta más adelante, es un elemento fundamental del nuevo constitucionalismo latinoamericano. Sin embargo, es una expresión que se ha acompañado peyorativamente pues se considera que los jueces usurpan funciones que corresponden a otros poderes como el legislativo y el ejecutivo. A manera de ejemplo, cuando se examina una norma para que corresponda con el orden constitucional se está reemplazando la labor deliberativa que se dio en el seno de los órganos legislativos. Asimismo, se puede cuestionar al poder ejecutivo, obligándolo a incluir gastos no previstos en el presupuesto para amparar un derecho (Nuria, 2015: 32).

proferido sentencias<sup>6</sup> en las que, preocupado por la reparación integral de las víctimas, ha incurrido en discusiones inusitadas para otros tribunales en las que se tocan temas alusivos al arte, lo sensible y la reparación simbólica. Se alude a ellas por considerarlas medidas que, dadas ciertas condiciones<sup>7</sup>, pueden incidir en las garantías de no repetición considerando la memoria como un componente indispensable para que lo ocurrido se reconozca y así pueda transformarse la realidad que hizo posible las violaciones a los derechos tutelados.

Lo anterior se enmarca en lo que Uprimny (2009) ha denominado "reparación transformadora". Esta noción busca conciliar los principios de dos concepciones de justicia: la correctiva y la distributiva. La primera considera que el Estado está en la obligación de hacer lo que esté a su alcance para que las víctimas puedan volver a la situación en la que se encontraban antes de la violación de sus derechos, su objetivo es deshacer el daño causado. La segunda, presta atención a la justa distribución de los bienes y de las cargas dentro de una sociedad. Para este autor, ambas formas de justicia entran en tensión particularmente en sociedades *bien-desorganizadas*, en las que hay miles de víctimas y perpetradores (de manera que es fácticamente imposible reparar cada caso y castigar a todos los culpables); asimismo es usual que las violaciones masivas a los derechos humanos se den en —y conduzcan a— sociedades desiguales, con relaciones complejas de pobreza y vulnerabilidad que finalmente se dan en el marco de Estados con debilidades institucionales y restricciones económicas que invitan a una inversión adecuada de recursos escasos.

De acuerdo con este autor, una interpretación estricta de la justicia correctiva funciona en sociedades justas, donde deshacer el daño permite el retorno de condiciones justas que fueron quebradas como consecuencia de la violación de derechos. Sin embargo, en sociedades como la colombiana, este tipo de justicia resulta insuficiente en la medida en que no se están atacando las cuestiones estructurales que hicieron posible dichas violaciones a los derechos humanos. Por ejemplo, si una persona en condiciones de pobreza simplemente recibe una suma de dinero en compensación por el daño, pero esta medida no es suficiente para que supere las condiciones de vulnerabilidad que la hicieron más propensa a ser victimizada en primera instancia, corre el riesgo de volver a ser víctima en el futuro (por lo que no se darían garantías de no repetición).<sup>8</sup> En ese orden de ideas, la noción de reparación transformadora debe considerar que las medidas de reparación no sólo son un instrumento para saldar una injusticia que ocurrió en el pasado (y volver a esa situación inicial), sino que también deben pensarse como oportunidades para propender por un mejor futuro (Uprimny, 2009: 638).

Si bien Colombia representa un caso particular debido a sus condiciones específicas (siendo, por ejemplo, el único país de la región en el que persisten conflictos armados), esta suerte de activismo judicial puede pensarse en clave regional. En ese sentido resulta pertinente aludir al *Nuevo constitucionalismo*

6 Ver por ejemplo la Sentencia 56750, emitida por el Consejo de Estado el 10 de mayo de 2018, disponible en <https://www.consejodeestado.gov.co/wp-content/uploads/2018/05/15001233100020070069401.pdf>

7 Entre ellas la participación de las víctimas.

8 En un contexto de dificultades económicas, en el que es necesario priorizar los recursos, algunas interpretaciones de la justicia distributiva priorizarían la implementación de políticas sociales, de manera que se puedan transformar las realidades de vulnerabilidad y discriminación para prevenir futuras violaciones a los derechos humanos. Sin embargo, Uprimny argumenta que plantear una solución como esta desconoce las obligaciones especiales que el Estado tiene de cara a las víctimas.

*latinoamericano*, cuyo origen de acuerdo con Gargarella (2018) se remonta a la aprobación de las constituciones de Colombia (1991), Venezuela (1999), Ecuador (2008) y Bolivia (2009). Vale decir que se trata de un concepto ambiguo y que comparte la indeterminación del neoconstitucionalismo (García Amado, 2009: 24).

Para Nuria (2015) el neoconstitucionalismo latinoamericano y el nuevo constitucionalismo latinoamericano tienen similitudes que invitan a no pensarlos como cuestiones separadas. En ese sentido, Gargarella (2018) expresa que existen continuidades importantes que cuestionan la supuesta novedad del nuevo constitucionalismo latinoamericano. Al margen de estas discusiones, existen condiciones más o menos determinables que permiten caracterizar el fenómeno en la región. Al respecto, una descripción general afirma que se trata de un "neoconstitucionalismo transformador, orientado al fortalecimiento de la democracia y sustentado en la defensa del pluralismo, la diversidad y la igualdad" (Uprimny y Sánchez, 2013: 3).

Tales objetivos se buscan en medio de circunstancias particulares que, guardadas proporciones, son relativamente similares en la región. En ese sentido, América Latina comparte herencias coloniales que impactan las formas en las que se distribuyen los ingresos y se ejercen los derechos. Se trata de la región más desigual del mundo y con la menor movilidad social. Asimismo, la región tiene una fuerte connotación patriarcal, que afecta los derechos de las mujeres y de las personas con orientación sexual e identidades de género diversas. A esto se suma la inestabilidad política (que se tradujo en golpes militares en la segunda mitad del siglo XX que incurrieron en terrorismo de Estado) y altos niveles de criminalidad y violencia (Uprimny y Sánchez, 2013: 37-38).

Ese contexto se relaciona con el desarrollo constitucional en al menos dos sentidos: por un lado, condiciona el ejercicio y la garantía de los derechos, pues opone dificultades materiales para que las cartas constitucionales puedan aplicarse efectivamente; por otro, perfilan las condiciones materiales que el constitucionalismo debe enfrentar, derivando en una protección sólida de derechos que bajo otras circunstancias quizás no sería necesario enunciar y que son resultado de las exigencias de los movimientos sociales; de tensiones políticas que propenden por una mayor participación del Estado en la vida social para que actúe frente a situaciones consideradas injustas.

Precisamente debido a esas dificultades materiales, algunos críticos de esta forma de constitucionalismo consideran que las nuevas constituciones latinoamericanas son *poéticas*, pues "no hablan de la realidad, sino que incluyen expresiones de deseos, sueños, aspiraciones, sin ningún contacto con la vida real de los países en donde se aplican" (Nuria, 2015: 38). Tales afirmaciones se desprenden de una característica de este tipo de constitucionalismo en el que se tutela una amplia gama de derechos, que incluyen los llamados derechos económicos, sociales y culturales.

A pesar de que esa crítica describe una situación verídica, pues "las "viejas estructuras" bloquean las "nuevas propuestas", o tornan difícil la implementación de las mismas "típicamente, en este caso, el modo en que la vieja organización del poder obstaculiza la realización de los nuevos derechos sociales y multiculturales" (Gargarella, 2018: 126-127), es necesario destacar que este constitucionalismo latinoamericano representó un giro decolonial que superó la individualidad en la tutela de derechos, dando paso a la formalización de derechos colectivos de poblaciones tradicionalmente marginadas como afrodescendientes e indígenas; incorporando también un enfoque diferencial.

En ese sentido, no es un detalle menor que el Acuerdo Final de Paz celebrado entre el Estado Colombiano y las FARC-EP sea el primer acuerdo de paz



en el mundo<sup>9</sup> que incorpora una dimensión de género tanto en las discusiones como en el Acuerdo Final (Herbolzheimer, 2016). Asimismo, el Acuerdo incluye un capítulo étnico (Punto 6.2.) que se incorpora como un asunto transversal a todos los puntos acordados. Como demuestra el trabajo de Gómez y Montelagre (2021), a pesar de que estas se perfilen como innovaciones, que van en sintonía con el orden constitucional, los avances en ambas materias han sido hasta la fecha en la que se escribe el presente texto, mínimos.

Otra característica de este constitucionalismo latinoamericano es la apuesta por moderar los poderes presidenciales. Una de las razones detrás de este propósito tiene que ver con interpretaciones que relacionan el amplio poder presidencial con los golpes de Estado y la necesidad de construir instituciones democráticas sólidas que permitan el trámite de los conflictos políticos sin acudir al extremismo de las armas. Para ello, se incorporan mecanismos de deliberación y participación ciudadana que antes no existían<sup>10</sup>.

Finalmente, "este constitucionalismo fuerte está además abierto a las dinámicas de los sistemas internacionales de protección de derechos humanos debido al tratamiento especial y privilegiado a los tratados de derechos humanos" (Uprimny y Sánchez, 2013: 23). En un esfuerzo por mejorar las condiciones para el ejercicio de los derechos humanos en un país que se caracteriza por violarlos de manera sistemática, la Corte Constitucional Colombiana ha adoptado el *Bloque de Constitucionalidad*, entendido como:

Aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución (Arango, 2004: 79).

A través de esta figura, los acuerdos internacionales ratificados por Colombia se convierten en normas con el mismo peso de un mandato constitucional. De esta manera se configura una relación particular con la comunidad internacional, que impacta en la influencia que ella tuvo tanto en el periodo de negociación del Acuerdo Final de Paz como en su posterior etapa de implementación<sup>11</sup>.

### III. Constitucionalismo en acción<sup>12</sup>

El fin de la segunda guerra mundial se tradujo en una serie de cambios a nivel

9 A pesar de que en el año 2003 el gobierno de Sri Lanka y los Tigres Tamiles establecieron la primera Subcomisión de Género que una negociación de paz haya visto en el mundo, esta comisión sólo se reunió una vez y no tuvo mayor impacto (Herbolzheimer, 2016: 5-6).

10 Un ejemplo de lo anterior para el caso colombiano es la elección popular de alcaldes y gobernadores, que antes de la constitución de 1991 eran directamente nombrados por el poder presidencial.

11 En parte debido a esta situación, la relación entre Colombia y la CPI tiene una importancia particular que derivó en la relación dialógica que mantuvieron los actores domésticos con el tribunal internacional y que tuvo un compromiso activo de las dos partes para construir significados y medios comunes (Aksenova, 2018: 261).

12 Este apartado no pretende hacer un análisis absoluto y exhaustivo de todas las medidas constitucionales que se relacionan con el proceso de paz, ni entrar en las profundidades del debate jurídico que suscitaron las sentencias de la Corte Constitucional. Su propósito es más modesto (pero no por eso menos importante): dar cuenta de las tendencias y generalidades que estas actuaciones representaron para fijar la relación entre el constitucionalismo y el proceso de paz, tanto durante las negociaciones como en la implementación del Acuerdo Final de Paz.

global, entre los que se destaca una fuerza renovada del constitucionalismo que intensificó la instauración de tribunales constitucionales. Con ocasión de las transiciones a la democracia —bien sea desde regímenes autoritarios o desde situaciones de conflicto armado—, los tribunales constitucionales "han pasado de tener una participación mínima y solo para la implementación de los pactos fruto de la transición, a ostentar un lugar protagónico en la validación del proceso mismo" (Uprimny y Sandoval, 2016: 379).

Esta transformación tiene que ver con el cambio de paradigma que se mencionó en la primera parte de este texto, dando lugar a una modificación del papel de los jueces; quienes "al tiempo que tienen que garantizar el cumplimiento de los pactos, deben controlar que lo pactado respete ese marco de principios jurídicos" (Uprimny y Sandoval, 2016: 385). El proceso de paz entre Colombia y las antiguas FARC-EP se inscribe dentro de esta tendencia<sup>13</sup>. Por esa razón, pero reconociendo que el constitucionalismo no se agota en las actividades de los jueces constitucionales, este apartado se divide en dos partes: La primera reflexiona sobre el papel del constitucionalismo durante las negociaciones de paz y la segunda presta atención a ese rol después de que se alcanzó el Acuerdo Final de Paz.

## 1. Constitucionalismo durante las negociaciones de paz

Frente al desarrollo constitucional que tiene lugar durante el periodo de negociaciones es fundamental mencionar el *Marco Jurídico para la Paz*, que fue sancionado mediante el Acto Legislativo 01 de 2012. A través de esta ley se modificó la Constitución para que incluyera dos artículos transitorios que habilitaron las conversaciones y sentaron las bases de lo que posteriormente se convertiría en el *Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y Garantías de No Repetición*.

El Marco Jurídico para la Paz siguió los mecanismos democráticos establecidos y fue objeto de revisión constitucional. Sin estar exentas de críticas ni de discusión, las sentencias C-579 de 2013 y C-577 de 2014 de la Corte Constitucional, declararon que los mecanismos de Justicia Transicional contemplados en el Marco Jurídico para la Paz son compatibles con la Constitución.

La primera sentencia, sin antecedentes en América Latina<sup>14</sup>, se considera la consolidación de una línea jurisprudencial en Colombia. A través de ella, un término que era prácticamente desconocido cuando entró en vigor la Constitución en 1991, terminó integrado a ella bajo el entendido de que existe una interrelación entre el modelo constitucional y la Justicia Transicional (Sánchez e Ibáñez, 2014: 149). En dicha sentencia la Corte Constitucional interpreta el deber de investigar y juzgar todas las violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario como un principio (y no como una regla), lo que permite su ponderación con valores como la paz, la reconciliación y los

---

13 La Corte Constitucional colombiana fue creada por la Constitución de 1991, que es a su vez consecuencia de un acuerdo de paz que permitió la entrega de armas de la guerrilla Movimiento 19 de abril (M-19) en 1990. En un escenario que daba una maniobra mayor a los Estados, el acuerdo indultó a los guerrilleros con la condición de que estos entregaran las armas; la guerrilla exigió que se les permitiera participar en política y movilizar sus demandas a través de vías democráticas. La guerrilla derivó en la Alianza Democrática M-19, que resultaría la segunda fuerza política más grande que tuvo la Asamblea Nacional Constituyente que se encargó de deliberar para escribir lo que sería la Constitución que rige actualmente.

14 Ver (Ambos y Zuluaga, 2013)

derechos de las víctimas; que dan legitimidad suficiente para adoptar mecanismos de Justicia Transicional a través de los cuáles se juzgue a los máximos responsables de delitos de lesa humanidad, genocidio y crímenes de guerra (Ambos y Zuluaga, 2013).

La segunda sentencia se encargó de delimitar el concepto de *delito político*, cuyo alcance es fundamental para determinar la extensión de las medidas especiales que contempla la Justicia Transicional y que habilitan (o impiden) la participación en política de los combatientes que entregaron las armas y se acogieron al proceso de paz. Mediante la Sentencia C-577 de 2014, la Corte Constitucional "concluyó que, antes que sustituir la Constitución, el artículo transitorio [creado a partir del denominado Marco Jurídico para la Paz] resulta esencial para desarrollar los elementos más esenciales de la Constitución respecto a la participación política" (Acosta-López y Londoño-Lázaro, 2015: 85).

Estas actuaciones del tribunal constitucional tienen que ver con las actividades que los jueces emprenden para asegurarse de que las transiciones acordadas se desarrollen dentro de los límites constitucionales. Sin embargo, de acuerdo con Enrique Santiago, asesor jurídico de las FARC-EP durante las negociaciones, este Marco Jurídico para la Paz fue motivo de discusión en La Habana pues, si bien habilitó las conversaciones y las invistió con un manto de legitimidad constitucional, fue interpretado por las FARC-EP como un acto unilateral que se realizó sin haberlos consultado. En ese sentido, antes de que las conversaciones terminaran, el Estado ya había establecido un modelo de justicia que limitaba el resultado final al que debían llegar (Santiago y Uprimny, 2019: 169).

El modelo de justicia y sus detalles fueron uno de los puntos más difíciles de la negociación. Incluso, demandó la creación de una subcomisión legal, integrada por 3 expertos del Gobierno y 3 de las FARC-EP, que integraron lo que se conoció como La Comisión de Juristas, quienes conversaron de manera paralela mientras otros asuntos eran discutidos; esta comisión sirvió para destrabar las negociaciones (Santiago y Uprimny, 2019: 175).

En cierto sentido, su objetivo fue conciliar las dos líneas rojas establecidas por las partes. De un lado, los máximos comandantes de las FARC-EP manifestaron que no estaban dispuestos a pagar ni un solo día de cárcel y, del otro, el Estado colombiano estaba obligado a cumplir con el deber de investigar, juzgar y sancionar las violaciones masivas a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario que fueron cometidas por la guerrilla.

Esta disyuntiva se veía atravesada por la pregunta ¿Cuál tipo de derecho debe regular el Acuerdo de Paz? El gobierno colombiano sostenía que el derecho aplicable era el derecho nacional colombiano, pues la guerrilla se reincorporaría a este Estado. Esta posición no era de fácil aceptación para las FARC-EP debido a su condición de grupo insurgente contra el Estado colombiano (lo que implica no reconocer su orden jurídico). Ante este problema, "la idea de que fueran estándares de derecho internacional ayudó a desentrabar la discusión porque dio un marco normativo común" (Santiago y Uprimny, 2019: 175).

Es necesario recordar la importancia que tiene el derecho internacional público para el orden constitucional colombiano, que —como se mencionó en el segundo apartado— a través del Bloque de Constitucionalidad da a los tratados internacionales en materia de derechos humanos ratificados por Colombia el mismo estatus de un mandato constitucional. Así, el reconocimiento de los estándares del derecho internacional por parte de los negociadores es también un fortalecimiento del entramado constitucional que, en principio, se encuentra en sintonía con la esfera internacional.



De acuerdo con Juan Fernando Londoño, miembro del equipo negociador del gobierno colombiano, si bien el Acuerdo Final agregó algunos elementos a la Constitución y modificó ciertas cosas:

La lógica de la Constitución del 91 no está en cuestión. Ya no estábamos ante la necesidad de cambiar una constitución autoritaria o una constitución que no permitía la democracia o que usurpa el balance de poderes que requiere un Estado de derecho (Londoño y Romero, 2019: 104).

Debido a que el desarrollo constitucional no es un asunto que compete ni se reduce exclusivamente a la labor de los jueces constitucionales, es preciso reflexionar sobre la participación ciudadana y los mecanismos que se discutieron para refrendar los acuerdos. Este fue uno de los puntos gruesos de la negociación que se acordó desde el *Acuerdo General para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera (2012)*, que fue resultado de los primeros acercamientos entre las delegaciones del gobierno colombiano y las FARC-EP<sup>15</sup>.

Cómo ratificar democráticamente el resultado de las negociaciones fue un punto álgido de discusión en La Habana. Mientras las FARC-EP consideraban que era menester recurrir a una Asamblea Nacional Constituyente, los representantes del gobierno se negaban. De hecho, la oposición a dicha asamblea fue una de las líneas rojas que estableció el gobierno. Entre los argumentos esgrimidos para sustentar esta posición, se decía que el proceso de negociaciones debía cerrarse en La Habana y abrir el espacio de una constituyente significaba una reapertura de las negociaciones, con posibles riesgos para el establecimiento democrático. Por su parte, las FARC-EP argumentaban que era necesario que se ratificase a través de esta figura para garantizar la profundidad de los cambios y la incorporación de los compromisos en el entramado social (Revista Semana, 2016).

La propuesta del gobierno, que finalmente fue aceptada por la contraparte, consistió en una forma de participación ciudadana que blindara a los acuerdos y los invistiera con la legitimidad política necesaria para que avanzaran con el rigor suficiente. El entonces presidente Juan Manuel Santos, declaró que: "Será ese pronunciamiento popular el que imprima el mayor sello de legitimidad ante el mundo entero y ante nosotros mismos a la fase de implementación de los acuerdos para la construcción de la paz" (Reuters, 2016).

La ratificación democrática vía una consulta electoral fue el mecanismo utilizado para enfrentar lo que Jarstad (2008) llama el *dilema vertical*: una situación que se presenta en las transiciones de la guerra a la paz en la que las negociaciones pueden ser el resultado de un pacto entre élites que no necesariamente se comunican con sus bases.

En este caso, las negociaciones se realizaron fuera de Colombia y fueron lideradas por representantes del gobierno y máximos comandantes de la guerrilla, con la participación de expertos internacionales. Sin embargo, se acompañaron de procesos de participación ciudadana a través de foros regionales que tenían el objetivo de recoger propuestas de la sociedad civil en donde incluso participaron organizaciones de víctimas de todos los tipos (Medina y González, 2019).

A pesar de los mecanismos de participación —que incluso derivaron en que cinco delegaciones de víctimas, de 12 personas cada una, viajaran a La Habana a

---

15 Este documento formalizó el inicio de las conversaciones y estableció una hoja de ruta que precisó los seis grandes puntos en torno a los cuales se desenvolverían las negociaciones de paz: 1) Desarrollo Agrario Integral, 2) Participación Política, 3) Fin del Conflicto, 4) Solución al Problema de las Drogas Ilícitas, 5) Víctimas y 6) Implementación, Verificación y Refrendación.

manifestar sus propuestas y posiciones—, se consideró que las conversaciones habían sido un pacto entre élites que requería un mayor impulso político para vincular a toda la ciudadanía.

Entre varias razones para optar por un mecanismo de ratificación de este tipo, Uprimny (2014) manifiesta que las negociaciones entre cúpulas de actores armados usualmente se ven gobernadas por los intereses de los guerreros, quienes no necesariamente respetan los valores democráticos o se preocupan por las problemáticas de grupos vulnerables como las víctimas o los grupos étnicos. Sin embargo, este autor reconoce que este tipo de procedimientos acarrearán riesgos que pueden lacerar la legitimidad del proceso y que como se evidencia en otros casos en los que hubo procesos de ratificación democrática, ello no garantiza *de facto* que el proceso de paz sea exitoso.

Así las cosas, si bien incurrir en un proceso de consulta acarrearía riesgos, se consideró que la opción más adecuada para impulsar las negociaciones con el apoyo explícito de la población colombiana fuera un plebiscito. Este se celebró el 2 de octubre de 2016. En él, se pidió responder *Sí* o *No* ante la pregunta: "¿Apoya usted Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera?".

Previo a la sanción del decreto presidencial que convocó formalmente al plebiscito, la Corte Constitucional realizó el debido ejercicio de control constitucional. A través de la Sentencia C-379 de 2016 se declaró la constitucionalidad del plebiscito y se verificó que la apuesta de las negociaciones no era remplazar la Constitución sino fortalecerla valiéndose de los mecanismos democráticos establecidos por ésta.

Los resultados de la elección arrojaron un 49,78% a favor del Acuerdo, frente a un 50,21% en contra (Registraduría Nacional del Estado Civil, 2016). Menos de un punto porcentual de diferencia dejó a los Acuerdos momentáneamente en el limbo, dando un golpe fortísimo a su legitimidad. Sin embargo, "los resultados del plebiscito provocaron la reacción ciudadana. En varias regiones del país se hicieron marchas, plantones, vigiliadas, campamentos y acciones simbólicas, entre otras manifestaciones" (Henaó y Parrado, 2016: 11), que aglomeraron a diferentes sectores —organizados o no— y en las que se buscaba manifestar el apoyo popular al Acuerdo de Paz y, de alguna manera, ratificarlo en las calles.

Después del plebiscito, el Acuerdo entró en un periodo de renegociación que modificó algunos asuntos, pero respetó su espíritu. En muchos sentidos, el Acuerdo que fue sometido a las urnas en octubre era la mejor versión posible y no tenía de dónde más ceder. Resultado de estas revisiones se firmó un nuevo Acuerdo a mediados de noviembre, cuyos cambios respecto a la versión anterior tienen que ver fundamentalmente con aclaraciones y especificaciones de lo acordado previamente; sin embargo, hay algunas modificaciones que requieren de especial atención.

Después de perder el plebiscito, el Acuerdo no pasó a hacer parte de la Constitución en bloque, como hubiese ocurrido en caso de haber sido ratificado en las urnas. En esta situación, sólo se incorporaron las cuestiones relativas a los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, que ya hacían parte del orden constitucional. El Acuerdo Final de Paz, además, precisó un mecanismo para que la Corte Constitucional pueda revisar las decisiones de la JEP (Cosoy, 2016)<sup>16</sup>. Estos dos cambios estrecharon la relación del orden constitucional con el proceso de paz.

16 Otros cambios tienen que ver con la imposibilidad de que la JEP contara con jueces extranjeros, como se contemplaba en la versión previa,



Para terminar, probablemente la modificación que tuvo mayores implicaciones fue la decisión de ratificar el Acuerdo Final de Paz a través del Congreso de la República, bajo el entendido de que este es un órgano de elección popular que es representativo de la población colombiana. Para hacerlo, se habilitó un mecanismo especial denominado *fast-track*, que agilizó el trámite para aprobar el Acuerdo Final de Paz en el Congreso y dio al presidente facultades especiales que le permitieron expedir decretos con fuerza de ley, siempre y cuando estas medidas estuviesen directamente relacionadas con el Acuerdo Final de Paz. El *fast-track* también tuvo una revisión constitucional. A través de la sentencia C-699 de 2016, la Corte Constitucional "consideró que la búsqueda de la paz como un deber de obligatorio cumplimiento justificaba aplicar a un régimen transicional unos procedimientos que, siendo diferentes, siguen respetando los ejes axiales de la Constitución" (Dimaté y Vernaza, 2017: 3).

## 2. Constitucionalismo en la implementación del Acuerdo Final de Paz

De acuerdo con lo expresado por los juristas Enrique Santiago y Rodrigo Uprimny (2019), era muy difícil ponerle mayores *candados jurídicos* al Acuerdo Final de Paz; se trata de un acuerdo especial, que tiene una cierta declaración presidencial que lo inviste de una mayor fuerza jurídica a nivel internacional, que fue depositado en el Consejo de Seguridad y en Suiza y cuyas partes más sustantivas fueron integradas a la Constitución (Santiago y Uprimny, 2019: 186-187).

En ese orden de ideas, el proceso de implementación obedece más a la órbita política que a la jurídica (lo que no significa que escape a la esfera constitucional). Esta situación es particularmente problemática debido a que "su resultado depende, por muchas razones, de tocar parte de la estructura de poder y de la cultura política e institucional colombiana" (Currea-Lugo, 2021: 115).

Esto explica las dificultades que ha tenido la implementación, incluso durante el mandato de Juan Manuel Santos. A finales de su presidencia, el 39% de las disposiciones del Acuerdo Final de Paz no habían iniciado y el 31% se encontraban en un estado mínimo de implementación (Kroc Institute, 2018: 21). Esto quiere decir que para cuando Juan Manuel Santos entregó el poder, apenas el 30% de las disposiciones pactadas en el Acuerdo estaban en una situación intermedia o completada y el 70% no tenían ningún avance significativo.

En ese sentido, Victoria Sandino, quién hizo parte del equipo negociador de las antiguas FARC-EP, sostiene que "fueron muchas las leyes que hacen parte de la columna vertebral del Acuerdo que no fueron aprobadas en el Congreso"<sup>17</sup> (González y Sandino, 2019: 255). Un ejemplo de esos compromisos que no superó el filtro del órgano legislativo son las 16 Circunscripciones Transitorias Especiales de Paz (CITREP), diseñadas como asientos especiales en la Cámara de Representantes con el propósito de incrementar la participación política de las regiones más afectadas por el conflicto armado.

Una de las razones que explica la dificultad para ratificar los acuerdos en el Congreso de la República tiene que ver con las inconformidades de ciertos sectores de la población frente al Acuerdo Final de Paz. Conforme se acercaban las elecciones se diluían las mayorías parlamentarias necesarias para la aprobación de las leyes (Cristo, Estrada y Moncayo, 2019).

---

17 Un análisis en detalle de los proyectos que fueron archivados por el Congreso con fecha de corte en mayo de 2018, puede consultarse en el anexo F del segundo informe elaborado por el Instituto Kroc (2018).

La implementación fue muy susceptible a las elecciones presidenciales para el periodo 2018-2022<sup>18</sup>. Uno de los elementos fundamentales de la campaña fueron los Acuerdos de Paz y la posibilidad de echarlos para atrás. En ellas — como se mencionó en el primer apartado de este texto— resultó vencedor Iván Duque, del partido que se opuso al Acuerdo Final de Paz y lideró la campaña por el No en el plebiscito.

Precisamente debido a los blindajes constitucionales que se establecieron para proteger el Acuerdo Final de Paz, el discurso de Duque se fue moderando con el tiempo: Mientras en campaña se habló de *hacer trizas el Acuerdo*, en su discurso de posesión afirmó que el Acuerdo Final sería modificado y que esos cambios están relacionados fundamentalmente con la JEP (Ustyanowski, 2018). El presidente presentó formalmente una serie de objeciones a la Ley Estatutaria de la JEP que buscaban, entre otras, que el poder ejecutivo<sup>19</sup> controlara quiénes accedían al tribunal especial (Presidencia de la República de Colombia, 2019).

En sintonía con lo expuesto en el segundo apartado sobre el constitucionalismo latinoamericano y la fortaleza de los tribunales constitucionales para hacer contrapeso al presidencialismo, la Corte Constitucional rechazó estas objeciones a través del Auto 282 de 2019. Asimismo, es relevante la Sentencia C-630 de 2017, mediante la cual se confirma que el Acuerdo Final de Paz es un mandato del Estado y no un compromiso vinculante únicamente para el gobierno que lo firmó.

A esta serie de medidas constitucionales para contrarrestar a un gobierno que se hizo elegir con la promesa de desbaratar el Acuerdo Final de Paz se suma la Sentencia SU020-22, que se inscribe dentro del denominado constitucionalismo transformador y el activismo judicial. La sentencia de la Corte Constitucional declara la existencia de un estado de cosas inconstitucional debido al asesinato masivo y sistemático de ex combatientes que se acogieron al Acuerdo. Allí, la Corte ordenó al Estado aumentar el bajo nivel de implementación que se observa en los componentes del Acuerdo Final de Paz relacionados con la garantía de la seguridad de los firmantes de la paz, sus familias y los integrantes del nuevo partido político creado por las ex FARC-EP.

Finalmente, vale la pena mencionar la Sentencia SU150 de 2021 en la cual la Corte Constitucional resuelve a favor una demanda que invoca la constitucionalidad del Acuerdo Final de Paz y la necesidad de revivir la 16 CITREP. Gracias a esta sentencia, en las elecciones parlamentarias del año 2022 se instalaron nuevos puestos de votación y se eligieron representantes de las regiones más golpeadas por el conflicto armado que antes no tenían participación en el órgano legislativo. A pesar de que estas curules tuvieron problemas de seguridad y algunas estuvieron posiblemente infiltradas por grupos armados o partidos políticos que obstruyen los fines para los cuáles se crearon, las CITREP son consideradas un "positivo e innovador mecanismo derivado del proceso de paz para fortalecer la representación política de las víctimas del conflicto armado" (Misión de Observación Electoral de la Unión Europea en Colombia, 2022).

18 Vale recordar que el tiempo previsto para la implementación completa de lo consignado en el Acuerdo Final de Paz fue de tres periodos presidenciales; por ende, los avances y retrocesos de este primer periodo eran fundamentales por constituir la tercera parte del proceso final y tener la responsabilidad de sentar las bases para que el proceso avanzara en los periodos posteriores.

19 Desde la Oficina del Alto Comisionado para la Paz.

#### IV. Conclusiones

El Acuerdo Final de Paz que firmaron el Gobierno colombiano y las antiguas FARC-EP se inscribe dentro de un paradigma que piensa de una manera dialógica los vínculos que existen entre la política y el derecho. Gracias al desarrollo del derecho internacional y al poder renovado que adquiere el constitucionalismo en la segunda mitad del siglo XX, particularmente en América Latina, actualmente es difícil pensar en procesos de Justicia Transicional en los cuales la justicia se supe-dite completamente a la dimensión política. Esta relación dialógica entre el orden constitucional y las negociaciones de paz no es exclusiva del caso colombiano.

Los nuevos vínculos entre el constitucionalismo y la Justicia Transicional tienen, a la luz de lo planteado por Uprimny y Sandoval (2016), al menos tres ventajas y tres desventajas. En primer lugar, resultan convenientes porque la amenaza del control realizado por los tribunales constitucionales pone sobre la mesa la necesidad de garantizar los mínimos del Estado de derecho. A su vez, estos mínimos incluyen el respeto por los derechos de poblaciones históricamente vulneradas y que generalmente no participan de los procesos de negociación<sup>20</sup>; esto representa una segunda ventaja. Finalmente, estos tribunales fuertes favorecen la construcción de valores con vocación universal, para que futuras transiciones presten mayor atención a los derechos de las víctimas.

Las desventajas se traducen en tres riesgos: el primero es que la salvaguarda de estos principios constitucionales torne insensible a los tribunales respecto de los contextos en los cuales se realizan las transiciones. El segundo riesgo tiene que ver con la posibilidad de que los tribunales constitucionales usurpen a los Estados su autonomía para dirimir conflictos propios de la dimensión política. La combinación de ambos puede derivar en el tercero, en el cual los tribunales constitucionales fuertes se podrían convertir en obstáculos para la paz, en tanto establezcan barreras insalvables para los actores políticos que hacen parte de la negociación.

En medio de este panorama general, desde el punto de vista de las tensiones entre la justicia y la paz, el proceso de paz colombiano está sentando un precedente histórico en el cual la justicia restaurativa institucionalizada puede hacer frente a los legados de la guerra (Levy, 2021). A través de un innovador sistema de sanciones, la JEP está replanteando los límites que son aceptables para cumplir con las obligaciones en materia de responsabilidad penal individual y para establecer formas de ponderar el deber de juzgar, investigar y sancionar con otras obligaciones como la garantía de la paz y los derechos de las víctimas.

Durante todo el proceso de paz, el desarrollo constitucional ha tenido una gran importancia tanto en la etapa de negociación como en su posterior implementación. Los pulsos entre los representantes del Gobierno colombiano y los negociadores de las antiguas FARC-EP estuvieron mediados y delimitados por el orden constitucional. Esta situación fue problemática desde el punto de vista de los guerrilleros, dada su condición de grupo insurgente que se opuso al Estado, lo que implicaba desconocer su ordenamiento jurídico.

A pesar de ello, el desarrollo constitucional no sólo dio legitimidad a las conversaciones de paz —considerando que ellas profundizaban el modelo democrático que se estableció con la Constitución de 1991—, sino que protegió los Acuerdos firmados en un contexto político de menor favorabilidad para implementarlos que fue resultado de la victoria presidencial en 2018 de quienes se opusieron permanentemente a ellos.

---

20 A manera de ejemplo, es posible referirse a la niñez, las mujeres, las poblaciones indígenas y afrodescendientes.

Tales desarrollos constitucionales estuvieron en su mayoría sintonizados con las exigencias internacionales. Las medidas jurídicas adoptadas tanto a nivel nacional como internacional para proteger el Acuerdo Final de Paz, funcionaron como blindajes jurídicos que forzaron al presidente Iván Duque a cambiar su discurso frente al Acuerdo Final de Paz, lo que no significó que el proceso de paz haya salido ileso de su mandato.

### Bibliografía

- Acosta-López, J., & Londoño-Lázaro, M. C. (2015). Juicio de Sustitución: La participación política de excombatientes como desarrollo del Marco Democrático Participativo. En K. Ambos, & C. Steiner (Coords.), *Justicia de Transición y Constitución II. Análisis de la Sentencia C-577 de 2014 de la Corte Constitucional* (págs. 85-119). Bogotá: Editorial Temis.
- Aksenova, M. (2018). The ICC Involvement in Colombia: Walking the Fine Line Between Peace and Justice. En M. Bergsmo, & C. Stahn, *Quality Control in Preliminary Examination: Volume I* (págs. 257-282). Brussels: Torkel Opsahl Academic EPublisher.
- Ambos, K., & Zuluaga, J. (2014). Análisis del fallo sobre el Marco Jurídico para la Paz. *Revista Ámbito Jurídico*. Obtenido de [https://www.kas.de/documents/252038/253252/7\\_dokument\\_dok\\_pdf\\_36700\\_4.pdf/4f494e96-7fa9-b325-34f5-d32f715088fc?version=1.0&t=1539654672076](https://www.kas.de/documents/252038/253252/7_dokument_dok_pdf_36700_4.pdf/4f494e96-7fa9-b325-34f5-d32f715088fc?version=1.0&t=1539654672076)
- Arango Olaya, M. (2004). El bloque de constitucionalidad en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana. *Precedente. Revista Jurídica*, 79-102. doi:<https://doi.org/10.18046/prec.v0.1406>
- Arévalo, W., & Hölker, V. (2018). La Jurisdicción Especial para la Paz y la Corte Penal Internacional: Concurrencias y desaciertos frente Derecho Penal Internacional, el Estatuto de Roma y otras experiencias de Justicia Transicional. *Orbis*, 22(22), 48-56.
- Auto 282 de 2019 (Corte Constitucional 29 de mayo de 2019). Obtenido de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2019/a282-19.htm>
- Betancur Restrepo, L. (2016). The Legal Status of the Colombian Peace Agreement. *AJIL Unbound*, 110, 188-192.
- Brubaker, R. (2020). The Un Security Council and Transitional Justice: Colombia. United Nations University, Center for Policy Research.
- Congreso de la República de Colombia. (31 de julio de 2012). Acto Legislativo 01 de 2012. *Por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos de Justicia Transicional en el marco del artículo 22 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones*. Bogotá, Colombia. Obtenido de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=48679>
- Cosoy, N. (2016). ¿En qué se diferencia el nuevo acuerdo de paz entre el gobierno de Colombia y las FARC del que fue rechazado en el plebiscito? *BBC News*. Obtenido de <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-37965382>
- Cristo, J. F., Estrada, J., & Moncayo, V. (2019). Capítulo 13. Panel XII Fase final de cierre de la negociación y de los acuerdos. En A. Vargas. (editor), *¿Cómo se logró el Acuerdo de Paz con las FARC? Reconstrucción metodológica - Memorias del seminario internacional*. (págs. 235-120). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. Centro de Pensamiento y Seguimiento al Diálogo de Paz.
- de Currea-Lugo, V. (2021). Lecciones aprendidas del proceso gobierno – FARC. En C. Jiménez Martín, & J. Zuluaga Nieto, *Incertidumbres de la paz. Entre el incumplimiento del Acuerdo y las luchas sociales en su defensa* (págs. 101-122). Ciudad Autónoma de Buenos Aires: CLACSO.



- Dimaté, J. D., & Vernaza, S. (2017). Control de Constitucionalidad al Fast Track: ¿Debilitando el poder constituyente? *UNA Revista de Derecho*, 2. Obtenido de <https://una.uniandes.edu.co/images/pdfedicion2/lineasjurisprudenciales/Dimat.-Vernaza-2017---UNA-Revista-de-Derecho.pdf>
- El Tiempo. (9th de may de 2017). Las intervenciones más polémicas en convención del Centro Democrático. *El Tiempo*. Obtenido de <https://www.eltiempo.com/politica/partidos-politicos/declaraciones-polemicas-en-la-convencion-del-centro-democratico-85708>
- Espinosa, F. (2021). *De damnificados a víctimas. La construcción del problema público de los afectados por la violencia en Colombia (1946-1991)*. Ciudad de México; Bogotá: Editorial Universidad del Rosario - Universidad Autónoma Metropolitana.
- García Amado, J. A. (2009). En F. Mantilla Espinosa, *Controversias Constitucionales* (págs. 24-69). Bogotá: Universidad del Rosario. Obtenido de <https://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/11088/Controversia%20constitucional.pdf>
- García Calderón, F. (1979). *Las Democracias Latinas de América*. Caracas: Biblioteca Ayacucho. .
- Gargarella, R. (2018). Sobre el "Nuevo constitucionalismo latinoamericano". *Revista Uruguaya de Ciencia Política*, 27(1), 109-129. doi:DOI: 10.26851/RUCP.27.5
- Gómez, D. M., & Montealegre, D. M. (2021). Colombian women's and feminist movements in the peace negotiation process in Havana: complexities of the struggle for peace in transitional contexts. *Social Identities. Journal for the Study of Race, Nation and Culture*, 445-460.
- Gonzalez Posso, C. (2021). *Logros y retos de la paz a los cinco años del acuerdo del colón*. Bogotá: Indepaz - Instituto de estudios para el desarrollo y la paz. Obtenido de <https://indepaz.org.co/logros-y-retos-de-la-paz-a-los-cinco-anos-del-acuerdo-del-colon/>
- González, I., & Sandino, V. (2019). Capítulo 14. Panel XIII. Implementación y posacuerdo. En A. Vargas. (editor), *¿Cómo se logró el Acuerdo de Paz con las FARC? Reconstrucción metodológica - Memorias del seminario internacional*. (págs. 253-262). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. Centro de Pensamiento y Seguimiento al Diálogo de Paz.
- Gutiérrez Rodríguez, C. A. (2020). La Justicia Especial para La Paz ¿Una verdad reparadora? Análisis de la primera audiencia sobre «Falsos Positivos» desde la perspectiva de un grupo de víctimas. *Revista Lecciones y Ensayos*(104), 17-43. Obtenido de <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/104/jurisdicion-especial-para-la-paz.pdf>
- Henao, L., & Parrado, É. (2016). El proceso de paz: La lucha después de la pérdida. *Cien días vistos por Cinep/PPP*, 89, 11-15.
- Herbolzheimer, K. (2016). *Innovations in the Colombian peace process*. Norwegian Peacebuilding Resource Centre.
- Jarstad, A. K. (2008). Dilemmas of war-to-democracy transitions: theories and concepts. En A. K. Jarstad, & T. D. Sisk, *From war to democracy, dilemmas of peacebuilding* (págs. 16-36). New York: Cambridge University Press.
- Jiménez Bautista, F., & González Joves, Á. (enero-abril de 2012). La negación del conflicto colombiano: un obstáculo para la paz. *Espacios Públicos*, 15(33), 9-34. Obtenido de <https://www.redalyc.org/pdf/676/67622579003.pdf>
- Kroc Institute for International Peace Studies. (2018). *Segundo Informe sobre el estado efectivo de implementación del Acuerdo de Paz en Colombia. Diciembre 2016-mayo 2018*. University of Notre Dame.
- Levy, S. (03 de march de 2021). Can Colombia's Special Jurisdiction for Peace be considered slow? A preliminary comparative study of trials for international



- crimes. Obtenido de <https://justiceinconflict.org/2021/03/03/can-colombias-special-jurisdiction-for-peace-be-considered-slow-a-preliminary-comparative-study-of-trials-for-international-crimes/>
- Londoño, J. F., & Romero, M. (2019). Capítulo 6. Panel V. Papel de los expertos. En A. (. Vargas, *¿Cómo se logró el Acuerdo de Paz con las FARC? Reconstrucción metodológica - Memorias del seminario internacional*. (págs. 103-120). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. Centro de Pensamiento y Seguimiento al Diálogo de Paz.
- Medina, C., & González, O. (2019). Capítulo 4. Panel III. Participación de la sociedad. Foros, metodología, organización y desarrollo. En A. Vargas. (editor), *¿Cómo se logró el Acuerdo de Paz con las FARC? Reconstrucción metodológica - Memorias del seminario internacional*. (págs. 71-86). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. Centro de Pensamiento y Seguimiento al Diálogo de Paz.
- Quinn, J. M., & Joshi, M. (2019). Transitional Justice in the Colombian Final Accord: Text, Context, and Implementation. In J. Meernik, J. H. R. DeMeritt, & M. Uribe-López (Eds.), *As War Ends* (pags.. 207–229). Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/9781108614856.010>
- Misión de Obervación Electoral de la Unión Europea en Colombia. (2022). Obtenido de Colombia celebra una elección legislativa transparente con unas curules de paz innovadoras pero deficientes: [https://eeas.europa.eu/election-observation-missions/eom-colombia-2022/112864/colombia-celebra-una-elec-c%C3%B3n-legislativa-transparente-con-unas-curules-de-paz-innovadoras\\_es](https://eeas.europa.eu/election-observation-missions/eom-colombia-2022/112864/colombia-celebra-una-elec-c%C3%B3n-legislativa-transparente-con-unas-curules-de-paz-innovadoras_es)
- Nuria Belloso, M. (2015). El neoconstitucionalismo y el "nuevo" constitucionalismo latinoamericano: ¿Dos corrientes llamadas a entenderse? *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, 21-53. Obtenido de <https://ojs.uv.es/index.php/CEFD/article/view/6448/7416>
- Nylander, D., Sandberg, R., & Tvedt, I. (2018). *Designing peace: the Colombian peace process*. Norwegian Centre for Conflict Resolution. Obtenido de <https://noref.no/Publications/Regions/latin-america/Designing-peace-the-Colombian-peace-process>
- Piccone, T. (2019). *Peace with Justice: The Colombian experience with Transitional justice*. Washington D.C.: Foreign Policy at Brookings. Obtenido de <https://www.brookings.edu/research/peace-with-justice-the-colombian-experience-with-transitional-justice/>
- Presidencia de la República de Colombia. (2019). *Objeciones al proyecto de Ley Estatutaria de la JEP buscan que tengamos una Justicia Transicional que les dé confianza a los colombianos: Presidente Duque*. Obtenido de <https://id.presidencia.gov.co/Paginas/prensa/2019/190316-Objeciones-proyecto-Ley-Estatutaria-JEP-justicia-transicional-confianza-colombianos-Presidente-Duque.aspx>
- Registraduría Nacional del Estado Civil. (02 de octubre de 2016). Preconteo Plebiscito. Bogotá, Colombia. Obtenido de [https://elecciones.registraduria.gov.co/pre\\_plebisc\\_2016/99PL/DPLZZZZZZZZZZZZZZZZZZZZ\\_L1.htm](https://elecciones.registraduria.gov.co/pre_plebisc_2016/99PL/DPLZZZZZZZZZZZZZZZZZZZZ_L1.htm)
- Reuters. (2016). Presidente de Colombia pide a corte autorizar plebiscito por la paz. Obtenido de <https://www.reuters.com/article/colombia-paz-idLTAKCNOYH1ZD>
- Revista Semana. (12 de 02 de 2016). Acuerdos de paz: ¿Plebiscito o constituyente? *Semana*. Obtenido de <https://www.semana.com/nacion/articulo/acuerdos-con-las-farc-plebiscito-o-constituyente/460461/>
- Rojas Orozco, C. (2018). El estatus jurídico del Acuerdo de Paz. *Estudios de Derecho*, 75(165), 131-149. doi:<https://revistas.udea.edu.co/index.php/red/article/view/334760>

- Sánchez, N. C., & Ibañez, C. (2014). La Justicia Transicional como categoría constitucional. En K. Ambos (Coord.), *Justicia de Transición y Constitución: Análisis de la Sentencia C-579 de 2013 de la Corte Constitucional* (págs. 107-154). Bogotá: Editorial Temis.
- Santiago, E., & Uprimny, R. (2019). Capítulo 10. Panel IX. Sistema integral de justicia, verdad, reparación y garantías de no repetición. En A. (. Vargas, *¿Cómo se logró el Acuerdo de Paz con las FARC? Reconstrucción metodológica - Memorias del seminario internacional*. (págs. 165-187). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. Centro de Pensamiento y Seguimiento al Diálogo de Paz.
- Uprimny Yepes, R. (2006). Las enseñanzas del análisis comparado: procesos transicionales, formas de Justicia Transicional y el caso colombiano. En R. Uprimny Yepes, M. P. Saffon Sanín, C. Botero Marino, & E. Restrepo Saldarriaga, *¿Justicia Transicional sin transición? Verdad, Justicia y Reparación para Colombia*. (págs. 17-44). Bogotá: Dejusticia.
- Uprimny, R. (2009). Transformative Reparation of Massive Gross Human Rights Violations: Between Corrective and Distributive Justice. *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 27(4), 625-647. doi:doi:10.1177/016934410902700411
- Uprimny, R. (2014). La refrendación o ratificación política de la paz: dilemas y posibilidades. En A. (. Vargas, *Diálogos de La Habana: Miradas múltiples desde la universidad* (págs. 281-304). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Uprimny, R., & Sánchez, L. M. (2013). Tres décadas de transformaciones constitucionales en América Latina: Balance y perspectivas. Documento de trabajo. Bogotá: Dejusticia (sin publicar).
- Uprimny, R., & Sandoval, N. (2016). La relación entre tribunales constitucionales y procesos de paz. Análisis comparado. En M. García Villegas, & M. A. Ceballos Bedoya (editores), *Democracia, justicia y sociedad. Diez años de investigación en Dejusticia* (págs. 378-392). Bogotá: Dejusticia. Obtenido de <https://www.dejusticia.org/publication/democracia-justicia-y-sociedad-diez-anos-de-investigacion-en-dejusticia/>
- Uprimny, R., Sánchez Duque, L. M., & Sánchez León, N. C. (2014). *Justicia para la paz: Crímenes atroces, derecho a la justicia y paz negociada*. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad — Dejusticia.
- Ustyanowski, T. (18 de june de 2018). Colombia: Iván Duque frente a una difícil implementación de la paz. *France 24*. Obtenido de <https://www.france24.com/es/20180618-colombia-ivan-duque-acuerdo-paz>
- Vallenilla, L. (1991). El gendarme necesario. En L. Vallenilla, *Cesarismo democrático y otros textos* (págs. 94-109). Caracas: Biblioteca Ayacucho. Obtenido de <https://biblioteca.org.ar/libros/211623.pdf>

# III. HISTORIA CONSTITUCIONAL



# La Mujer en la Administración Pública de Primo de Rivera (La primera alcaldesa: Matilde Pérez Mollá de Cuatretondeta)

*Women in Primo de Rivera's Public Administration (The first female mayor: Matilde Pérez Mollá of Cuatretondeta)*

PILAR GARCÍA TROBAT

Catedrática de Historia del Derecho  
Universitat de València  
Pilar.Garcia@uv.es

DOI: <https://doi.org/10.7203/cc.4.28025>

Fecha de recepción: 05/10/2023

Fecha de aceptación: 09/11/2023

## Resumen

Este trabajo se aborda desde una doble perspectiva.<sup>1</sup> Por un lado, desde la legislación y política de Primo de Rivera y de otro, desde su concreción en la práctica mediante el examen del ejercicio del cargo de la primera alcaldesa en España. La Dictadura concedió el derecho de sufragio, activo y pasivo, a las mujeres en la administración local y provincial, con exclusión de las casadas. El apoyo de las mujeres en el plebiscito de 1926, llevó al dictador a reconocer en el anteproyecto de Constitución de 1929 el derecho al voto de todas las mayores de 18 años, sin restricción alguna. La primera mujer que ejercerá el cargo de alcaldesa será Matilde Pérez Mollá. No sería electa por votación popular sino designada por el gobernador civil porque durante la Dictadura no se celebraron elecciones, pero su tarea al frente del consistorio de Cuatretondeta<sup>2</sup> no desmereció a la de ningún hombre.

## Palabras clave

Mujer, voto, administración local, plebiscito, alcaldesa, Primo de Rivera, Cuatretondeta, Matilde Pérez, sufragio femenino.

## Abstract

*This work is approached from a dual perspective. On the one hand, from Primo de Rivera's legislation and policy, and on the other, from its practical application by examining the first female mayor in Spain. The Dictatorship granted the right of suffrage, active and passive, to women in local and provincial administration, with the exclusion of married women. The support of women in the 1926 plebiscite led the dictator to recognize in the 1929 draft Constitution the right to vote for all women over the age of 18, without any restriction whatsoever. The first woman to hold the office of mayor was Matilde Pérez Mollá. She was not elected by popular vote but nominated by the civil governor because no elections were held during the Dictatorship, but her work at the head of the Cuatretondeta town council did not detract from that of any man.*

## Keywords

*Woman, vote, local administration, plebiscite, mayor, Primo de Rivera, Cuatretondeta, Matilde Pérez, women's suffrage.*

1 Este trabajo se enmarca dentro de la subvención del programa Prometeo concedida al grupo I+D+i CIPROM/2021/028 por la Conselleria de Educación, Universidades y Empleo de la Generalitat valenciana.

2 En la actualidad el municipio se denomina Quatretondeta, pero mantengo el término en castellano por ser más ajustado a las fuentes de la época.



## Sumario

**I. Introducción. II. La mujer y el voto tras el golpe. III. Por fin, el sufragio femenino. 1. Estatuto municipal de 1924. 2. Hacia el sufragio universal. IV. Primera alcaldesa: Matilde Pérez Mollá. 1. Nombramiento. 2. Dudas filológicas. 3. Toma de posesión. 4. Ejercicio de su cargo. 5. Cuestión de primacía. V. Epílogo. Bibliografía.**

### I. Introducción

El 14 de septiembre de 1923 el general Miguel Primo de Rivera anunció, en un manifiesto dirigido al país y al ejército, fechado el 12, la ruptura con la legalidad vigente. Decía atender al "clamoroso requerimiento de cuantos, amando la Patria, no ven para ella otra salvación que libertarla de los profesionales de la política, de los hombres que por una u otra razón nos ofrecen el cuadro de desdichas e inmoralidades"<sup>3</sup>. Calvo Sotelo recordaría cómo, a pesar de sus convicciones políticas, cuando Primo "irrumpió en la vida política española" vio en él "un factor providencial de saneamiento" que venía a acabar con el "abominable" régimen político imperante. Como otras muchas personas de ideologías muy diferentes, aceptó con esperanza el cambio político producido<sup>4</sup> (Calvo Sotelo, 1974: 17).

Curiosamente, en aquel manifiesto, también declaraba que se trataba de un "movimiento de hombres" y que quien no sintiera "la masculinidad completamente caracterizada", que esperase "en un rincón, sin perturbar, los días buenos que para la Patria preparamos". Sin embargo, en poco tiempo buscará el concurso de las mujeres para sacar adelante su obra.

3 "Manifiesto del general Primo de Rivera", *ABC*, viernes 14 de septiembre de 1923, pp. 7 y 8.

4 La burguesía y en especial la catalana apoyó el golpe, igual que el ejército y muchos intelectuales. Pero no todos. Ramón del Valle-Inclán en carta a Manuel Azaña de 16 de noviembre de 1923 le escribía: "En la cuestión política estoy muy desorientado. A mi esta gente del Directorio me parecen unos sargentos avinados y varateros. La contestación a los presidentes de las Cámaras es una flor del más puro rufianismo. Pero la prensa de la calle de Larra está tocando el último extremo de la idiotez canalla. Creo que ha llegado el momento de negarle el saludo a esos sacristanes. Todas esas adulaciones son a cuento de que el Directorio falle el pleito que se traen con *ABC*. Han resultado más cínicos y más idiotas que don Torcuato. Porque muy idiota hay que ser para no alcanzar que esa gente militar —¿gente?— son unos asnos con piel de león. Es tan ridículo todo lo que está pasando. Indudablemente los presidentes de las Cámaras no esperaban que el Chulo de Palacio tomase en cuenta su escrito, y acaso solo buscaban acentuar el perjurio, con vistas al extranjero, donde no ha de mirarse con buenos ojos un poder irresponsable", Archivo Histórico Nacional, *Diversos-colecciones*, 391, n. 4. Azaña, aunque considerando el golpe inaceptable, entendía que: "gentes honradas, de las que forman la masa neutra han recogido con gusto este escobazo. La razón es que el país no podía más y estando paralítico, siendo incapaz de moverse por sí mismo espera que los militares realicen el prodigio de la salvación nacional" (Azaña, 1966-1968: 549).

Inmediatamente después del golpe, se difundió por la prensa que, entre las reformas que se planteaban, era urgente modificar el sistema electoral para atajar el falseamiento de la voluntad del cuerpo electoral y acabar con el caciquismo. En este sentido se especuló con la posibilidad de privar del voto a los analfabetos, como declaró Martínez Anido o de otorgárselo a las mujeres, como sugirió Vázquez de Mella<sup>5</sup>. El 29 de septiembre se llevaba a muchas portadas de los diarios: "se va a conceder el voto a la mujer"<sup>6</sup> y se empezaron a manifestar opiniones de todo tipo<sup>7</sup>.

La cuestión del sufragio femenino no era nueva. Había empezado a tímidamente plantearse en España a mediados del siglo XIX<sup>8</sup>. Pero como exponía Adolfo Posada, defensor de los derechos de la mujer, en España las elecciones eran una farsa y en este sentido, ¿para qué quería la mujer participar?<sup>9</sup> Sin embargo, la opinión más generalizada coincidía con la del jesuita Julio Alarcón y Méndez (1908: 202-203): "nada de magistratura femenina, ni juzgados, ni municipios, ni diputaciones provinciales, ni parlamentos, ni senados, ni colegios electorales femeninos... en un día dado y como curioso experimento... puede permitirse, pero más, no."<sup>10</sup>

En 1911 García Prieto en su discurso "la condición jurídica de la mujer", adelantaba que quizá no era oportuno el tema porque no se había manifestado "en España de una manera patente, y mucho menos unánime, la opinión en favor de la igualdad jurídica de ambos sexos". Parecía extraño presentar este tema cuando no existía esa controversia en la realidad: "la mujer española está al parecer, bien avenida con su condición secundaria con respecto al hombre" y "no hay una opinión públicamente movida en este sentido en el meeting, en el periódico, en la plaza pública, porque aún no tiene la mujer en España los arrestos suficientes

5 *La Acción*, 27 de septiembre de 1923, p. 2. *El Pueblo*, 4 de octubre de 1923.

6 Así lo anunciaba *La independencia*, 29 de septiembre de 1929.

7 El diario *Las Provincias* señalaba que la solución debía ser castigar a los compradores de votos, no admitir a las mujeres, 9 de octubre de 1923. El periodista José Aguilera titulaba su artículo "el voto de la mujer será pronto un hecho", *La Ilustración universal*, núm. 4, octubre de 1923.

8 Durante el sexenio liberal, mujeres de diferente signo político y clase social participaron de alguna manera en la acción política, aunque se mantuvo en entredicho su derecho al voto, véase en García Trobat (2020).

9 "El sufragio en España apenas pudo llamarse tal: existe en una ley, siendo en la práctica una farsa indecorosa e indigna... Ahora bien, siendo el sufragio así, ¿cómo sentir la necesidad de concedérselo a la mujer? ¿Para qué quiere ésta un derecho cuyo ejercicio es ilusorio unas veces, otras incómodo y casi siempre ineficaz e impotente?" (Posada, 1898: 107). Una visión más profunda sobre la corrupción electoral en Soria (2021). Sobre la difícil conquista del derecho al voto de las mujeres véanse las obras clásicas de Fargoa (1985), Caballé (2013).

10 Se refiere a una costumbre que el día de Santa Águeda se celebra en Zamarramala (Segovia). El jesuita toma las palabras de Nemesio Fernández Cuesta y describe: "El día 5 de febrero la señora alcaldesa de Zamarramala (mujer del alcalde) desde por la mañana asume la jurisdicción civil, administrativa y a veces, judicial. Toma la vara, símbolo de autoridad, reúne el concejo, que se compone de las mujeres de los regidores, la teniente alcaldesa, los concejales, la procuradora síndica y personera, las alguacilas y, vestidas todas de sus más vistosos trajes y adornadas de sus más preciosas joyas, después de despachar los negocios urgentes, se dirigen con gran pompa a la iglesia, donde son recibidas con las debidas ceremonias por la sacristana, el ama y sobrinas del cura. El gobierno concluye a las doce de la noche. En el templo presiden las autoridades femeninas, como después en las casas consistoriales, en el banquete oficial y en el baile público, dirimiendo la alcaldesa por sí, o asesorándose de sus compañeras de gobierno, todos los conflictos que ocurran, que no suelen ser de entidad". Este mandato honorario también se ostenta en otras poblaciones españolas (Guerra-Librero y Arroyo, 1967: 415).

para reclamar de tal modo sus derechos"<sup>11</sup>. Para García Prieto, aunque la mujer debiera tener derecho al voto, era preciso que antes adquiriera cultura política. Pese a sus palabras, el movimiento feminista se hizo sentir con fuerza y empezaron a alzarse muchas voces críticas, también de mujeres, entrado el XIX. Entre 1918 y 1919 se crearon la Asociación Nacional de Mujeres Españolas, la Unión de Mujeres de España, la Federación Internacional Femenina y la Acción Católica de la Mujer (Aguilera Sastre y Lizarraga Vizcarra, 2019: 88). El movimiento parecía imparable.

En el tiempo inmediatamente anterior a la Dictadura, se presentarían, en 1919, dos tímidos proyectos a las Cortes que no serían debatidos, en los que se reconocía en parte la capacidad política de las mujeres. El primero fue presentado por la comisión extraparlamentaria nombrada por el gobierno, cuya influencia se advierte en el Estatuto municipal de 1924, como después veremos, y el segundo, por el ministro Burgos y Mazo quien, en la exposición de motivos decía:

Se ha dicho con razón que el derecho de votar es el primero de los derechos del ciudadano en todo país libre, y ya no hay pretexto para hacer de él un privilegio, como signo que es de las democracias. Poco a poco ese derecho vino a considerarse como atributo inherente a la cualidad humana. Una sola excepción subsistía: la mujer quedaba fuera de la ley. Reconocida la injusticia, el movimiento ha sido muy rápido y lo será más cada día, dirigido a suprimir una de las más injustificadas desigualdades que se perpetuaron a través del tiempo. Los países civilizados han reconocido que hay en la vida pública un gran número de intereses respecto de los cuales la mujer tiene igual aptitud que el hombre para salvaguardar y servir y así se ha extendido la esfera de la capacidad electoral y de la colaboración social, que sería injusto contrariar. No se trata ya de discusiones teóricas, sino de un hecho reconocido y proclamado en muchas partes. A él se rinde el Gobierno proponiendo a las Cortes la concesión del voto femenino, con aquellas circunstancias y condiciones que hagan viable y eficaz el ensayo.<sup>12</sup>

En 1920 el periódico *El Figaro*<sup>13</sup> organizaría un concurso. Se trataba de responder a esta pregunta: "¿quiénes son las diez mujeres españolas que a juicio de usted deberían ser las primeras en sentarse en los escaños del Congreso?"<sup>14</sup> Se debía escoger entre escritoras, artistas, organizadores de obras filantrópicas y propagandísticas y directoras de empresa, de todas las ideas y clases sociales. El resultado de la encuesta —se enviaron 3.192 boletines— fue publicado el día de Reyes.<sup>15</sup> Las diez más votadas fueron: Condesa de Pardo Bazán (2.973); Carmen de Burgos (2.841); Sofía Casanova (2.713); Margarita Nelken (2.519); Concepción

11 *Real Academia de jurisprudencia y legislación. Discurso leído por el presidente, Excmo. Sr. Manuel García Prieto en la sesión inaugural del curso 1910-1911, celebrada el 25 de enero de 1910, Madrid, Imprenta de los hijos de M. G. Hernández, 1911, p. 8.*

12 Exposición de motivos del proyecto de ley, leído por el señor ministro de la gobernación, reformando la ley electoral, *Diario de sesiones*, 18 de noviembre de 1919. Apéndice 6º al núm. 34. El proyecto prevé que las mujeres puedan ser electoras (art. 1) pero no elegibles porque expresamente consta la condición de ser varón (art. 4). Una vez más las mujeres son equiparadas a los defraudadores, mendigos, incapacitados, condenados por delitos políticos... (art. 3). Las elecciones debían celebrarse en dos días consecutivos: el sábado, las mujeres y el domingo, los hombres, para no coincidir.

13 *El Figaro*, 2 de enero de 1920.

14 Se regalaba una máquina de escribir Smith Premier núm. 10 a quienes acertasen, en unos boletines que el diario proporcionaba, los diez nombres que obtuviesen la mayoría de los votos.

15 *El Figaro*, 6 de enero de 1920.

Espina (2.511); Condesa de San Rafael (2.379); María Guerrero (2.359); María de Maeztu (2.217); Virginia González (2.184); Concepción Aleixandre (1.922). Obtuvieron menos votos: Blanca de los Ríos (1.851), María de Lluria (1.709), María Espinosa (1.653), María Martínez Sierra (1.651), Margarita Xirgu (1.321), María de Echarri (1.197), Matilde del Real (1.124) y Consuelo Álvarez (1.012).<sup>16</sup> La encuesta indica el reconocimiento del público, sobre todo masculino, hacia algunas mujeres, a las que consideraban capacitadas para la política, su indiscutida presencia en la esfera pública, así como la actualidad de la cuestión el sufragio femenino.

Las publicaciones a favor y en contra, empezaron a multiplicarse. El 1 de junio de 1921 la Cruzada de mujeres españolas presentaría en el Congreso y en el Senado una exposición pidiendo para la mujer los mismos derechos civiles y políticos que disfrutaban los varones.<sup>17</sup> No se ha pretendido sino mostrar una pequeña muestra del avance para situarnos en el estado de opinión anterior al golpe de Primo de Rivera.

## II. La mujer y el voto tras el golpe

No puede extrañar que, poco después del golpe, a finales de octubre de 1923, una comisión de la Asociación nacional de mujeres españolas y otras entidades femeninas visitaran a Primo de Rivera para pedirle el derecho al voto. El dictador se mostraría receptivo y les avanzaría que, aunque estaba entre sus proyectos, no lo concedería de forma integral sino con ciertas restricciones. Toda la prensa se hizo eco de esta noticia. La mayor parte recogerá una simple nota al respecto<sup>18</sup>, pero otros diarios detallaron la entrevista:

El general Primo de Rivera ha recibido una comisión de señoras, compuesta de doña Isabel Oyarzábal, doña Julia Peguero de Trallero, la señora Mateu de Gardán y la señorita Benita Asas que, en representación de la Asociación Nacional de Mujeres Españolas y otras entidades femeninas, entregaron al jefe del Directorio un mensaje de la Asociación Internacional para el Sufragio de la Mujer.

Habláronle después detenidamente y con gran conocimiento del estado de esta cuestión en Europa y América y especialmente en España y solicitaron para las mujeres de nuestra nación el derecho de sufragio.

El general las escuchó con vivísimo interés, puede decirse que con gran complacencia y les dio la satisfacción de oír de sus labios la declaración de que, en efecto, entraba en sus planes y propósitos la concesión del derecho de sufragio a las mujeres española.

Deseando aquilatar más, una de las de las comisionadas preguntó:

-¿El voto integral, señor presidente?

16 El periódico recoge una nota en la que se citan otras mujeres que obtuvieron votos. Entre otras, Beatriz Galindo, Carmen Karr, Condesa de Romanones, Condesa de Castellá, Marquesa de Ter, Raquel Meller, Cebrián de Zulueta, Marquesa de Alhucemas, Bonnemaïsson viuda de Verdaguer, Pilar Moltó de Arniches, Catalina Bárcena.

17 El texto se reproduce en Marta del Moral Vargas, "Persiguiendo el reconocimiento de la igualdad: La petición de la Cruzada de mujeres españolas a las Cortes (31-V-1921)", *Arenal*, 16. 2 (julio-dic. 2009), 379-397, pp. 386-397.

18 *El Diario Palentino*, 31 de octubre de 1923 1; *El defensor de Córdoba*, 31 de octubre de 1923; *La Libertad*, 31 de octubre de 1923, también, *La Última hora*, *El Telegrama del Rif*, 1 de noviembre de 1923.

-No —respondió el general—, integral, no; con algunas limitaciones. La Comisión salió, no obstante, complacidísima de las atenciones del jefe del Directorio.<sup>19</sup>

La noticia suscitó un aluvión de artículos de opinión a favor y en contra. El vizconde de Eza en la conferencia en la que anunciaba su retirada de la política, refiriéndose al sufragio femenino, diría que ni comprendía ni creía necesaria esta conquista porque la mujer ya influía decisivamente en el hogar<sup>20</sup>. Los republicanos y socialistas, que se habían mostrado a favor del sufragio femenino, pedían tiempo, "porque debido a su educación retrógrada, esclava siempre del padre, esposo o confesor, patrono o amo, no haría buen uso del voto". Era preciso que se preparasen para que poco a poco fueran "adquiriendo todos los derechos que les corresponden, pero de pronto concedérselos constituiría un trastorno peligroso."<sup>21</sup> Las dos asociaciones internacionales feministas, la católica y la aconfesional, aceptaban y esperaban sin embargo el sufragio femenino.<sup>22</sup>

A principios de 1924, al igual que hiciera Carmen de Burgos en 1906 desde el *Heraldo*, Rodrigo Soriano abriría una encuesta en el periódico *La Libertad*, dirigida solo a las mujeres. En su artículo "Diputadas y esclavas" las animaba a seguir el camino emprendido por las inglesas en la conquista de sus derechos ciudadanos: "¿No llegó, mujeres españolas, la hora de vuestra redención? ¿de sacudir el histórico letargo?... ¿os contentareis con seguir siendo, como hasta hoy, esclavas míseras del placer y de la rutina? ¿Víctimas históricas del marido cruel, del amante rufianesco? ¿Inútiles coristas de la nacional tragedia? ¿Mudas y sordas ante el dolor de España? ¡Aprended de Inglaterra! ¡Ved, en estos días, a vuestras compañeras, ayer en infortunio, hoy señoras de sus derechos!" Se trataba de conocer la opinión de las españolas al respecto.<sup>23</sup>

Aunque fueron muchas las respuestas, no tuvo el éxito que se esperaba porque, por un lado, no contestaron las que en aquel momento eran más famosas y por otro, porque se recibieron más cartas de hombres que de mujeres. Aquéllas no se publicaron porque la encuesta era exclusiva para ellas, pero también porque "no habría espacio en las ocho planas de nuestro diario para dar cabida a tantas y tan grandes majaderías". Teresa Escoriaza<sup>24</sup> en vista de aquellas cartas escribía que si "esos antifeministas espontáneos siguen honrándonos con sus elocuentísimas epístolas acabaré por creer con doña Emilia Pardo Bazán que la mujer es superior al hombre en entendimiento."<sup>25</sup>

19 *Diario de la Marina*, 1923 octubre 31, *La Rioja*, 1 de noviembre de 1923, *El imparcial*, 31 de octubre de 1923, *Diario de Burgos*, 31 de octubre de 1923, *La Correspondencia de España*, 1923 octubre 31.

20 *La Correspondencia de España*, 20 de diciembre de 1923; *La Opinión*, 20 de diciembre de 1923; *Diario de Burgos*, 20 de diciembre de 1923; *La Rioja*, 20 de diciembre 1923.

21 *El Luchador*, 5 de noviembre de 1923.

22 La Iglesia había aceptado la emancipación política de la mujer. La presidenta de la internacional católica, J. Estremberghe escribía: "aceptamos con alegría el derecho electoral, porque de él queremos y podemos servirnos para defender la causa de Dios, de la Patria y de la Familia". Y para que sepan a qué atenerse las católicas concluía: "limitémonos de momento nosotras, en las asociaciones católicas femeninas, a afirmar ante el mundo entero que no aceptamos el programa de la Alianza internacional para el sufragio de las mujeres, porque es contrario a los principios establecidos por la Iglesia católica; pero que queremos servirnos de nuestro derecho al voto para sostener la causa de Dios, de la Patria y de la Familia, sosteniéndonos enteramente a lo que ordene la Santa Sede", *Correo de Mallorca*, 7 de noviembre de 1923.

23 *La Libertad* 24 de enero de 1924.

24 Sobre Teresa Escoriaza, véase, Manuela Marín (2013).

25 *La Libertad*, 9 de febrero de 1924.



Escoriaza creía que "todavía es pronto" —como tituló su respuesta a la encuesta—. Desesperanzada y pesimista respecto del porvenir de la mujer española, no consideraba que fuera el momento para reivindicaciones feministas porque aunque "el actual gobierno, en uno de sus característicos arranques, blandiendo su pluma dictatorial cual varita mágica que derrumba, destruye, aniquila lo que se tardó siglos en crear, levantar y consolidar, tuviera un buen día la humorada de borrar de un plumazo las trabas que tienen a la mujer apartada de la vida pública, convirtiéndola así en un ser libre y poderoso, con voz y voto, ¿me quiere decir el señor Soriano qué uso harían de estos privilegios la pobre española incapaz de dejarse guiar de su propio criterio y conciencia y acostumbrada a pedir consejo en todo y para todo, si no al marido, al confesor?" El voto sería un "arma cargada en manos de una criatura inconsciente." La mujer española tenía que luchar contra los hombres, contra sí misma y contra los prejuicios de la sociedad, "gigantes murallas infranqueables, enemigo invisible con el que luchamos a oscuras".<sup>26</sup> Al ser la primera en contestar, la mayoría siguió su opinión. Volvía a repetirse el mismo resultado de la encuesta de 1906.

Hubo quienes se manifestaron a favor. Julia Vega Ejalde, Pilar Hernández de Bugallo, Manuela García Moreno Dávila, Adela González Fiori, Nina Feito, Joaquina Cabarga y otras anónimas llamaban a las mujeres a no encerrarse en la "torre de marfil de su hogar y ponerse tranquilamente a hacer tapicería, volviendo la espalda a la tragedia de la vida... cuando piense en todas estas cosas no sentirá deseos de decir como cierta señorita ¿para qué queremos el voto las mujeres, mejor que el voto es que nos den joyas y pieles".<sup>27</sup> Las menos, opinaron que el papel de la mujer debía ceñirse al hogar.<sup>28</sup>

### III. Por fin, el sufragio femenino

#### 1. Estatuto municipal de 1924

A pesar de las opiniones, Primo de Rivera estaba decidido. Se comenzó a examinar la ponencia que, sobre el régimen municipal, había formulado la comisión extraparlamentaria nombrada por el gobierno en 1919. Refrendada por las diversas representaciones políticas que la integraban<sup>29</sup> se había presentado como proyecto de ley a las Cortes el 21 de enero de aquel año.<sup>30</sup> El proyecto constaba de 22 bases y concedía a la mujer cabeza de familia el derecho de ser electora y elegible.<sup>31</sup>

26 *La Libertad*, 26 de enero de 1924.

27 *La Libertad*, 8 de febrero de 1924.

28 *La Libertad*, 3, 13, 14 de febrero de 1924.

29 *El Día de Palencia*, 10 de octubre de 1923; *La Prensa*, 16 de octubre de 1923.

30 El periódico *La Independencia* ya había adelantado la reunión mantenida por Primo de Rivera y Calvo Sotelo sobre el problema municipal. Calvo Sotelo le expuso detalladamente las bases del proyecto de Maura y la ponencia de la comisión extraparlamentaria de 1919, 29 de septiembre de 1923.

31 La comisión extraparlamentaria formada por el gobierno la integraban entre otros Antonio Maura y Niceto Alcalá-Zamora. Puede verse el texto en *Diario de sesiones*, 21 de enero de 1919, apéndice 11.

De igual manera, el Estatuto municipal, aprobado el 8 de marzo de 1924<sup>32</sup>, concedía, por primera vez en España, el sufragio activo y pasivo a la mujer cabeza de familia, en la administración local. En el discurso preliminar se explicaban las razones: de un lado, excluir a las mujeres mientras se incluía a los hombres analfabetos resultaba un escarnio y humillación innecesarias y, de otro, las mujeres también formaban parte del pueblo y por tanto tenían derecho a participar de la soberanía municipal.<sup>33</sup>

De la redacción de la exposición de motivos y el texto articulado del Estatuto se encargó José Calvo Sotelo, entonces director general de Administración<sup>34</sup>. Su propuesta de conceder el derecho de sufragio a las mujeres, mucho más amplia,<sup>35</sup> fue muy discutida en las sesiones que el Directorio dedicó al examen del proyecto de Estatuto. Así lo relataba el propio Calvo Sotelo: "los proyectos anteriores iban muy despacio en la orientación feminista, y el que más, solo otorgaba el sufragio a la mujer cabeza de familia. Yo patrociné en Consejo la igualación de la mujer con el varón en este punto. El general Vallespinosa fue portaestandarte de una tesis jurídica civil: no es posible dar derecho de voto —decía— a la mujer que dependa de varón, ya como hija, ya como esposa<sup>36</sup>. Y éste fue el criterio que prevaleció" (Calvo Sotelo, 1974: 32).

Ante su inminente publicación, Calvo Sotelo ofreció una rueda de prensa en la que adelantaba que la concesión del voto a las mujeres significaría un millón o millón doscientos mil nuevos electores en el censo, a los que tenían que sumarse los cerca de 400.000 electores varones más al rebajar la edad del elector a veintitrés años. Ello implicaba la confección de un nuevo censo que requería al menos un año para terminarse. Y, aunque el Estatuto entraría en vigor el 1 de abril, de momento, continuarían los mismos ayuntamientos hasta la celebración de nuevos comicios.<sup>37</sup>

Como Primo de Rivera había adelantado en entrevistas previas, se concedía el voto a la mujer, pero de manera limitada. De un lado porque solo se refería al régimen municipal, y, de otro porque para ejercer este derecho se requerían

32 El 8 de marzo se había declarado en 1910 como el día de la mujer, y según Paloma Díaz Fernández quizás Primo de Rivera escogiera este día para otorgar el voto a la mujer española (2005: 175-176). La prensa empezó a publicar la exposición de motivos y un extracto oficial de esta disposición, dado que el texto íntegro no se permitió publicar a los particulares hasta pasados dos meses. Según *El Socialista*, el motivo era que el gobierno se propuso editarlo y con los beneficios de su venta costear la propaganda que debía hacerse del nuevo régimen municipal, 10 de marzo de 1924.

33 "La fuente originaria de toda soberanía municipal radica en el pueblo: el sufragio debe ser, por ello, su forma de expresión. Pero al suscribir este principio, el Gobierno estima preciso ensanchar sus límites y perfeccionar el procedimiento. Por ello, hacemos electores y elegibles, no solo a los varones, sino también a la mujer, cabeza de familia, cuya exclusión de un censo que, en fuerza de ser expansivo, acoge a los analfabetos, constituía verdadero ludibrio", *Gaceta de Madrid*, 9 de marzo de 1924, p. 1219.

34 Dudó cómo llamarlo: "ley, no lo era; decreto-ley no me agradaba; reglamento local, como alguien propuso, me parecía empequeñecer su rango; y al fin opté por llamarlo Estatuto, calificativo ecléctico que no declaraba el origen del cuerpo legal y lo vistió con ropaje de eficacia suprema" (Calvo Sotelo, 1974: 31). Sobre su autoría, pp. 30 y 34. Sus colaboradores en pp. 30-31.

35 En el mitin del partido social popular, Calvo Sotelo defendió el voto femenino. Expuso las razones que se ponían en contra. Se refirió al egoísmo de los hombres. Y terminó diciendo que en "los pueblos del Norte que son los de espíritu más elevado y respetuoso, tiene las mujeres concedido el voto activo y pasivo y hasta la Cámara de los Lores tiene abiertas sus puertas de par en par para la mujer", *El Noticiero Gaditano*, 19 de noviembre de 1923.

36 Calvo Sotelo apostillaba: esta "tesis es recusable; si solo los individuos enteramente libres pudieran votar ¿cuántos electores deberían ser eliminados del censo?"

37 *ABC*, 9 de marzo de 1924.

ciertos requisitos. Para ser electora, el art. 51 del Estatuto disponía que las españolas fueran cabeza de familia<sup>38</sup>, mayores de 23 años que no estuviesen sujetas a patria potestad, autoridad marital ni tutelar y que fueran vecinas<sup>39</sup> con casa abierta en algún término municipal".

Las viudas y solteras emancipadas mayores de 23 años, con casa propia estaba claro que eran electoras. Pero quedaban sin embargo algunas dudas que disposiciones posteriores trataron de clarificar. En el Consejo de gobierno de 8 de abril de 1924, se abordó el proyecto de decreto sobre el nuevo censo electoral que Calvo Sotelo y el general Martínez Anido presentaron. Se estudió con detenimiento el voto de la mujer, ya que era preciso fijar cuándo podía ejercitar este derecho.<sup>40</sup> Es entonces cuando Calvo Sotelo aprovechará la oportunidad para ampliar el cuerpo electoral femenino. El real decreto para la confección del censo electoral de 10 abril de 1924 dispondrá que lo integrarían las mujeres mayores de 23 años que fueran vecinas, no estuviesen sujetas a la potestad marital ni tutelar, "cualesquiera que fueran las personas con quienes en su caso viviesen". Esta última coletilla implicaba que ya no era necesario tener casa propia para ser electoras. El propio Calvo Sotelo lo confesaba.

...he de confesar aquí una pequeña maniobra, de que soy responsable. El artículo 51 del Estatuto confirió el sufragio tan solo a las españolas mayores de 23 años, no sujetas a patria potestad, autoridad marital ni tutela, que fuesen vecinas con casa abierta en algún término municipal. Y en el reglamento de organización de los ayuntamientos, art. 2 B) se hizo interpretación muy extensiva de este precepto incorporando al censo a las mujeres mayores de 23 años, vecinas y no sujetas a patria potestad, marital o tutelar, cualesquiera que fuesen las personas con que en su caso vivían. De este modo se anuló el requisito de tener casa abierta, que obligaba a excluir del censo a las solteras sin padre, ni tutor ni marido, pero sin casa propia, por habitar en la casa de un hermano, o un pariente cualquiera (Calvo Sotelo, 1974: 32).

La mujer casada quedaba excluida<sup>41</sup>, aunque se admitieron algunas excepciones: cuando viviera separada del marido por sentencia firme de divorcio, siempre que el culpable hubiera sido el esposo; cuando al marido judicialmente se le hubiera declarado ausente con arreglo a los artículos 184 y 185 del código civil; cuando el marido sufriera pena de interdicción civil impuesta por sentencia firme; o cuando ejerciera la tutela del marido loco o sordomudo.<sup>42</sup>

Si como decía anteriormente la incorporación de la mujer en principio podía significar un millón o millón doscientos mil de nuevos electores en el censo, finalmente de los 6.783.629 electores, 1.729.793 eran mujeres (Díaz Fernández, 2005: 180). Junto a las casadas que no fueran cabezas de familia, quedaban fuera del censo, y por tanto de ser electoras y elegibles, las dueñas y pupilas de casas de

38 ¿Qué significaba ser cabeza de familia? El propio Estatuto lo aclaraba en el art. 26 a) "son cabezas de familia los jefes de casa, mayores de edad o menores emancipados, bajo cuya dependencia en algún modo viven los individuos de la casa, si los hubiera.

39 El art 26 b) definía como vecinos a "los españoles emancipados, inscritos como tales en el padrón municipal".

40 ABC, 9 de abril de 1924.

41 De hecho, en la prensa se anunciaba el cese de alguna concejala por su inminente boda, *El Sol*, 27 de febrero de 1929. Hay que tener en cuenta la situación jurídica de la mujer, en especial de la casada en estos momentos. Respecto del derecho civil, resulta muy elocuente el libro de Ossorio y Gallardo (1925); respecto del penal puede verse García Trobat (2023).

42 *Gaceta de Madrid*, 12 de abril de 1924, p. 251.

mal vivir, con independencia de su estado civil.<sup>43</sup> Es decir, para la concesión del sufragio se tenía en cuenta la categoría moral de las mujeres. Algún diarista se preguntaba: "¿se investigarían sus costumbres?"<sup>44</sup>

En las instrucciones para llevar a cabo la renovación del censo<sup>45</sup> también se concretaban las condiciones para las solteras y viudas. Serían electoras, las que el 31 de diciembre de 1924 tuvieran cumplidos 23 años y fueran solteras emancipadas o viudas, ausentes o presentes, o casadas que estuvieran en los casos antes mencionados. Se incluía a las religiosas. Las solteras, mientras vivieran en casa de sus padres, se las consideraría electoras a partir de los 25 años, al alcanzar la mayoría de edad según el código civil, porque a partir de ese momento se las tendría como cabeza de familia. La soltera de 23 ó 24 años sería electora si era huérfana de padre y madre o si ejerciera un cargo público, empleo o profesión que le permitiera subsistir por sí misma viviendo separada de sus padres. La real orden de 24 de mayo de 1924, vistas las consultas y para evitar distintas interpretaciones declaraba que las mujeres tendrían derecho al sufragio "en tanto en cuanto no estén sujetas, con arreglo a la legislación común o foral que les sea aplicable, a patria potestad, autoridad marital o tutela".

El art. 83 del Estatuto disponía quiénes podían ser elegibles como concejales: las mujeres cabeza de familia, mientras no perdieran esta condición y figurasen en el censo electoral del respectivo municipio, supieran leer y escribir si el municipio tiene más de 1.000 habitantes, y tuvieran 25 años de edad o más<sup>46</sup>. En las juntas electorales, podían tomar parte las maestras que tuvieran capacidad para ser electoras, aunque la preferencia era en todo caso para los maestros y solo a falta de éstos podían formar parte de las juntas. En cualquier caso, nunca podrían desempeñar el cargo de secretario.<sup>47</sup>

Las listas del censo se exponían en la plaza principal de cada población, para que se pudiera revisar y reclamar en su caso en la oficina de la junta electoral. Después de muchas prórrogas se fijó la fecha límite para inscribirse en el censo el 14 de mayo de 1925. Aunque de nuevo se prorrogaría hasta el 31 de mayo.<sup>48</sup> Los socialistas no creían que fuera el momento. Veían esta concesión como una hábil maniobra del Directorio. Pero teniéndolo como hecho consumado, y considerando que las elecciones municipales se organizarían, según creían en 1925, Saborit animaba a sus compañeros a emprender una intensa propaganda para atraer a las mujeres a la causa socialista.

No debemos estar en contra del voto femenino. Lo que hay que hacer es conquistar para nuestra causa ese voto e inscribir en el censo a las mujeres y a los hombres. No dejéis de inscribir a vuestras madres y a vuestras hermanas por temor a que sea un voto enemigo. A conquistarlo, que más tarde o más temprano lo conseguiremos. Hay que pedir que tengan voto todas las mujeres, incluso las casadas.<sup>49</sup>

---

43 *Gaceta de Madrid*, 12 de abril de 1924, p. 251.

44 Así lo afirmaba el *Correo de Mallorca*, al estudiar el proyecto, 1 de febrero de 1924.

45 Real orden del 22 de abril de 1924.

46 Se anuncia que cesará en breve en su cargo de concejala del ayuntamiento de Sevilla, la señorita María Luisa de Seras con motivo de su próximo matrimonio, *El Sol*, 27 de febrero de 1929.

47 Instrucciones para llevar a efecto el padrón de habitantes en cada uno de los municipios españoles con referencia al día 1º de diciembre de 1924, real orden de 14 de noviembre de 1924.

48 *El Socialista*, 18 de mayo de 1924.

49 Conferencia de Andrés Saborit, "Observaciones al Estatuto municipal", *El Socialista*, 21 de mayo de 1924. Desde el diario *El Socialista* en muchos números se advertía "todavía hay tiempo de enterarse si se está o no incluido en el nuevo censo electoral y ningún obrero debe

De igual manera, Acción Católica de la Mujer también organizaría actos de propaganda en las parroquias para que no dejaran las mujeres de inscribirse en el censo ni votar cuando llegara el día de hacerlo (de Echarri, 1924, 105-107.).

## 2. Hacia el sufragio universal

Nada más publicarse el Estatuto un artículo publicado en *España* se preguntaba ¿por qué no puede votar la mujer casada? Si el derecho al voto no formaba parte del patrimonio administrado por el marido, si no podía venderse ni delegarse, si no era necesaria ninguna capacidad política, ¿qué otra razón existía? La respuesta se encontraba, según el articulista anónimo, en resolver otra pregunta: ¿la introducción del voto femenino era un ensayo o un contrapeso? Como ensayo brindaba a la mujer una oportunidad de intervenir en cuestiones municipales ajenas a los conflictos de la política nacional, "para observar cómo usa de esta franquicia". Si era un contrapeso, lo que se pretendía con este sufragio femenino restringido era anular el voto de los obreros<sup>50</sup>. Aunque la respuesta del articulista fue que se trataba de un ensayo, ambas respuestas son válidas y pudieron motivar la concesión del sufragio femenino.

La cuestión del voto de las mujeres casadas fue muy debatida. Uno de los primeros en dar su opinión al respecto sería el exministro Antonio Goicoechea que, partidario del voto de la mujer "concedido con bastante prudencia", estimaba que después de la Gran guerra la mujer se lo había merecido.<sup>51</sup> Pero, precisamente por esa "prudencia en la concesión" que Goicoechea aplaudía, se formularon muchas críticas. Sobre todo, en lo que respecta a la exclusión de las mujeres casadas. Las mujeres gallegas, en el diario *Galicia* de Vigo, arremetieron contra Calvo Sotelo. Casadas con emigrados a América, eran "viudas de vivos", como había cantado Rosalía de Castro. La ley las dejaba sin voto a pesar de ser realmente las cabezas de familia; dándose la paradoja, además, de que a sus hijas, mayores de 25, sometidas a su autoridad y viviendo bajo su dependencia, la ley las presumía cabezas de familia, y les otorgaba un derecho que a sus madres negaba.<sup>52</sup>

Las voces críticas se alzaron desde la derecha y desde la izquierda. ¿Qué motivos podrían justificarlo? Joaquín Mencos creía que "no hay razón que justifique conceder el voto a unas mujeres para negárselo a otras. O todas o ninguna".<sup>53</sup> Colombine, presidenta de la Liga internacional de las mujeres ibéricas e hispano-americanas, suponía que, entre otras razones, los legisladores temían introducir perturbaciones en el matrimonio, si uno de los cónyuges quisiera "votar a Maura y el otro a Pablo Iglesias". Pero, para subrayar el absurdo de esta discriminación, proponía que no votaran los hombres casados.<sup>54</sup> También Francisco Bergamín

dejar que se le excluya por desidia y no hacer la oportuna reclamación", *El Socialista*, 25 de mayo de 1925

50 "Doña Fulana de tal ¡vota!" *España*, 22 de marzo de 1924, pp. 3-4.

51 *ABC*, 6 de abril de 1924.

52 Publicado en *El Socialista*, 10 de mayo de 1924. Desde el periódico *El Debate* se proponía subsanar el problema creando una especie de "ausencia administrativa" solo a los efectos puramente electorales que no estuviera sujeta a las prescripciones del código civil ni de la ley de enjuiciamiento, *El Debate*, 13 de abril de 1924.

53 *El Socialista*, 19 de marzo de 1924.

54 Carmen de Burgos (Colombine): "¿Por qué votan los casados?", *El Heraldo de Madrid*, 6 de mayo de 1924. Angel Ossorio y Gallardo en una conferencia sobre la mujer en el derecho público, *El Diluvio*, 13 de enero de 1929, todavía era partidario de que la mujer casada no votase precisamente por el motivo apuntado por Colombine.



estimaba que no otorgarle el voto por estar supeditada y representada en todo por el marido era injusto y animaba a que comenzasen una cruzada.<sup>55</sup>

Juan de Hinojosa también opinaba que el estatuto pecaba de tímido porque no existía ningún fundamento, puesto que su subordinación al marido se limitaba al terreno de la sociedad doméstica, aunque entendía que la introducción del voto femenino, había producido una revolución demasiado brusca en nuestras costumbres políticas y era preferible caminar de forma gradual.<sup>56</sup> Animaba no obstante, a las mujeres católicas a organizarse "porque aunque sujeta a la dirección del marido en el hogar —potestad de las llaves— en el orden de la vida pública tiene total independencia, como en la conciencia".<sup>57</sup>

La Acción Católica de la Mujer sería la más activa. El 28 de junio de 1924 organizó un mitin para pedir el voto de las casadas. Teresa Luzzatti consideraba la exclusión ilegal y escandalosa, dado que perjudicaba los derechos de la esposa legítima y favorecía las uniones ilegales<sup>58</sup>. Para la duquesa de Vistahermosa estos derechos políticos no suponían el abandono ni el descuido de los deberes familiares<sup>59</sup>. Era una anomalía que tenía que desaparecer y emprenderán una intensa campaña a favor del voto de la mujer casada (de Echari, 1924).

Juana Salas de Jiménez, en la conferencia "El feminismo de ayer, el de hoy... y el de mañana" al repasar cómo las exigencias de la vida moderna habían ocasionado un desequilibrio económico en los hogares de clase media, y que, acrecentado por la guerra de Europa había hecho preciso que la mujer se ganara la vida, censuraba la limitación del voto.<sup>60</sup>

En 1924 la institución "Lucha contra la mortalidad infantil" dirigía un telegrama al Directorio haciendo suya la protesta de la liga de mujeres de Acción Católica de Solsona por haber excluido del censo a las casadas y pidiendo la reforma del Estatuto porque aunque "las leyes la colocan en casos muy discutibles, bajo la tutela del marido, también lo es que en manera alguna han de supeditar su opinión y su conciencia a nadie"<sup>61</sup> Al año siguiente elevaron conjuntamente las presidentas de Acción católica y de la Lucha contra mortalidad infantil un escrito dirigido a Primo de Rivera, firmado por numerosas mujeres barcelonesas, en el que le recuerdan la promesa que hizo en Solsona de proceder de inmediato al estudio de esta cuestión y adoptar las debidas resoluciones. Se pide de nuevo que se reconozca el derecho de la mujer casada porque constituye un manifiesto agravio y notoria injusticia.<sup>62</sup> El 21 de marzo de 1925 se promulgaba el Estatuto Provincial. Se extendía tanto el sufragio activo como el pasivo de las mujeres al ámbito provincial. Pero la exclusión de la mujer casada se mantuvo en los mismos términos que en el Estatuto municipal.

Será, sin embargo, en 1926 cuando con ocasión del plebiscito organizado por la Unión Patriótica, se conceda el voto, o mejor, la firma, a los mayores de

55 En una conferencia organizada por la liga internacional de mujeres ibéricas e hispanoamericanas y cruzada de mujeres españolas en la sociedad económica de Madrid sobre "algunas consideraciones acerca del feminismo ibérico y el de los países americanos", *ABC*, 24 de mayo de 1924.

56 El nuevo estatuto municipal" *Revista católica de las cuestiones sociales*, abril de 1924, pp. 197-201, p. 199.

57 "A propósito del voto femenino", *Revista católica de las cuestiones sociales*, junio de 1924, pp. 335-337. También para Cristóbal de Castro, se excluye absurdamente a la mujer casada, "El feminismo y las mujeres", *La Esfera*, 9 de agosto de 1924.

58 *El Debate*, 1 de julio de 1924.

59 *El Debate*, 1 de julio de 1924.

60 *ABC*, 17 de febrero de 1925.

61 *La prensa: diario republicano*, 4 de julio de 1924.

62 *ABC*, 14 de febrero de 1925.

18 años, hombres y mujeres. Se hacen llamamientos a la mujer para "poner de manifiesto la fe y la confianza de nuestro pueblo en la certera labor que viene realizando el gobierno juntamente con el insigne caudillo que los preside"<sup>63</sup>. Al fin y al cabo, se trataba de confirmar los apoyos con que Primo de Ribera contaba. El respaldo manifestado por las mujeres al régimen, impulsó al general a dar un paso más y designar algunas mujeres, alguna de ellas casadas, como miembros de la Asamblea de Nacional Consultiva constituida en 1927 (Franco Rubio, 2004: 481, Benítez Palma, 2021: 161-186, Díaz Fernández, 2005: 185-186, Grana Gil, Trigueros Gordillo y Robles Sanjuan, 2022: 80-105). En el proyecto de Constitución concede el voto a hombres y mujeres mayores de 18 años.

#### IV. Primera alcaldesa: Matilde Pérez Mollá

##### 1. Nombramiento

El Estatuto municipal disponía que los cargos de concejales debían ocuparse por elección popular. Una vez elegidos, el alcalde necesitaba los votos de la mayoría absoluta, si los electores eran los nuevos concejales o de las dos terceras partes de votos, si los electores eran los vecinos que figuraban en el censo<sup>64</sup>. Pero el Estatuto no se aplicó nunca en materia electoral. Durante la Dictadura no llegaron a celebrarse elecciones por lo que las mujeres no tuvieron la oportunidad de ejercer el derecho al voto ni la posibilidad de salir electas mediante votación popular. Sin embargo, no fue óbice para que unas pocas mujeres llegaran a ocupar cargos en los ayuntamientos, como alcaldesas o concejales, al ser designadas por los delegados gubernativos. Con independencia del avance que significaba, no fue bien visto por todos. Para Clara Campoamor estos cargos debían conquistarse, no concederse, era "como si se les regalara una flor o algo decorativo".<sup>65</sup> Además, las mujeres designadas eran representantes de la derecha católica y "de las que no trabajaban ni sufrían las injusticias de la sociedad, sino las que brillaban en las juntas de damas protectoras de los pobres".<sup>66</sup>

Al ser el cargo gratuito (art. 93) solo las que tuvieran recursos, u otro empleo compatible, podían desempeñarlo. A este respecto, fueron muchas las quejas, sobre todo de los socialistas. Señalaban que la gratuidad de los cargos municipales era uno de los defectos del "Estatuto zurcido por el señor Calvo Sotelo", sobre todo en las grandes poblaciones. Sin remuneración no se acabaría "con lo que se percibía como gratificaciones inconfesables, bordeando los códigos, al margen de las contrata públicas y otros negocios igualmente inconfesables".<sup>67</sup>

63 *Nuevo día*, 10 de septiembre de 1926, en portada.

64 Calvo Sotelo consideraba así que se sancionaba la facultad libérrima de los ayuntamientos para elegir al alcalde y presidente (Calvo Sotelo, 1974: 31).

65 Conferencia en la casa del pueblo, "El derecho, el deber y el voto femenino", *El Socialista*, 5 de mayo de 1925.

66 Al respecto de estos nombramientos, bajo el seudónimo de El ex-concejalito, publica *El Socialista* un artículo con el título "Las primeras mujeres nombradas concejales", 24 de octubre de 1924. El autor manifiesta su decepción, no tanto porque fueran mujeres las designadas -"en muchas materias la mujer habrá de realizar una labor más útil que el hombre"- sino por el modo de hacerse -sin el respaldo femenino, ni haber vencido en las urnas.

67 *El Socialista*, 13 de agosto de 1924. Manuel Cordero señalaba en una conferencia en Gandía, cuyo extracto se publicó en *El Socialista*, 10 de junio de 1924, que los cargos debían ser remunerados porque si no "el obrero que haya de desempeñar el cargo de concejal, si no abandona el trabajo que le proporciona sus medios de vida, no podrá desempeñar el cargo debidamente... y lo mismo dice del hombre de negocios que tenga que abandonar éstos para

La primera alcaldesa española, Matilde Pérez Mollá, lo fue de Cuatretondeta, un pueblecito de Alicante de menos de 400 habitantes entonces<sup>68</sup>. La prensa de Madrid y la de provincias no tardaron en recoger la sorprendente noticia. Las editoriales habían recibido un telegrama de Alicante fechado en 15 de octubre que fueron repitiendo casi de manera literal. El texto decía lo siguiente:

El delegado gubernativo del pueblo de Cuatretondeta, distrito de Cocentaina, ha nombrado alcalde a doña Matilde Pérez Mollá, de cuarenta años, viuda, maestra nacional. El nombramiento ha sido bien acogido por las dotes de inteligencia de dicha señora. Es la primera española que desempeña el cargo de alcalde.<sup>69</sup>

La noticia no era del todo cierta. Su nombramiento se debía a Bermúdez de Castro, gobernador cívico-militar de Alicante, oído el delegado de gobierno de Cocentaina, distrito al que pertenecía Cuatretondeta<sup>70</sup>. Matilde Pérez no era maestra ni tenía 40 años. En su partida de defunción consta como profesión sus labores y su muerte, a la edad de 76 años, acaeció el 16 de octubre de 1934<sup>71</sup>; es decir que en el año 1924 tendría 65 ó 66 años y no 40. Como señalará más tarde el *Magisterio español* se trataba de una señora culta, hija de los maestros José Pérez Aracil y Josefa Mollá Pérez<sup>72</sup>, cercana al régimen ya que en 1927 figuraba como jefa local de la Unión Patriótica en Cuatretondeta (Poveda Jover, 2020: 402).

Había nacido en Cuatretondeta aunque vivió su infancia lejos del pueblo. Se casó con el alcoyano Rafael Blanes, que ejerció de notario en Cartagena durante 34 años. Tras su jubilación en 1913 decidió trasladarse con su mujer a Cuatretondeta donde poseía extensas propiedades.<sup>73</sup> Poco después de arribados al pueblo, en 1914, Rafael Blanes falleció motivo por el cual Matilde tuvo que hacerse cargo de la administración de sus tierras y empezó a advertir las necesidades de sus vecinos. Instaló un generador eléctrico en el molino —"tirà la línia a la seua almàssera i proveí d'electricitat les altres factories oliveres i els particulars" (Soler, 2022: 85)— y así, las calles y casas del pueblo fueron alumbradas con luz eléctrica. También se preocupó por su ilustración y progreso cultural, motivo por el cual organizó y sufragó el centro escolar para adultos con veladas literarias y la fiesta del Árbol.<sup>74</sup>

desempeñar aquel cargo". También Andrés Saborit, en "Observaciones al Estatuto municipal", *El Socialista*, 21 de mayo de 1924. En otros números se seguirá insistiendo. En *El Socialista* 14 de abril de 1925 se llamaba la atención de cómo "hasta Mussolini comprende que no se puede ser representante del país sin retribuir esa función" y concluía que perdía la nación "pues muchos de los que no se sabe de qué viven, todo el mundo sospecha".

68 380 habitantes en 1927, según *Diario de Alicante*, 31 de mayo de 1927.

69 Por citar algunos de los rotativos que publicaron esta noticia: *Año Político*, octubre de 1924, p. 1924; *La Libertad*, *El Imparcial*, *El Heraldo de Madrid*, *La Voz*, *La Época*, *El Liberal*, *Diario de Alicante*, *Diario de la Marina*, 16 de octubre de 1924; *El Progreso*, *Diario de Córdoba*, *El Luchador*, *Heraldo Alavés*, *La Rioja: diario político*, *Correo de la mañana*, 17 de octubre de 1924.

70 Cristino Bermúdez de Castro sería nombrado gobernador civil en junio de 1925. Desde el 15 de septiembre de 1923 hasta entonces era gobernador cívico-militar, Jonatan Poveda Jover.

71 Archivo municipal de Cuatretondeta, *Libro de inscripciones de defunción*.

72 *El Magisterio español*, 4 de noviembre de 1924, p. 260. Puede verse una pequeña reseña acerca de esta alcaldesa en Guerra-Librero y Arroyo (1967: 415, nota 2).

73 *Diario de Alicante*, 31 de octubre de 1924.

74 *Diario de Alicante*, 31 de octubre de 1924.

## 2. Dudas filológicas

La noticia del nombramiento de la primera mujer alcaldesa produjo un aluvión de mensajes de felicitación<sup>75</sup> pero no faltaron tampoco ácidas burlas. *El Diluvio* cuestionaba la virilidad de los vecinos del pueblo que se dejaban gobernar por unas "faldas".

El hecho, un tanto extraordinario por sí mismo, crece en categoría sabiendo que todo el pueblo de Cuatretondeta, lugar del suceso, ha aplaudido la elección de doña Matilde para el cargo. No creo que Cuatretondeta sea muy espinoso de gobernar, pero de todos modos, la elevación al cargo de alcaldesa de la señora Pérez hace pensar en la endeble calidad de los varones de aquel pueblo, el primero de España que lleva las faldas al regimiento del pro común.<sup>76</sup>

El semanario satírico *El Borinot* imaginaba a la alcaldesa haciendo calceta durante los plenos del ayuntamiento.

*A Quatretondeta (per no oblidar-vos del nom, recordeu allò de "labirondon dondeta" de tantes cançons populars), a Quatretondeta han nomenat una "alcaldesa": és la primera. Aquest fet pot assenyalar un molló en la nova vida... anàvem a dir política (però no; uix, quin nom: ja es va acabar per sempre!) A Quatretondeta són felïços, estaran d'allò més bé: imagineu-vos una bella dona (això de bella és un suponer, és un suposar gentil) presidint les sessions, bo y fent... punteta, a Quatretondeta. Labirendon dondeta labirondon.*<sup>77</sup>

Pero con todo no causó tanto revuelo el nombramiento de una mujer, a la que siguieron algunas otras, para ocupar un cargo en la administración local, como la cuestión en torno a cómo debía denominársela. Se plantearon serias dudas sobre si debía denominársela alcalde o alcaldesa. Lo mismo ocurriría con las concejalas designadas, sobre todo con las de Madrid.<sup>78</sup>

Se llenaron muchas páginas. Así lo exponía *La Voz*: "no hay reparto postal que no nos traiga del interior o de las provincias una porción de opiniones respetabilísimas todas y algunas muy sensatas, acerca de tan grave asunto, suficiente de por sí, para mostrar a la faz de todos que en España no hay problema que preocupe a la gente más que el saber a ciencia cierta si debe decirse concejal o concejala cuando se habla de una mujer agraciada con el cargo edilicio."<sup>79</sup> Se derrochó ingenio, erudición filológica pero sobre todo generó muchas bromas.

Hasta aquel momento se entendía por concejala, la mujer del concejal al igual que alcaldesa era la mujer del alcalde y lo mismo respecto de cualquier otro cargo. ¿Cómo iban a distinguir a la concejala consorte de la concejala en propiedad?, se preguntaban<sup>80</sup>. Mientras la Academia de la lengua no se manifestaba, se discutía libremente, y aunque había quien aceptaba los argumentos de

75 Según Abel Soler (2022: 86) recibió felicitaciones de los reyes de España, Inglaterra e Italia y de los presidentes de Francia y Estados Unidos, entre otros. Por su parte, Guadalupe Gómez-Ferrer Morant recoge unas palabras de la que fuera alcaldesa de Quatretonda en 2004, Magdalena Chiquillo, que recordaba que: "viajaba mucho, llegó a conocer al rey Alfonso XIII y en su residencia de Quatretondeta llegó a recibir a muchas personalidades de otros países como el presidente de Francia" (2015: 67-68).

76 *El Diluvio*, 19 de octubre de 1924, p. 13.

77 *El Borinot: setmanari de barrila*, 23 de octubre de 1924.

78 *ABC*, 9 de abril de 1925.

79 *La Voz*, 7 de noviembre de 1924.

80 *La Voz*, 4 de noviembre de 1924.

la feminización gramatical, a otros sencillamente no les gustaba cómo sonaban las expresiones en femenino.<sup>81</sup> El periodista Andrenio —pseudónimo de Eduardo Gómez Baquero— entendió el fondo de la cuestión: no había resistencia al nombre sino a que la mujer ocupara un cargo hasta entonces reservado al hombre. Se necesitaba tiempo.

La resistencia a admitir las formas femeninas en los nombres de los oficios que hasta ahora han sido desempeñados por varón, es una señal de la resistencia inconsciente que opone la costumbre a las innovaciones. El antifeminismo político, cuando se otorga a la mujer el oficio, le regatea el nombre, no con intención, sino porque sigue considerando que el oficio es esencialmente masculino. Cuando la función es desempeñada largo tiempo por mujeres, la resistencia desaparece. Edila le parece más inapropiado por su significación histórica, dado que, aunque similar, no es lo igual que el cargo de concejal.<sup>82</sup>

*La Voz de la mujer* se mostró favorable a que cualquier nuevo cargo que la mujer obtuviese se le asignara la desinencia femenina<sup>83</sup>. Felipe Robles Degano, autor de la *Gramática elemental de la lengua castellana*<sup>84</sup> entendía que de igual modo que se decía pastora o maestra se debía decir alcaldesa (como condesa) o concejala ("como jueza el día que la hubiese, Dios nos libre")<sup>85</sup>. Alcalá Galiano en su "Babel y la mujer en la academia" reseñaba que el problema no era tanto el nombre, ni el hecho de ser académica, ni concejala ni profesora, sino de reivindicar primero sus derechos civiles, "porque a pesar de los cantos a la mujer española y de los himnos a vuestra benéfica influencia social y religiosa, seguían siendo las esclavas cristianas de occidente."<sup>86</sup>

La Academia de la lengua finalmente dictaminó a finales del año 1930: podían decirse en femenino las palabras doctor, abogado o concejal, entre otras. Pero el tema ya se había olvidado. Llegaba tarde, ya no había concejalas, al menos en Madrid.<sup>87</sup> El 14 de enero de 1931, debido a la solicitud de una graduada de Universidad,<sup>88</sup> se aprobó una real orden, previo informe de la Real Academia Española, que disponía que los cargos desempeñados por la mujer en la Administración tendrían la terminación femenina en la documentación: catedráticas, profesoras, archiveras, bibliotecarias, arqueólogas, veterinarias, odontólogas... e indistintamente, casadas, solteras o viudas, el tratamiento de señora y doña, así como, si procedía, el tratamiento de excelentísimas o ilustrísimas.<sup>89</sup>

81 Debate, 13 de noviembre de 1924. Tirso Medina, "Del color de mi cristal. No me suena bien"

82 "Pasatiempos filológicos: concejalas y edilas", *Eco de Santiago*, 26 de noviembre de 1924.

83 *La Voz de la mujer*, 16 de julio de 1925.

84 Madrid, editorial Voluntad, 1924.

85 29 de noviembre de 1924.

86 ABC, 8 de diciembre de 1926.

87 "La cena de las burlas. Ahora que no las hay", *La Voz*, 5 de diciembre de 1930.

88 Y demandas de "reivindicadoras de los derechos del feminismo".

89 Real orden disponiendo que las señoras o señoritas que figuran en los cargos y Escalafones de los Cuerpos del Profesorado y los restantes dependientes de este Ministerio, o que logren los títulos propios del mismo, se llamen en toda la documentación con la terminación femenina de las respectivas palabras cuyos cargos desempeñen, y que las solteras, casadas o viudas, indistintamente, tengan en la documentación uso del "señora" y "doña", y en su caso, de los tratamientos de "excelentísimas" o "ilustrísimas", *Gaceta de Madrid*, 16 de enero de 1931, pp. 381-383.



### 3. Toma de posesión

Matilde Pérez y Mollá tomó la vara municipal en un momento nada propicio. En palabras del reportero alicantino que publicó la crónica de la toma de posesión de la alcaldesa, el pueblo estaba "corroído por mezquinos rencores, villanas ansias de represalias y alborotado por ruines egoísmos"<sup>90</sup>. También lo reflejan las actas del pleno del ayuntamiento del día 5 de mayo de 1924. Alcalde y concejales no lograban ponerse de acuerdo sobre una cuestión de reparto de aguas y lejos de resolver sus desavenencias, se proferían graves insultos durante los plenos.<sup>91</sup> Llegado a oídos del gobernador civil tales desórdenes decidió nombrar un nuevo alcalde, una alcaldesa, Matilde Pérez. Poco después, dimitía el pleno del ayuntamiento que admitía sus problemas e imposibilidad de llegar a ningún acuerdo. El alcalde José Román Pérez Pérez manifestaba que no podía seguir desempeñando el cargo "por las muchísimas ocupaciones que pesan sobre él". El primer teniente de alcalde, Andrés Mezquida Bardiza,<sup>92</sup> maestro nacional, presentaba su dimisión "en vista del mal giro que viene tomando entre algunos vecinos de ésta, el asunto llamado de la fuente, hoy sin vías de arreglo y además la discrepancia continua que observa y existe entre los señores concejales que componen la comisión municipal permanente y también entre los del pleno de este ayuntamiento". Francisco Bonet Nadal segundo teniente de alcalde presenta su dimisión alegando "entre otras razones lo hecho por el señor alcalde en la sesión del pleno celebrada el cinco del corriente que llegó a maltratarle de palabra varias veces y como esto no puede continuar así sin que peligre la tranquilidad de las dos familias". Los concejales Vicente Chiquillo Chiquillo y Don Casto Pérez Mollá se excusan por sus muchas ocupaciones al igual que el concejal Joaquín Llodrá quien además alega su avanzada edad.<sup>93</sup>

Aceptadas las dimisiones, el nuevo ayuntamiento tomará posesión en sesión extraordinaria del día 27 de octubre de 1924. Ciertamente a la alcaldesa y a los nuevos concejales los había designado el gobernador civil conforme con el delegado gubernativo, no obstante, se atuvieron al tenor de los artículos del Estatuto que determinaban el modo de elección por el ayuntamiento. Así se verificó la elección de la alcaldesa y los concejales.

En Cuatretondeta a veintisiete de octubre de mil novecientos veinticuatro previa convocatoria al efecto y bajo la presidencia del señor alcalde saliente Don José Ramón Pérez Pérez se reunieron en la sala capitular a la hora de las quince, los señores Doña Matilde Pérez Mollá, Don José Gómez Arnau, Don Vicente Camps Pérez, Don Leopoldo Chiquillo Moliner, Don Bautista García Pérez y Don José Pérez Chiquillo y declarada abierta la sesión, el señor presidente dio orden al infrascrito secretario diera cuenta del oficio del ilustrísimo señor delegado gubernativo de este partido, de fecha veintiséis del actual, en el que se participa que aceptadas y aprobadas por el excelentísimo señor general gobernador civil de esta provincia, las dimisiones de los señores

90 *Diario de Alicante*, 31 de octubre de 1924.

91 No es de extrañar que el gobernador cívico-militar de Alicante, Bermúdez de Castro, solicitase al poco de ocupar el cargo, más delegados gubernativo para "empezar labor moralizadora y de castigo" (Pérez Ortiz, 1990: 396).

92 Véase *La Gaceta de Madrid* 29 de mayo de 1935, p. 1756.

93 Acta del ayuntamiento pleno de 19 de octubre de 1924. Señores concurrentes: alcalde presidente José Ramón Pérez Pérez; concejales: Andrés Mezquida Bardiza, Casto Pérez Mollá, Joaquín Llodrá Ivorra, Vicente Chiquillo Chiquillo, Francisco Bonet Nadal, Archivo municipal de Cuatretondeta.

concejales que componían el ayuntamiento pleno de esta localidad, había nombrado en la misma fecha a los señores que al principio se mencionan para sustituirles y los cuales formarán esta corporación municipal, quienes hallándose presentes fueron posesionados e instalados en sus cargos de concejales por dicho señor presidente retirándose éste acto seguido del salón después de entregar las insignias del cargo en que había cesado al señor presidente interino pasando a ocupar los escaños del concejo los señores concejales nombrados y posesionados.

Constituido el ayuntamiento bajo la presidencia interina del concejal de mayor edad entre los nuevos ediles, Vicente Camps Pérez, se procedió a la elección del alcalde en votación secreta entre los concejales nombrados como ordenaba el artículo 119 del Estatuto municipal. Resultó Matilde Pérez elegida por la totalidad de los concejales asistentes. Proclamada como alcaldesa por el presidente interino, de quien recibió las insignias de su cargo, pronunció un discurso agradeciendo la distinción y prometiendo trabajar cuanto le fuera posible en beneficio e interés del pueblo, como en su vida privada había hecho siempre.<sup>94</sup>

Acto seguido, en la misma forma y en votación secreta de conformidad con el artículo 120 del citado Estatuto, fue elegido primer teniente alcalde de concejal Don José Gómez Aznar por seis votos y segundo teniente alcalde de concejal Don Vicente Camps Pérez también por seis votos. Igualmente fueron designados para sustitutos del primer teniente alcalde el concejal D. Bautista García Pérez y segundo sustituto del segundo teniente alcalde al concejal Don Leoncio Chiquillo Moliner.<sup>95</sup>

Por la relevancia del hecho, aunque no consta en las actas del ayuntamiento, sabemos por los reporteros y por su propio sobrino, el escritor Rafael Pérez, que asistió al acto Emilio Juan Alonso de las Heras, delegado gubernativo de Cocentaina quien presentó a la nueva alcaldesa al público congregado.<sup>96</sup> Dio un discurso en el que se remontó a la historia para demostrar que no era nueva en España la actuación de la mujer en los negocios públicos; explicó detenidamente el Estatuto municipal; exhortó a las mujeres a mantener su opinión y defender sus intereses "no entregándolos para ser administrados sino a quien ofrezca suficientes garantías". Animó al ayuntamiento a salir de la apatía y de la rutina, condenó el analfabetismo y pidió al pueblo que secundara los esfuerzos de la nueva alcaldesa para desterrar viejos resabios y anticuados sistemas que entorpecían el progreso.<sup>97</sup> Acabó el acto con un lento desfile del numeroso público para felicitar a Matilde Pérez, "con manifiestas señales de entusiasmo y satisfacción".<sup>98</sup>

#### 4. Ejercicio de su cargo

Según el Estatuto municipal, la alcaldesa era la jefa de la Administración municipal y presidenta del ayuntamiento, y como tal representaba al gobierno. Convocaba y presidía las sesiones de la comisión permanente, que se reunía los domingos después de misa y las sesiones del pleno, una o dos veces al mes, aunque en

---

94 *El Heraldo de Madrid*, 6 de noviembre de 1924, *ABC*, 6 de noviembre de 1924.

95 Actas de la sesión extraordinaria del ayuntamiento de 27 de octubre de 1924, Archivo municipal de Quatretondeta.

96 Su sobrino, el escritor Rafael Pérez, publicaría años más tarde una reseña en la que subrayó que le dio posesión del cargo el delegado gubernativo de Cocentaina y estuvo presente el diputado provincial del distrito Joaquín Olcina Carchamo, *Ya*, 18 de febrero de 1967.

97 *Diario de Alicante*, 31 de octubre de 1924.

98 *Diario de Alicante*, 31 de octubre de 1924.

ocasiones en sesión extraordinaria. De la permanente no constan actas, pero sí de las sesiones del pleno del ayuntamiento. De ellas, podemos extraer las iniciativas de la alcaldesa y los trabajos realizados por el consistorio durante su mandato.

Caminos vecinales. Destaca en primer lugar el interés que manifestó en impulsar la construcción de caminos vecinales que permitieran la comunicación del Cuatretondeta con poblaciones vecinas y sacar al pueblo del aislamiento en el que se encontraba. El 22 de marzo de 1925 se trató de la conveniencia de solicitar al Estado, la construcción de un camino vecinal hasta Gorga. La alcaldesa advirtió al pleno que podían aprovechar para tal objeto el 5º concurso que se había anunciado para la construcción de caminos y cuyo plazo expiraba el 31 de marzo<sup>99</sup>. Se aprobó por unanimidad la proposición de la alcaldesa y se acordó practicar las gestiones necesarias para solicitar la construcción de un camino que tanta importancia tendría para el pueblo.<sup>100</sup> Presentada la petición, fue subvencionada provisionalmente con 146.236 pesetas en noviembre de 1925.<sup>101</sup>

En abril del año siguiente se habían recabado los correspondientes permisos de los dueños de los terrenos que podían ser expropiados y la corporación solicitaba de la comisión provincial de la diputación de Alicante que el ingeniero de obras provinciales y personal técnico a sus órdenes, practicasen los trabajos necesarios para llevarla a efecto, "ya que la época presente es la más adecuada para verificarlo con más economía y mejor éxito".<sup>102</sup> La comisión provincial acordó el estudio y replanteo del camino vecinal, que serviría para los cinco pueblos de importante producción olivera, que estaban totalmente incomunicados. El presupuesto, formado por la dirección de obras provinciales, de los gastos que consideraban necesarios para efectuar el estudio y redactar el proyecto, que ascendía a 4.404,50 pesetas, fue aprobado por la comisión provincial.<sup>103</sup>

En septiembre de 1927 el ingeniero jefe de obras públicas de la provincia, Enrique Esteve, junto con el de la diputación Luis Prat acudieron al pueblo para estudiar el proyecto *in situ*. La construcción del camino entre Cuatretonda y Gorga se tenía como trascendental, pero se había ido retrasando por la dificultad del terreno. La visita era tan importante que todo el pueblo salió a recibirles y la alcaldesa les obsequió con un almuerzo en su residencia.<sup>104</sup> Ayudada de su prima y de su hija, organizaron una comida en honor de estos distinguidos huéspedes, para darles las gracias por su visita, "de la cual espera este pueblo realidades que hasta hoy solo han sido esperanzas".<sup>105</sup>

El 27 de noviembre de 1927 se reunió el pleno del ayuntamiento para proceder a la redacción del pliego de condiciones bajo las cuales debía contratarse la construcción del camino vecinal a Gorga aprobado por la diputación con el destajista Felipe Vaquer Ferrer. De acuerdo con el mismo, que estaba presente

99 El 4 de marzo de 1925 se anunció en La Gaceta, para remediar los defectos del plan del quinquenio dispuesto en el artículo 19 de la ley de presupuestos el real decreto de 1924 (*La Gaceta* de 29 de enero), el 5º concurso de caminos vecinales para que a petición de los ayuntamientos, diputaciones o mancomunidades interesadas puedan construirse carreteras de tercer orden no incluidas en el plan. La apertura de pliegos tendría lugar el 31 de marzo a las 12 con los requisitos establecidos para los del tercer concurso en la base 12.

100 Actas del ayuntamiento de 22 de marzo de 1926.

101 *Gaceta de Madrid*, 22 de noviembre de 1925, p. 981.

102 Actas de la comisión de la Diputación provincial de Alicante, sesión de 8 de abril de 1926, p. 24 v. *Hoja oficial de la provincia de Barcelona*, 10 de mayo de 1926.

103 Pleno del ayuntamiento de 2 de junio de 1926, p. 66 v

104 Presidió la mesa Esteve y le acompañaron la dueña de la casa, su hija la señora viuda de Conesa, la señora Martí Ferrer de Ramón, el vicario de Cullera Vicente Rosell, el párroco del pueblo Juan Bosch y los señores Prat y Blanqui.

105 *Diario de Alicante*, 9 de septiembre de 1927.

en la sesión, se acuerdan las condiciones bajo las cuales se contrata la construcción del camino. En sesión 18 de noviembre de 1928 se autorizaba la primera certificación de obra. También, aprovechando los concursos que la diputación había anunciado aprueban solicitar a propuesta de la alcaldesa, el 11 de marzo de 1926, la construcción de un camino vecinal hasta Fachara.<sup>106</sup> El Camino entre Cuatretondeta y Facheca, se anuncia por la diputación provincial en 1928: "Catorce pueblos aislados tendrán comunicación dentro de poco".<sup>107</sup>

Reforma de la iglesia. En junio de 1927, la alcaldesa, junto con el párroco del pueblo, solicitó de la diputación un donativo para reparar el campanario y la capilla de Comunión de la iglesia del pueblo que se hallaban en estado ruinoso. La comisión provincial acordó conceder 500 pesetas del capítulo de imprevistos del presupuesto.<sup>108</sup> El 20 de diciembre de 1927 en la sesión permanente provincial bajo la presidencia de Pascual Más se dio cuenta del oficio de la alcaldesa en que participaba que las obras de la iglesia parroquial se habían terminado y se acordó que el diputado provincial Francisco de Asís Carlos Roca pasara a inspeccionarlas e hiciera el informe procedente.<sup>109</sup>

Servicio Médico. Uno de los graves problemas que cualquier pequeña población tenía que afrontar era la necesidad de un médico. El 5 de julio de 1925 la alcaldesa daba cuenta de las quejas que continuamente recibía de la mayoría del vecindario por el mal servicio que estaba prestando el médico José María Sanz Peiró. Por tal motivo, propuso su destitución y, mientras tanto, para que el servicio no quedara desatendido, recomendó que se designara al licenciado en medicina Virgilio Linares Ramón. Se le pagaría según lo consignado en el presupuesto municipal con la obligación de que fijara su residencia en el pueblo y visitara a los vecinos pobres, aparte de las visitas de carácter oficial que pudieran presentársele. Podía además, mediante iguales u otras formas remuneratorias, atender a las personas pudientes de la localidad. El facultativo, presente en la sesión, aceptó el cargo en calidad de médico interino. El partido médico, al que se halla unida la plaza de médico titular, estaba formado por las poblaciones de Facheca, Famorca y Cuatretondeta. Con arreglo al estatuto y reglamento para su ejecución de 23 de agosto de 1924 así como el de 9 de febrero de 1925, el 13 de septiembre de 1925 se aprobó se proveyera por concurso la plaza ocupada interinamente y dotada de un sueldo anual de 2.000 pesetas<sup>110</sup>. Se anunció al público por plazo de 30 días con inserción del correspondiente edicto en el boletín oficial de la provincia invitando a los ayuntamientos de los pueblos que integraban el partido para que designasen un representante para elegir al médico titular entre los solicitantes. El 20 de diciembre de 1925 la alcaldesa informa que, al concurso convocado para proveer la plaza de médico del pueblo solo se había presentado el mismo Virgilio Linares Ramón y se acuerda su nombramiento. Pero el 1 de abril de 1927, Linares dimite "fundando en el motivo de atender fuera de esta población", se acepta la dimisión "satisfechos del celo con que ha venido desempeñando el cargo " y para que no quedase desatendido servicio se propone nombrar como sustituto al licenciado José Vaello de Lanuza, en las mismas condiciones que el anterior. Pero el 28 de agosto de 1927, como la plaza de médico era interina, volvió a sacarse a concurso. La dotación en esta ocasión era de 1.500 pesetas, más 150 como inspector municipal de sanidad. En el pleno de 20 de octubre se anuncia que solo se había presentado Vaello de Lanuza. No obstante, en la sesión 11 de mayo de 1928 presenta su dimisión debido a su estado

---

106 Acta del ayuntamiento de 11 de marzo de 1926.

107 *El Día*, 17 de abril de 1928.

108 Sesión de 2 de junio de 1927, p. 31 r y v.

109 Sesión 20 de diciembre de 1927, p. 48 recto; *El Día*, 21 de diciembre de 1927.

110 Que le corresponden según el reglamento de 21 de agosto de 1924 por ser de tercera categoría.

de salud, y se contrata en sustitución y con carácter interino a José Serra Arques, con el sueldo 1.650 pesetas y la obligación de verificar dos visitas semanales sin perjuicio de las extraordinarias que con carácter oficial pudieran presentarse. El 19 de mayo de 1929, debido a que se había reducido en el presupuesto la consignación para el médico a 1.000 pesetas, el déficit debía cubrirlo mediante igualas entre los vecinos pudientes del pueblo, pidiendo al médico que confeccionara la lista de igualas hasta cubrir las 650 pesetas que faltaban.

Escuela. La alcaldesa, dadas las malas condiciones que reunían los locales destinados a la enseñanza pública expuso ante el pleno la necesidad de solicitar del ministerio de instrucción pública y bellas artes la construcción de un edificio destinado a escuelas unitarias de niños y niñas. El pleno por unanimidad acordó: primero, construir con el auxilio del Estado, un edificio destinado a escuelas unitarias de niños y niñas; segundo, autorizar a la alcaldesa para que en nombre y en representación de esta corporación solicitase del director general de primera enseñanza, la construcción de aquel edificio conforme a los preceptos del real decreto de 14 de diciembre de 1922; tercero, para contribuir a la construcción, el municipio se ofrecía a cooperar con: un solar con las condiciones y requisitos adecuados a la construcción; dos mil pesetas en metálico y materiales —cal, piedra, arena y agua— para toda la obra.<sup>111</sup>

Conducción de Aguas. Dado que debían renovarse las cañerías, la comisión permanente de 10 de mayo acuerda un nuevo trazado para reducir los metros de las mismas y aprovechar mejor el agua de la fuente de la viñeta "desde las galerías o alcavonig donde tienen su alumbramiento hasta la balsa del carrascal juntas con las del riego de este nombre y desde dicha balsa al pueblo inmediato desde el que podrían destinarse las aguas necesarias para el surtido del vecindario y las restantes para el riego". Se autoriza a la alcaldesa para que, en nombre y representación del ayuntamiento, estipulase y fijase las condiciones en que debía verificarse, de modo que todas las aguas del mismo con las de la fuente pública municipal hasta la boca del lavadero vayan juntas y que se llevara a efecto mediante la contribución de los gastos que se originan, el riego con dos terceras partes y el municipio en una. También se autorizó la expropiación de algún terreno de particulares para el paso de las aguas y cañerías correspondientes.

Perdón de contribución. La alcaldesa presenta una solicitud en la diputación provincial, solicitando el perdón de la contribución territorial como compensación a los daños que en el municipio han causado los temporales de nieve ocurridos durante los días 25, 26 y 27 de diciembre último. Con este motivo el Boletín Oficial de la provincia inserta un edicto de la diputación provincial poniendo en conocimiento de los pueblos la petición formulada por el ayuntamiento de Cuatretondeta por si por creerse perjudicados tenían que hacer alguna reclamación.<sup>112</sup>

Medidas sanitarias. En junio de 1927 se declara en el ganado lanar la epidemia de la glosopeda por lo que se tienen que tomar medidas para evitar propagación.<sup>113</sup>

En pro de la cultura. En 1928 se tuvo noticia del hallazgo por un pastor de unos brazaletes de pectúnculo del eneolítico en Cuatretondeta. Se organizó una expedición para realizar algunas catas de las que se encargaron los arqueólogos Ponsell y Pericot. Este último en su publicación sobre los resultados obtenidos agradeció las atenciones de que fueron objeto ambos arqueólogos por parte de la alcaldesa Matilde Pérez Mollá (Pericot, 1929: 23-31).<sup>114</sup>

111 16 de mayo de 1926.

112 *Diario de Alicante*, 4 de mayo de 1927 y *El Día*, 4 de mayo de 1927.

113 *El Liberal*, 3 de junio de 1927.

114 Agradecimientos en nota 1, p. 23. Las piezas recogidas pasaron al Museo de prehistoria de la



## 5. Cuestión de primacía

Casi al mismo tiempo que Matilde Pérez fue nombrada alcaldesa Dolores Codina. Aunque algunos historiadores la tienen por la primera, su nombramiento es anunciado en 1924 como posterior a la de Quatretondeta, incluso en la prensa catalana<sup>115</sup>. De hecho, el periódico *La Libertad* que había publicado el nombramiento de Matilde Pérez como primera alcaldesa, días más tarde se refería al del Dolores Codina en estos términos:

Cunde el ejemplo. Otra mujer alcalde. Barcelona 18. En vista sin duda, del éxito obtenido en Cuatretondeta con el nombramiento de la ilustre y ya casi popular señora Pérez para la alcaldía de aquel pueblo, el delegado gubernativo de Cervera resolvió destituir al ayuntamiento de Talladell y nombrar para la alcaldía a otra no menos ilustre dama, doña Lola Codina Arnau. Sin embargo, como esto solo hubiera sido una vil imitación, además de alcaldesa el delegado de Cervera nombró una primer "tenienta" de alcalde. El nombramiento ha sido acogido con gran regocijo.<sup>116</sup>

Quizá la confusión proceda de que en marzo de 1928 se empieza a hablar de Dolores Codina como primera alcaldesa y se traen a los periódicos noticias sobre su labor. De la misma manera que Matilde Pérez, Dolores Codina fue alcaldesa de un pequeño pueblecito, Talladell, de la provincia de Lérida "compuesto de un centenar de casas, en las que se albergan, de hecho, 538 habitantes, aun cuando sean 619 los que cuenta, de derecho". Su nombramiento se debió a que, habiendo dimitido los concejales del ayuntamiento, a mediados de 1924, el gobernador civil de Lérida, "viendo que las principales casas de Talladell estaban faltas de hombres y eran administradas por mujeres, nombró nuevo Concejo, del que formaban parte tres mujeres: Dolores Codina, que fue elegida alcalde; Francisca Domingo, que lo fue primer teniente de alcalde y Antonia Solé y Segura, concejal, quienes tomaron posesión el día 11 de octubre del mismo año". Los domingos por la mañana se celebraban las sesiones en el ayuntamiento. En la prensa entre abril y marzo de 1928 se publicó que "Codina lo fiscaliza todo, lo dispone todo y se entera de todo. Gracias a su labor tenaz y perseverante en poco más de tres años ha conseguido dotar al pueblo de amplias y ventiladas salas para escuelas, propiedad del municipio; resolver el conflicto del alumbrado; arreglar los caminos vecinales, mediante prestación personal, sin gravar los presupuestos municipales; pagar los atrasos a la diputación y se gestiona la traída de aguas potables y la instalación del teléfono. He aquí someramente expuestos los hechos. Creemos innecesario insistir en los elogios a la señora Dolores Codina Arnau, pues su actuación es su mejor elogio y el más poderoso argumento a esgrimir contra los antifeministas. Lo que los hombres estropearon lo han arreglado una representación del sexo

Diputación que provisionalmente se encontraba en el entresuelo del Torreón del Palacio de la Generalitat de Valencia, Bayren: semanario gandiense, 24 de octubre de 1929. También *La correspondencia de Valencia*, 27 de agosto de 1928, hizo referencia a lo agradecida que estuvo la comisión de las atenciones de la alcaldesa.

115 *La Veu de Catalunya*, 17 de octubre de 1924, p. 2. En *El Borinot: setmanari de barrilla*, 23 de octubre de 1924 se recoge: "Diuen de Talladell que ha estat designada per ocupar l'alcaldia una dona. Així és, doncs, que la de Quatretondeta ja no és sola, d'alcaldessa. Le exemple es va extenent." Y siguiendo con las bromas continúa: "Ara la primera cosa que caldrà fer és de canviar el nom del poble: n'hauran de dir Talladella: veritat?"

116 *La Libertad*, 16 de octubre de 1924 señala a Matilde Pérez como la primera. La cita se reproduce de *La Libertad*, 19 de octubre de 1924. *El Heraldo de Madrid*, anuncia su nombramiento el 16 y 18 de octubre de 1924, *El Imparcial*, 16 de octubre de 1924.

que definió un filósofo con hiperclorhidria como "animales de pelo largo e ideas cortas". ¡Hoy, que no tienen ni lo uno ni lo otro!"<sup>117</sup>

De manera sospechosa, ese año, un poco después de esta campaña de prensa en favor de trabajo de Codina, el conde de Mirasol miembro de la Asamblea nacional presentó una moción para concederle la gran cruz del mérito civil o cualquier otra merced que la Asamblea estimara pertinente por su trabajo como alcaldesa.<sup>118</sup> La propuesta del marqués de Mirasol fue tomada en consideración en la sesión de 24 de mayo de 1928. Casi reproduciendo el mismo texto que se publicó en la prensa, el marqués de Mirasol expuso que Dolores Codina fue elegida alcaldesa de Talladell "en momentos difícilísimos porque atravesaba aquel ayuntamiento, cuando los 7 concejales que lo componían acababan de presentar su dimisión, por considerarse incapaces para resolver airoosamente la serie de conflictos económicos en que se encontraban, comprometiendo el crédito y la moralidad de aquel concejo. En tal situación el gobernador de Lérida tuvo el buen acuerdo de nombrar para primer teniente alcalde y concejal a Francisca Domingo y a doña Antonia Solé respectivamente. Así inició su nobilísima labor el 11 de octubre de 1924 la primera alcaldesa española y quien con juicio sereno y mano firme, logró en poco más de tres años no solo nivelar el erario municipal hasta con el sacrificio de sus propios bienes, sino que después de resolver cuantos conflictos se hallaban pendientes ha dotado al pueblo de hermosas escuelas, ha construido caminos vecinales, mediante prestación personal, sin gravar los presupuestos municipales, ha satisfecho atrasos en la diputación, se ha constituido en el ángel protector de los pobres y de los desvalidos de la localidad y llevando más allá su anhelo de mejoras y engrandecimiento, tiene actualmente en estudio el proyecto de traída de aguas potables y la instalación del teléfono, todo ello sin abandonar sus deberes de ama de casa y la dirección y manejo de su hacienda, cuya labor dirige personalmente, repartiendo su tiempo entre el campo y el municipio y mereciendo por todo el aplauso de sus conciudadanos al que creo de justicia debe de unir el suyo España entera".

La sección 17, enterada de la moción, remitió copia de la misma al ministro de la gobernación para que recabase un informe detallado del gobernador de la provincia de Lérida.<sup>119</sup> El presidente de la Asamblea se dirigió, adjuntando copias, al ministro el 22 de junio de 1928. El informe no sería muy satisfactorio. El gobernador de Lérida respondió:

La señora indicada ha tenido en el desempeño de su cargo algunos aciertos y no pocos errores, dando lugar con estos últimos a que recientemente, en sesión municipal de primero de actual, haya presentado su dimisión todo el ayuntamiento excepto un concejal. No es cierto que haya dotado de escuelas al pueblo, pues el edificio lo adquirió el ayuntamiento anterior; lo hecho por el actual es adecentar el expresado edificio, aunque incompletamente. El arreglo

117 ABC, 31 de marzo de 1928, *La Nación*, 3 de abril de 1928. Archivo del Congreso de los Diputados, Primera alcaldesa tomó posesión del cargo el 11 de octubre de 1924, P-01-000621-001.

118 No solo pretendía con ello recompensar "las altas virtudes de una mujer ejemplar sino que sirviera de estímulo para quienes habiendo sido llamados a intervenir en la difícilísima labor de gobernar o administrar justicia, sepan unir a cumplimiento de los deberes de su cargo, el sacrificio de sus intereses personales y aún de su propia vida, si es preciso, en holocausto del más alto y nobilísimo anhelo de todo ciudadano español: el amor a su Dios, a su patria y a su rey." El escrito se dirigió al presidente de la sección 17 "Mercedes extraordinarias", de la Asamblea Nacional el 23 de abril de 1928. Archivo del Congreso de los Diputados, P-01-000621-0012.

119 10 de junio de 1928.

de los caminos vecinales por prestación personal, es obra que también han realizado otros ayuntamientos anteriores al que preside la interesada.

Teniendo en cuenta lo expuesto por el gobernador y la opinión de algunas personas llamadas a consulta, el 20 de julio de 1928 el informe del Ministerio estimaba que Dolores Codina no era merecedora de la distinción que se solicitaba para ella. ¿Rivalidades vecinales? ¿Estaban cambiando los tiempos?

## V. Epílogo

Matilde Pérez Mollá dejaba el cargo en enero de 1930. Quizá la dimisión de Primo de Rivera o su precario estado de salud le llevaron a dejar el cargo. Solo cuatro años después, en 1934 fallecía de senilidad en su domicilio sito en la calle que ya entonces llevaba su nombre.

Durante más de cinco años dirigió el ayuntamiento de Cuatretondeta en una época en la que pocas mujeres ocupaban cargos políticos. Es verdad que la administración local se entendió como una prolongación de la administración doméstica y sin ningún valor en política nacional. Se trataba de un ensayo en unas funciones que, como Gregorio Martínez Sierra decía en 1917, podían llamarse de "arreglo casero".

Un pueblo, un Municipio es una gran familia, para su vida próspera hay que atender a problemas de limpieza, de abastecimiento, de traída de aguas, de beneficencia, de cuidado de enfermos, pobres, ancianos, niños desamparados, de educación, de expendición de bebidas alcohólicas, de creación de parques y jardines, de suministro de leche en buenas condiciones de protección a industrias locales—que muchas veces son industrias exclusivamente femeninas... Todo esto es trabajo tan propio de mujeres que, como ustedes ven, sin esperar a que ustedes deseen intervenir en ello, hay representantes en Cortes que votan reclamando que se les imponga a ustedes esa tarea.<sup>120</sup>

Ya estaba pues madura la idea cuando Primo de Rivera la puso en práctica. Pero fue un avance importante el que se hiciera realidad y que mujeres como Matilde Pérez supieran aprovecharla para demostrar la capacidad política de las mujeres. No tuvo el mismo éxito cuando se concedió su acceso a la administración provincial. Con todo, el ensayo, si lo fue, obtuvo por lo general buenos resultados y tras el plebiscito de 1926 el comportamiento de las electoras, incluidas ya las casadas, favoreció que Primo de Rivera las tuviera en cuenta ahora como contrapeso a los votos en contra. Algunas mujeres figuraron en las listas del Dictador para designarlas miembros de la Asamblea nacional y el anteproyecto de Constitución de 1929 reconoce el sufragio activo y pasivo "sin distinción de sexo".

## Bibliografía

- Aguilera Sastre, J., y Lizarraga Vizcarra, I. (2019). Las feministas españolas y el VIII Congreso de la Alianza Internacional para el sufragio de la mujer (1920). *IgualdadES*, 1, 83-113.
- Alarcón y Méndez, J. (1908). *Un feminismo aceptable*. Madrid: Razón y fe.

---

<sup>120</sup> ABC, 4 de mayo de 1917.

- Azaña, M. (1966-1968). *Obras completas*, edición y prólogo de Juan de Marichalar, 4 vols., México, Oasis, I.
- Benítez Palma, E. (2021). La llegada de la mujer a la carrera San Jerónimo: un balance de las intervenciones de las integrantes de la Asamblea nacional de Primo de Rivera (1927-1930). *Feminismo/s*, 37 (enero 2021), 161-186.
- Caballé, A. (2013). *El feminismo en España. La lenta conquista de un derecho*. Madrid: Cátedra.
- Calvo Sotelo, J. (1974). *Mis servicios al Estado. Siete años de gestión (1923-1930)*. Madrid: Instituto de estudios de Administración local.
- Chiquillo, M. (2015). Las primeras alcaldesas de España. El acceso de las mujeres a los poderes públicos. *La Aljaba*, segunda época, XIX, 55-75.
- De Echarri, M. (1924). Crónica del movimiento católico femenino. *Revista católica de cuestiones sociales*, agosto de 1924, 105-107.
- Del Moral Vargas, M. (2009). Persiguiendo el reconocimiento de la igualdad: La petición de la Cruzada de mujeres españolas a las Cortes (31- V-1921). *Arenal*, 16. 2 (julio-dic.), 379-397.
- Díaz Fernández, P. (2005). La dictadura de Primo de Rivera. Una oportunidad para la mujer. *Espacio, tiempo y forma. Serie V. Historia contemporánea*, 17, 175-190.
- Fargoa, C., *La voz y el voto de las mujeres. El sufragismo en España, 1877-1931*. Icaria: 1985.
- Franco Rubio, G.A. (2004). Los orígenes del sufragismo en España. *UNED. Espacio, Tiempo y Forma. Serie V, Hª Contemporánea*, 16 (2004), 455-482.
- García Trobat, P. (2023). La mujer en tiempos del código penal de 1822. *Historia Constitucional*, 24, 163-194.
- García Trobat, P. (2020). Mujeres en revolución (1968-1974). *Cuadernos Constitucionales*, 1, 137-157.
- Grana Gil, I, Trigueros Gordillo, G y Robles Sanjuan, V. (2022). Participación política y educación de las mujeres durante la Dictadura de Primo de Rivera: las assembleístas. *Historia social y de la educación*, 11,1, 80-105.
- Guerra-Librero y Arroyo, G. (1967). Alcaldesas de España. *Revista de estudios de la administración local y autonómica*, 153 (mayo-junio. 1967), 415-420.
- Marín, M. (2013). Colonialismo, género y periodismo. Cuatro mujeres españolas en las guerras con Marruecos (1909-1927): Carmen de Burgos, Consuelo González Ramos, Teresa Escoriza y Margarita Ruiz de Lihory. *Revista Clepsydra*, 12 (nov. 2013), 11-41.
- Ossorio y Gallardo, A. (1925). *Cartas a una muchacha sobre temas de Derecho civil*. Madrid: editorial Pueyo.
- Pérez Ortiz, J.F. (1990). Los delegados gubernativos militares (de Alicante durante la dictadura de Primo de Rivera. *Espacio, Tiempo y Forma. Serie V. Hª Contemporánea*, 3, 395-400.
- Pericot, L. (1929). El depósito de brazaletes de pectúnculo de «Penya Rója» (Cuatretondeta). *Archivo de Prehistoria Levantina*, 1, 23-31.
- Posada, A. (1898). La condición jurídica de la mujer española. *La España Moderna*, 111, 94-119.
- Poveda Jover, J. (2020). *El autoritarismo regeneracionista de la dictadura de Primo de Rivera en la provincia de Alicante* [Tesis doctoral]. Universidad de Alicante. Disponible en: <https://rua.ua.es/dspace/handle/10045/115492>
- Soler, A. (2022). *Quatretondeta. Entre frares de pedra i secans*. Ajuntament de Quatretondeta.
- Soria Moya, M. (2021). *Adolfo Posada y la ley de sufragio universal de 1890: la práctica política de la Restauración*. Valencia: Tirant lo Blanch.

# IV. RECENSIONES



# María Dolores Montero Caro: *Democracia en transición: una agenda para su regeneración,* Madrid, Dykinson, 2023, 173 págs.

**ANNA BUCHARDÓ PARRA**

Profesora Ayudante Doctora  
de Derecho Constitucional  
Universitat de València

En su libro titulado *Democracia en transición: una agenda para su regeneración*, la autora, María Dolores Montero Caro, constitucionalista de la Universidad de Córdoba, se sumerge en una detallada y crítica exploración de la actualidad de las democracias contemporáneas, centrándose en el caso de España. Mediante un riguroso análisis dividido en cinco capítulos, aborda de manera exhaustiva la crisis que enfrentan las democracias, examinando las diversas dimensiones que amenazan su estabilidad y proponiendo soluciones y direcciones hacia un nuevo modelo de gobierno abierto.

Para redundar en la calidad de la obra que vamos a analizar, cabe indicar que, además de la prolífica carrera de la investigadora en el derecho constitucional y, muy especialmente en este ámbito relativo a la mejora democrática, la transparencia y el gobierno abierto, del que dan buena cuenta otra monografía, también en la editorial Dykinson (*Gobierno abierto como oportunidad de cambio*, 2020), así como una cantidad ingente de publicaciones y ponencias, este trabajo es fruto del II Premio PARTICIPA para tesis doctorales sobre Participación, Gobierno Abierto e Innovación Democrática, otorgado por la Cátedra de Gobierno Abierto e Innovación Democrática de la Universidad de Zaragoza, lo que ya denota que estamos ante una obra de referencia si de derecho constitucional tratamos.

El primer capítulo, "Democracia en crisis", establece las bases para el análisis subsiguiente al explorar las raíces y la cronología del cuestionamiento de las democracias modernas. La autora plantea preguntas cruciales sobre por qué y cuándo surgió el escepticismo en torno a la democracia, proporcionando un contexto histórico y social esencial para comprender los desafíos actuales. Destaca, en esta parte de la obra, el meticuloso análisis que realiza de los movimientos sociales surgidos, sobre todo, en la segunda década del siglo XXI, analizando con rigor sus causas y motivaciones (página 43). Subrayamos, sobre todo, la atinada reflexión con la que cierra este capítulo al indicar que lo que se debate

"no es si dictadura o democracia", puesto que la democracia parece, en principio, vencedora de tal disputa, "sino la concepción por las nuevas generaciones de la existencia de un déficit en la democracia" (página 44).

Respecto del segundo capítulo, "El riesgo de creer que la democracia está plenamente consolidada", el enfoque se desplaza hacia la falsa creencia de que la democracia está inquebrantablemente arraigada. De hecho, en la página 45, encabeza este capítulo con una interesante reflexión que reproducimos a continuación:

"Si algo nos ha enseñado el devenir de la historia es que los conflictos bélicos siguen sucediéndose, que las crisis económicas son cíclicas o que, incluso, en pleno siglo XXI podemos vivir una pandemia que nos lleve a confinarnos durante semanas. En esta misma línea son muchos quienes afirman, con gran razón, que los derechos que tanto tiempo nos ha costado conseguir, pueden sufrir un retroceso o, en el peor de los casos, desaparecer, por lo que es un error darlos por consolidados".

En este capítulo, Montero investiga el poder de la información y la desinformación en la era digital, señalando cómo los medios de comunicación tradicionales y las redes sociales influyen en la percepción pública y en la toma de decisiones. Además, se examina el control del sistema electoral, la disminución de los mecanismos de participación ciudadana y la reducción de los contrapeos en el sistema político.

En cuanto al tercer capítulo, "España y su agenda de apertura gubernamental", la autora se centra específicamente en el caso de España, analizando su enfoque en la alianza para el gobierno abierto. Montero es una de las máximas expertas nacionales en la temática del gobierno abierto, por lo que sus investigaciones previas sobre este modo de afrontar las políticas públicas son insoslayables, y de ellos parte para profundizar en este análisis. Así, en su texto destaca la importancia de la transparencia como pilar fundamental del funcionamiento democrático de las instituciones, evaluando tanto los avances como las deficiencias en la implementación de políticas de transparencia. Especialmente relevante es el apartado relativo a la transparencia real en España (página 106) en el que describe con precisión la situación normativa y política de nuestro país en lo que concierne a la transparencia.

En el capítulo siguiente, "Otras agendas configuradoras de la nueva democracia", la profesora Montero explora agendas clave que configuran el panorama político actual, como la Agenda de Desarrollo Sostenible 2030 y el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. Este capítulo brinda una visión integral de cómo las cuestiones globales y nacionales están entrelazadas en la evolución de la democracia, aunque no se resiste a criticar la falta de ambición de los Estados por desarrollar planes de acción de mejora democrática. El inmovilismo generalizado en este sentido se sustenta en la inmediatez permanente del escenario electoral, situación que no favorece innovar y propiciar mejoras democráticas, sino tratar de revalidar el respaldo electoral de la ciudadanía con el menor de los desajustes posible. De ahí que Montero afirme que "solo cuando la gravedad de la situación lo requiere, o cuando es exigido por instancias supranacionales, se acometen las reformas necesarias para el avance del país y, por tanto, para el avance de nuestras democracias" (página 147).

Finalmente, en el último capítulo, que la autora titula "A modo de conclusión", resume las principales ideas discutidas en el libro y ofrece una visión hacia el futuro. Se aboga por la adopción de un "Estado Abierto", en la medida en que desde nuestra terminología al hablar de "gobierno" se restringe en uno de los poderes del Estado, cuando lo que se pretende es una acción global desde todos los flancos. Además se resalta la importancia de la transparencia, la educación

digital y la participación ciudadana en la construcción de una democracia robusta y adaptable a la era digital. Entre sus últimas ideas comparte el interés de que se sumen más entidades subnacionales a la Alianza para el Gobierno Abierto, principalmente apostando por las bondades que para la mejora democrática de Andalucía supondría, sosteniendo su argumentación en razones de peso, como las que presenta en la página 160:

"Especialmente Andalucía debería ser uno de los próximos territorios que integren esta Alianza valiéndose de su experiencia como uno de los primeros territorios que aprobó una ley de transparencia propia, así como su bagaje en la aprobación de normas avanzadas sobre participación y espacio digital. Todo ello, unido al hecho de que es el territorio más poblado de España y que ocupa un enclave geográfico estratégico a nivel internacional, conforman los ingredientes perfectos para que sea el próximo territorio que debería incorporarse a la AGA para poder, también cuanto antes, elaborar su primer Plan de Acción".

En resumen, *Democracia en transición: una agenda para su regeneración* es una obra detallada y perspicaz que aborda los desafíos y las oportunidades que enfrenta la democracia moderna, especialmente en el contexto de España. Así, Montero proporciona un análisis profundo y bien fundamentado de cuestiones cruciales como la desinformación, la transparencia y la participación ciudadana, y presenta perspectivas convincentes sobre cómo avanzar hacia una nueva forma de gobierno abierto en la era digital.



# Concepción Campos Acuña (dir.): *Aplicación práctica y adaptación de la protección de datos en el ámbito local*, Madrid, Wolters Kluwer, 2019, 777 págs.

**JAIME CLEMENTE MARTÍNEZ**  
Profesor de Derecho Constitucional  
Universitat Rovira i Virgili

El libro *Aplicación práctica y adaptación de la protección de datos en el ámbito local. Novedades tras el RGPD y la LOPDGDD*, dirigido por Concepción Campos Acuña, realiza un profundo y completo análisis de cómo la nueva normativa en materia de protección de datos ha supuesto un cambio de paradigma en las entidades locales españolas. El manual se compone de diversos capítulos donde diferentes profesionales exponen, desde una perspectiva eminentemente práctica, los principales retos en esta materia que deben afrontar dichas entidades locales, incluyendo además en cada capítulo un apartado que recoge las preguntas frecuentes que se suelen producir en ayuntamientos españoles y cuál es su respuesta práctica, otro de jurisprudencia aplicable a cada capítulo e incluso un *checklist* que pueden utilizar los operadores jurídicos de las entidades locales para verificar el cumplimiento de la protección de datos. Así pues, este libro se compone de seis partes que incluyen un total de diecinueve capítulos que estudian todo lo relativo a la protección de datos personales que puede resultar de aplicación al ámbito local.

En la primera parte del encontramos un exhaustivo análisis del RGPD, partiendo de un análisis de los principios generales de esta norma, así como de la ley orgánica española en la materia, que realiza José Julio Fernández, donde se expone el derecho a la protección de datos como derecho fundamental y los principios relativos al tratamiento de dichos datos. El autor aborda, entre otros, elementos clave en esta materia como son la cuestión del consentimiento o el tratamiento realizado en interés público, todo ello aspectos fundamentales en relación con este derecho fundamental. En este análisis se advierte de la necesidad de que los operadores jurídicos presten especial atención para la correcta aplicación de estos principios del RGPD y la LOPDGDD, debido a la "deficiente técnica legislativa que dificulta su interpretación" (p.62). Prosigue Luis Míguez con un estudio de la normativa española con implicaciones en materia de protección de datos, que recoge normas diversas como las del



ámbito de las telecomunicaciones del comercio electrónico, así como otras normas sectoriales afectadas por la protección de datos como pueden ser de protección de menores en materia sanitaria o videovigilancia. El autor concluye, como aspecto a destacar, que el reglamento, a través de su art. 6.1, permite una cierta "relativización del principio general del consentimiento" (p. 92). Para finalizar esta primera parte del manual la propia directora, Concepción Campos, estudia las finalidades y bases jurídicas de los tratamientos de datos que realizan las entidades locales y lleva a cabo un estudio pormenorizado de las posibilidades de dicho tratamiento que efectúa el RGPD así como las especialidades que existen en la administración. La autora no se olvida de la posibilidad de la cesión de datos entre diferentes administraciones, ni tampoco de las categorías especiales de datos. De igual modo, se realiza un análisis de cómo utilizan los datos las entidades locales en base a las competencias establecidas en la LRBRL y otras normas aplicables a estas, como, por ejemplo, aquellas relativas a las haciendas locales o al estatuto de los empleados públicos. Resulta especialmente útil el apartado de recomendaciones prácticas de la autoridad de control, donde se analizan elementos estrechamente relacionados con el tratamiento de datos personales, como pueden ser el principio *Once & Only* para evitar las solicitudes documentación a las personas interesadas que ya fue aportada por las mismas a la administración, o incluso la necesidad de utilizar un lenguaje claro y sencillo en la elaboración y redacción de las páginas web y documentos de la administración. Recuerda, asimismo, que estos son elementos que las entidades locales no deben olvidar tampoco a la hora de realizar la planificación y gestión de los procesos donde se gestionan datos personales. Finalmente, se indica una referencia al régimen sancionador

La segunda parte del manual aborda el catálogo de derechos existente en materia de protección de datos tras la reforma operada por el RGPD y la LOPDGDD en 2018, que ha llevado a cabo una transición de los derechos ARCO y ha incluido el derecho al olvido en la gestión pública local. Se inicia dicho estudio de la mano de Eduard Chaveli y Patricio Monreal, que abordan cómo las personas interesadas pueden acceder a los datos de los expedientes. Asimismo, se estudian los derechos de acceso, rectificación, supresión oposición, portabilidad y limitación, así como las posibles excepciones a los mismos. Se prosigue con un análisis del derecho a la neutralidad y el acceso universal a Internet, así como de la seguridad digital u otros aspectos relevantes como los derechos digitales en el ámbito laboral, donde se incluyen cuestiones de actualidad como la posible localización en el ámbito del trabajo o el derecho a la desconexión digital, el cual fue incluido como tal en la nueva LOPDGDD. Continúa esta segunda parte del manual con un capítulo de la mano de Ascensión Moro sobre el tratamiento concreto de datos en el ámbito local con fines de archivo y estadística, hecho que no deja de suponer un reto para la administración, que deberá incluir la protección de datos desde el momento del diseño en todos los proyectos que ejecute. Finaliza esta segunda parte del manual con un estudio sobre la transferencia internacional de datos y su impacto en las entidades locales, a cargo de Miguel Ángel Lubián, que incluye casos particulares sobre cómo dicha transferencia internacional puede afectar a las entidades locales, como por ejemplo, el servicio de correo electrónico o las copias de seguridad. Un trabajo donde el autor pone en valor el papel del Esquema Nacional de Seguridad para evitar riesgos en materia informática que puedan afectar al derecho fundamental a la protección de datos.

La tercera parte de este libro estudia los aspectos estratégicos en el nuevo modelo de protección de datos y hace una especial referencia al delegado de protección de datos. Lluís Sanz realiza un estudio de las medidas organizativas

para la implementación de la protección de datos personales, como son el registro de tratamiento, que define como piedra angular del principio de responsabilidad. A continuación, David Povedano analiza la responsabilidad activa en la protección de datos y expone la adaptación del reglamento europeo al ámbito local, así como las funciones y obligaciones del tratamiento. Destaca también la propuesta del autor sobre la modificación de la gestión de datos personales a raíz del completo cambio producido en esta materia. Prosigue esta parte con un análisis del delegado de protección de datos que realizan Borja Adsuara y de nuevo David Povedano, que abordan aspectos tan esenciales como las funciones del procedimiento de nombramiento del delegado de protección de datos, e incluso los esquemas de certificación asociados al mismo.

La parte cuarta del manual aborda la interacción normativa entre transparencia, administración electrónica y protección de datos, un aspecto esencial en la medida en que no siempre la aprobación de normativas sobre publicidad o la tramitación electrónica de expedientes tiene una fácil compatibilidad con la normativa existente en materia de protección de datos. Así pues, en primer lugar, Javier Peña aborda el papel de las diputaciones en ayudar al cumplimiento del RGPD y la LOPDGDD en los municipios de menor tamaño con la finalidad de que se ponga en valor el doble papel de estas entidades locales supramunicipales de no solo cumplir adecuadamente con la normativa en materia de protección de datos, sino también de apoyo a las entidades locales para que cumplan dicha obligación. Prosigue un análisis sobre cómo debe producirse la protección de datos en la tramitación electrónica de los procedimientos de la mano de Ana Marzo, que destaca la necesidad de que exista una responsabilidad proactiva de las entidades locales en materia de protección de datos, de "no solo cumplir con lo establecido en el RGPD, si no ser capaz de demostrarlo" (p. 510). Concepción Campos, por su parte, avanza en esta relación entre transparencia y protección de datos en un capítulo donde se abordan las principales problemáticas en materia política activa y pasiva cuando se pone en juego el derecho fundamental a la protección de datos y muestra las principales claves para resolver el conflicto, cuya dificultad "estriba en encontrar el justo equilibrio entre el interés del afectado en salvaguardar su intimidad y la carga que la obligación de dicha información pudiera generar en el responsable del tratamiento" (p. 547). Finaliza la parte cuarta con un análisis de casos prácticos en materia de protección de datos y transparencia de la mano de Javier Brines, con la inclusión de ejemplos tan útiles como la posibilidad del acceso a datos del registro de entrada por parte de concejales, o a información de retribuciones del personal, entre otros. De esta forma, el autor pone de nuevo de manifiesto la necesidad de realizar una protección de datos desde el diseño para conjugar adecuadamente con los derechos de acceso que, en el caso de cargos electos, está ligado incluso al derecho fundamental a la participación política del artículo 23 de la Constitución.

La parte quinta del manual se refiere a la gestión de riesgos y dificultades en el ámbito local, donde se pone en valor el Esquema Nacional de Seguridad y los controles que le sean aplicables, de la mano de Ignacio Alamillo. A continuación, José Luis Rivas incide también en la necesidad de realizar una auditoría de seguridad de datos con un análisis de los diferentes riesgos que pueden existir y los diferentes elementos que tienen que componer los procesos de auditoría en materia de seguridad de datos personales.

En la última parte del manual, la parte sexta, se aborda las autoridades de control en el RGPD a cargo de Daniel Neira, que expone las principales funciones del Comité Europeo de Protección de Datos y la labor que desempeñan las autoridades españolas de control. Laura Davara, a su vez aborda las novedades

que se han incorporado en el régimen sancionador derivadas en este sentido del RGPD.

Finalmente, el manual se cierra con un epílogo y adenda de la LOPDGDD donde Rafael Jiménez Asensio debate sobre los profundos cambios que la revolución tecnológica está produciendo en la administración y cómo ello afecta, inevitablemente, a la protección de datos, hecho que requiere un proceso de adaptación que se presume largo pero que resulta necesario para garantizar este derecho fundamental.

En conclusión, podemos afirmar que el manual supone una herramienta de gran trabajo para los operadores jurídicos de las entidades locales que quieran aplicar y verificar adecuadamente el cumplimiento de la normativa de protección de datos surgido a raíz del RGPD y la LOPDGDD. Un libro con un eminente componente práctico donde no solo se abordan las principales corrientes doctrinales en la materia, sino que se hace "un aterrizaje" a la práctica diaria de gestión en ayuntamientos y diputaciones para conocer las principales problemáticas que se suscitan a la hora de ponderar los datos personales y cuáles son las principales soluciones que los autores y las autoras del libro proponen. En definitiva, un manual esencial para garantizar el adecuado cumplimiento del derecho fundamental la protección de datos en un mundo local cada vez más complejo.

# Jorge Castellanos Claramunt: *La participación ciudadana en el ámbito local. La integración democrática de lo local y de lo global en la era digital*, Valencia, Corts Valencianes, 2020, 172 págs.<sup>1</sup>

**MARÍA GUADALUPE IMORMINO DE HARO**  
Academia Interamericana de Derechos Humanos  
Universidad Autónoma de Coahuila

Es innegable que uno de los grandes retos de la época actual es la promoción y eventual consolidación de una democracia que posibilite que cualquier persona tenga la oportunidad de incidir en la toma de decisiones relacionadas con su propio entorno. La complejidad de este desafío aumenta si se tienen en consideración los cambios ocasionados por el fenómeno de la globalización en la vida política, social, cultural y económica como consecuencia de un mundo cada vez más conectado en el cual la transmisión de la información, incluso en tiempo real, es cada día más fácil. Una de las consecuencias de este entorno global en el quehacer democrático es que muchos de los problemas más relevantes para una comunidad local tengan alcances globales.

Como corolario de lo anterior, las estrategias de respuesta ante el desafío democrático de una mayor incidencia en la toma de decisiones en el propio entorno requieren de la creación de políticas de gobernanza específicas que partan desde lo local, pero que al mismo tiempo sean capaces de impactar en el ámbito global y viceversa. Con base en el contexto anteriormente descrito, resulta razonable afirmar la necesidad de emprender un estudio pormenorizado acerca de la integración democrática de la esfera local y la global en la era digital a través de su piedra angular: la participación ciudadana.

Es precisamente en este escenario tan específico como trascendental, en el que se ubica la obra: "La participación ciudadana en el ámbito local. La integración democrática de lo local y de lo global en la era digital" escrita por el Prof. Dr. Jorge Castellanos Claramunt, quien en los últimos años se ha consolidado como una de las voces autorizadas en el tema de participación

---

1 Prólogo de Vicente Garrido Mayol.

ciudadana. La afirmación anterior se sostiene en sus numerosas publicaciones en el tema tanto en revistas indexadas, obras colectivas y libros, así como la organización y participación en foros de relevancia internacional.

El texto que se recensiona deriva de su tesis doctoral titulada: "Participación ciudadana en la era digital: posibilidades y riesgos", la cual fue defendida a finales del año 2019 en la Facultad de Derecho de la Universitat de Valencia, y que cabe destacar, fue merecedora a la máxima calificación posible: Sobresaliente con mención *Cum Laude* y Doctorado Internacional. Lo anterior, sin duda nos deja entrever la trascendencia e importancia del texto que comentamos.

Ahora bien, la obra se divide en cuatro capítulos, los cuales tienen como eje transversal la participación ciudadana. En el primer capítulo se desarrolla el concepto de participación ciudadana, debiendo destacarse la perspectiva humanista del texto al hacer referencia a las implicaciones que la participación ciudadana tiene con respecto a la libertad de desplegar acciones que les son valiosas a cada uno como persona. Sumado a lo anterior, se analiza la relación del concepto de participación ciudadana con otros conceptos afines. Específicamente se analiza la participación ciudadana como el impulso evolutivo de la democracia, sin dejar de lado sus presupuestos básicos: una ciudadanía empoderada, la existencia de información habilitante para la participación ciudadana y, por supuesto, la valoración de la deliberación participativa como una aspiración democrática por los distintos agentes intervinientes en el proceso participativo. Asimismo, se señalan como los principales vehículos de la participación ciudadana a las asociaciones civiles y los partidos políticos y, por ende, se aborda la relación de la representación política con los mecanismos de participación ciudadana directa.

Sumado a lo anterior, se indaga sobre temas relacionados con los retos y aspiraciones que plantea la participación ciudadana. Como uno de los retos se señala la desconfianza que se tiene respecto a la participación ciudadana en atención a la imposibilidad de lograr un consenso real, así como el recelo que suele ocasionar la figura del *free rider*. Como parte de las aspiraciones que impulsa la participación ciudadana se destaca el buen gobierno, que permite la creación de un espacio social para la expresión, organización y ejercicio de los derechos y deberes ciudadanos.

En el segundo capítulo de la obra se aborda la perspectiva normativa de la participación ciudadana. Antes de desarrollar el análisis normativo y jurisprudencial español y valenciano en materia de participación ciudadana, el autor deja en claro una de las premisas más importantes de su trabajo: la participación ciudadana es, por encima de todo, un derecho humano. Como consecuencia, en este apartado también se analizan los documentos internacionales que tutelan el derecho a la participación ciudadana.

En el tercer capítulo, relativo a la participación ciudadana en el ámbito local, se resalta la importancia del poder local como un nivel de gobierno absolutamente necesario para el adecuado desarrollo de las políticas y programas públicos derivado de su proximidad con las personas. Asimismo, se reseñan una serie de instrumentos y herramientas relacionadas con la transparencia y la participación local, así como las funciones que estas atienden. De igual forma se conceptúa al ámbito local como una arena de deliberación de los distintos procesos de transformación en el mundo. Como consecuencia, como parte del epígrafe se desarrolla el fundamento y contenido de algunos de los derechos de participación en el ámbito local, tales como el derecho a promover iniciativas ciudadanas, el derecho de audiencia, el derecho de petición y a las consultas populares.

El último capítulo —en mi opinión el más atrayente—, se dedica a la incidencia de Internet y las nuevas tecnologías de la información y la comunicación (TIC)



en la participación ciudadana. En él se aborda el cambio de los términos y condiciones en los

que la democracia solía operar en atención al constante desarrollo de Internet y las TIC. Particularmente se dejan entrever algunas conclusiones si bien lógicas, especialmente llamativas, tales como: el incremento del protagonismo de las personas y la inevitable decadencia de los mediadores, el riesgo de la aparición "fugaz" de la democracia electrónica si es pensada únicamente desde el aspecto formal, la posibilidad de la *infoxicación* de la ciudadanía ante las grandes cantidades de información que posibilita el uso del Internet, la entrada masiva de nuevos emisores de contenido político que termina por exacerbar la inercia estructural que lleva a dar prioridad a lo espectacular, lo divertido, lo simple y lo conflictivo conllevando la banalización de la política no solo en los medios digitales sino también en los tradicionales, la "glocalización" de la política en atención a que lo local se convierte en global y viceversa, la posibilidad que el uso de internet y las Tic sirvan como una fuente o causa de exclusión al generar una barrera que incrementa los problemas de marginación o lo que es lo mismo la integración negativa de la sociedad, entre otras.

Como una de las conclusiones de la obra se subraya la necesidad de la existencia de canales permanentes de participación ciudadana como uno de los elementos claves para consolidar los principios del gobierno abierto, lo que sin duda conduciría a una mejor y mayor participación ciudadana auspiciada por el Internet y las nTic.

Con base en todo lo anteriormente expuesto, se recomienda la lectura del texto a toda persona que tenga intención de familiarizarse con el tema de la participación ciudadana y sus distintas implicaciones en la era digital.



# Adrián García Ortiz: *Orden público y Unión Europea. Una contribución a la construcción constitucional europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, 572 págs.

**RUBÉN MARTÍNEZ DALMAU**

Catedrático de Derecho constitucional  
Universitat de València

Quizás por su compleja teorización o posiblemente a causa de la relación con otras nociones de recuerdo poco grato en nuestra historia reciente —como el de seguridad pública— el concepto *orden público* no ha contado en nuestro país con un desarrollo doctrinal acorde con su importancia en el ordenamiento jurídico, el funcionamiento ordinario de las instituciones democráticas, y la garantía de los derechos constitucionales. Si, además, lo relacionamos con un proceso de integración determinante en los Estados de nuestro entorno como es la Unión Europea, el resultado es el libro que tenemos en nuestras manos: el trabajo más profundo que se ha realizado hasta la fecha sobre el orden público y su relación con la construcción europea.

Su autor es Adrián García Ortiz, profesor de la Universitat d'Alacant, y el trabajo es fruto de su tesis doctoral. García Ortiz es tributario de un núcleo de investigadoras e investigadores en Derecho constitucional bien cohesionado y productivo, que desde Alicante nos han proporcionado importantes aportaciones a la disciplina. La Universitat d'Alacant, de hecho, coedita con Tirant esta amplia monografía de casi seiscientas páginas que pasará a ser un referente en la materia.

La monografía consta de cuatro partes que desarrolla el trabajo sobre el orden público de lo conceptual a lo específico y, en los estudios de caso, de lo particular a lo general. En la parte metodológica el autor circunscribe su investigación y determina su enfoque, el crítico, con amplias referencias a los autores que en la doctrina española ha encabezado el profesor Carlos de Cabo y, en el ámbito de la Universidad de Alicante, el profesor José Asensi. Se desarrollan de esa manera los mimbres que compondrán la compleja relación de argumentos, y que se realizan desde la transcendencia del enfoque histórico, la incorporación de la perspectiva de género, la militancia académica a favor del constitucionalismo social y el análisis crítico del proceso europeo en relación con los derechos sociales.

Porque la tesis de García Ortiz puede destacarse entre otras cuestiones por su carácter propositivo: el concepto de orden público haría viable la dogmatiza-

ción del espacio constitucional europeo en los términos propios del constitucionalismo social. Se trata, afirma el autor, de trasladar el concepto "orden público" desde la teoría constitucional estatal al nivel de ejercicio del poder que constituye la Unión Europea. El autor es consciente de que la propia evolución europea, que ha enfrentado momentos difíciles en su devenir, se encuentra desde hace años en una encrucijada decisiva: la de avanzar hacia la protección de los derechos o correr el riesgo de paralizarse. De ahí la propuesta del libro: la garantía de los derechos en el marco europeo avanzaría hacia un espacio constitucionalizado propio europeo, y un *orden público europeo* arrastraría hacia ese objetivo.

Todo el primer capítulo está destinado a una revisión y reconstrucción del concepto *orden público*. El autor desarrolla los orígenes históricos del concepto y sus dimensiones positiva y negativa en sus vertientes interna y externa. Realiza un esfuerzo particular en deslindar el término de significantes similares, en particular *seguridad pública*. El orden público se relaciona directamente con el normal funcionamiento de las instituciones constitucionales, con la vigencia de los derechos y, con ello, con la fundamentación constitucional: es el fundamento dogmático del ordenamiento constitucional, está directamente imbricado con la legitimidad democrática, y funge de consolidación de la identidad constitucional en relación con la adhesión a los valores y principios propios del constitucionalismo.

A continuación el autor desarrolla, con buena pluma y desde una revisión exhaustiva de la literatura, la construcción histórica, jurídica y doctrinal española del concepto *orden público*. Lo hace sin perder la perspectiva crítica y argumentando el análisis dogmático del concepto *orden público* en la Constitución de 1978 y en la legislación. La función delimitadora del concepto por parte del Tribunal constitucional y del Tribunal Supremo compone una parte importante de la investigación; el autor maneja la jurisprudencia y dota de cohesión a unas decisiones que, tomadas en singular, difícilmente podrían ser comprendidas.

En la segunda parte del libro es sin duda donde se encuentra el mayor aporte del trabajo: la relación entre *orden público* y Unión Europea. La revisión doctrinal en este ámbito es amplia, y el análisis dogmático en el Derecho originario y en el derivado es también exhaustivo; se traslada así la metodología utilizada en el análisis del Derecho español. La parte que suscita más interés es el análisis y clasificación de la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Analizando y clasificando una treintena de sentencias de este Tribunal, García Ortiz establece los periodos en los cuales puede categorizarse la evolución de la doctrina del Tribunal de Luxemburgo, y cómo en este marco se detectan las variaciones y permanencias en el concepto europeo de orden público desde la decisión jurisprudencial.

El libro finaliza con su parte propositiva: la construcción de un concepto europeo de orden público, y las posibilidades y alternativas que lo fundamentan. El modelo propuesto es el del Consejo de Europa y el Convenio Europeo de Derechos Humanos, cuyos contenidos, explica, pueden servir de guía para el avance del propósito en el marco de la Unión Europea.

En definitiva, en la doctrina europea en general y española en particular se había echado de menos un trabajo sobre el concepto de orden público de la dimensión y profundidad que nos ofrece García Ortiz. La monografía no solo será de relevancia en el ámbito doctrinal constitucional general y español, sino que sucederá lo mismo en el marco de los estudios europeos y sobre la consolidación del proceso de constitucionalización de la Unión Europea.

# Jorge García Contell: *Democracia cronometrada*, Tarragona, Ediciones Fides, 2019, 158 págs.

**REMEDIÓ SÁNCHEZ FERRIZ**

Catedrática emérita de Derecho  
Constitucional  
Universitat de València

Llega a mis manos con cierto retraso un librito en el que he encontrado elementos de gran interés y coincidentes con mi pensamiento, que no he llegado a desarrollar como el Autor, pero sí he ido dejando algunos aspectos mencionados en mis trabajos publicados en los últimos años. Además, me llama la atención porque en un reciente curso de la *Nau Gran* un alumno bastante experimentado me insistió en varias clases en que él veía la solución a muchos de nuestros problemas en la limitación temporal de los mandatos. Yo le solía contestar con el ejemplo de Suiza en el que disponen de un *parlamento militia* y los representantes no suelen llegar a profesionalizarse como políticos.

El libro está muy bien escrito y estructurado, con gran cortesía hacia el lector (como yo hubiera dicho de ser una Tesis de la que formara parte del Tribunal). Por lo demás su objetividad es loable al no importar las preferencias ideológicas del Autor que desconozco, aunque desde sus primeras palabras deja sentir su preocupación por evitar o paliar lo más posible su posición ideológica y por ser objetivo en la finalidad última del trabajo: conocer la incidencia que la limitación de mandatos puede tener en la mayor o menor corrupción política.

Naturalmente, se advierte el conocimiento del Derecho Constitucional, aunque no pueda decirse que estemos ante un trabajo estrictamente doctrinal sino de observación de la realidad española con la que se desarrolla el primer Capítulo. Llama la atención sobre la inexistencia en nuestro constitucionalismo de preceptos expresos que limiten mandatos (salvo la referencia indirecta y ambigua del art. 110 de nuestra Constitución de Cádiz). Ello sin perjuicio de la existencia de algún documento político que restringe el mandato del Presidente del Gobierno a 2 como máximo. Debo decir aquí que ello no es muy coherente con nuestro sistema parlamentario como también en otras ocasiones he escrito. Cuestión distinta es que ello sea una decisión personal como fue la del Presidente Aznar previamente anunciada.

Con todo, el problema realmente se planteaba en el ámbito autonómico donde los mandatos en algunos casos se han eternizado y se han ido plan-



teando propuestas (que expone el autor en pág. 20 y ss) en la medida en que casos tan paradigmáticos como Andalucía o Cataluña resultaron ser ámbitos de escandalosa corrupción tras muchos años de gobierno. Naturalmente. el debate se desarrolló con fuerza al aparecer en el escenario político los nuevos partidos emergentes (Ciudadanos y Podemos) sin que los grandes partidos dejaran de tener en cuenta la importancia de la vía técnica a aplicar que no podía limitarse a la reforma de la Ley(es) de Gobierno, sino que afectaba y requería la reforma constitucional o, cuanto menos, estatutaria (págs. 27-28) como resultó el motivo de que no prosperara en el caso de la Asamblea de Madrid.

El Capítulo segundo se ocupa de las experiencias comparadas: "¿Qué hacen en otros países? Y la primera mención es de gran interés por referirse a EEUU. Es fundamental en el caso americano conocer cómo la realidad constitucional se ha construido sobre el pragmatismo que ha llevado a mutaciones de gran enjundia, nada baladíes (de las que se ha ocupado con gran éxito Ackermann). Este que tratamos es un ejemplo pues se produjo por decisión personal del presidente Washington que fue imitado por todos sucesores hasta que las excepcionales circunstancias de la última década de la primera mitad del siglo XX aconsejaron su formalización, en 1951, a través de la Enmienda XXII.

Como ya he aludido, es más lógico que ello ocurra en un sistema presidencialista en el que los poderes del ejecutivo unipersonal son enormes. Pero sabemos bien que a mayor poder mayor limitación de mandato. De ahí que en el sistema parlamentario todo se fie al mantenimiento de la confianza del parlamento en el presidente que se designa mediante la investidura.

Cuestión distinta es que, en los sistemas parlamentarios, y en especial en nuestro caso, el presidente del Gobierno haya ido adquiriendo tales niveles de poder que bien podría replantearse las cuestiones en función de su imparable fortalecimiento al que contribuye no solo la confianza parlamentaria sino también su condición de líder del partido ganador (aunque también esto se está poniendo ahora en tela de juicio por la mal entendida *matemática parlamentaria*) y el fenómeno del personalismo.

Al autor le parece casi una rareza la limitación de mandatos parlamentarios al observar que solo se contemplan en cuatro casos que nos expone: Costa Rica, Filipinas, México y EEUU (en las Asambleas estatales, no en todas, pero parece que se van extendiendo progresivamente las técnicas de la limitación). Nos recuerda que la imitación del caso norteamericano hizo que muchas constituciones del Sur contuvieran límites temporales.

Pero frente a esta realidad formalizada, aunque sin grandes excesos, pasa a exponernos los polémicos intentos de todos conocidos que se han planteado en Hispanoamérica proponiendo reformas constitucionales y/o referenda con el claro propósito de que se reelijan los presidentes en ejercicio que, obviamente son quienes pretenden continuar (págs. 34 y ss.). No en vano sintetiza el fenómeno como regreso del caudillismo hispanoamericano destacando los casos de Venezuela, Ecuador, Bolivia y Nicaragua.

Sin duda el cuerpo de mayor interés se contiene en el tercer Capítulo al entrar en el detalle de si es posible en España el cambio, si es constitucional y que nos aportaría. Y creo que el planteamiento es impecable pues precisa que, si se trata de evitar la permanencia de las élites y de lograr su renovación, no basta con una limitación simple de mandatos si no va acompañada de la interdicción así mismo de que los mismos representantes pasen de una institución a otra como actualmente ocurre y, acompañada además de la prohibición de lo que se conoce como "puertas giratorias" en cuya virtud importantes políticos dejan de serlo para ocupar Consejos de administración de grandes y significadas empresas. Naturalmente, en uno y otro caso seguiríamos con la

permanencia de las élites y, lo que es peor, con la mezcla de intereses públicos y privados.

El carácter práctico que el Autor desea dar a su obra le lleva a enumerar los presidentes habidos en España para concluir que no somos dados a superar los 8 años con la excepción de Felipe González que reunía, junto a su propio carisma, la necesidad de poner en marcha el desarrollo constitucional. Sin embargo, no cabe decir lo mismo de las Comunidades Autónomas en las que los mandatos han sido en general más largos y hasta excesivos algunos. Pero esta generalidad también le permite afirmar que no cabría deducir una relación directa entre la corrupción y los mandatos prolongados (p 62)

A tal efecto menciona tres casos claros de corrupción que coinciden con mandatos cortos: "Bochornoso, qué duda cabe, pero a los efectos del presente estudio es un magnífico ejemplo de cómo la brevedad del paso por el poder, por sí sola, no garantiza la honradez del gobernante" (pág. 63). Ello no obstante no puede dejar de referir 3 casos que excepcionan la citada afirmación con verdadero escándalo: el de Gabriel Canellas como presidente de Baleares durante 12 años, el de Pujol en Cataluña a la que presidió durante 23 años, y el caso andaluz en el que Chaves se mantuvo en la presidencia 19 años. No olvida los casos valencianos relacionados con Zaplana y con Camps.

Pero al Autor le llama la atención, que yo comparto, el hecho de que cuando se exige el establecimiento de límites temporales se refieran solo a las cúpulas cuando no han sido pocos los casos en que la corrupción ha partido de un segundo o tercer rango sin que se haya visto afectado el jefe del ejecutivo.

En lo que se refiere a la experiencia parlamentaria observa que, en las 12 primeras Legislaturas, contando con la constituyente, han ocupado escaño 2.472 representantes en el Congreso siendo 610 los que han superado las dos Legislaturas y siendo la media en este último caso, de 4 Legislaturas. A continuación, enumera todos aquellos Diputados que estuvieron desde 11 Legislaturas, en forma descendente (10, 9, 8, y 6) para llegar a la conclusión que se pueden contar con los dedos de una mano quienes, habiendo sido más longevos en el Congreso, se hayan visto imputados y, en todo caso (de los cuatro casos que refiere) por causas no relacionadas con su condición de parlamentarios.

El caso Gürtel merece especial atención para el Autor porque no solo llegó a afectar la credibilidad del Partido Popular en forma clara, sino también porque fue el detonante que acabaría siendo aprovechado para plantear y ganar Pedro Sánchez la única moción de censura que ha tenido éxito en nuestra vigencia constitucional. Pero con ello no pierde el hilo del discurso ni el objeto concreto de la reflexión: "Esta circunstancia nos interesa extremadamente a la hora de analizar la relación entre la repetida reelección de miembros del Parlamento y el surgimiento de redes clientelares y tramas corruptas" (pág. 79).

Y con tal intención enumera a los condenados observando que no tienen relación ni ellos ni sus condenas con el tiempo transcurrido en la Cámara. Incluso, de apurar el análisis, los hechos probados y las condenas son inversamente proporcionales a la duración de dicha permanencia parlamentaria. Más aun, precisa que las imputaciones no tuvieron que ver con su condición de parlamentarios (no usaron medio material alguno de la Cámara) puesto que los hechos se desarrollaron en torno a la burocracia contable del partido y en las administraciones que adjudicaban obras y servicios.

Afirma el Autor que no ve riesgo en el régimen parlamentario de 1978, al menos en lo que se refiere a la causa de la corrupción: "decididamente la corrupción no es en este momento fuente de inestabilidad significativa para el sistema político" (pág. 83). Y a tal conclusión llega desde un análisis empírico, no solo de todos los casos que ha ido mencionando, sino también de las es-

estadísticas que consulta y refiere a partir del CIS y otros institutos extranjeros.

Puedo compartir la idea del autor y tratándose de que se fundamenta en datos empíricos no puede ser de otro modo. Sin embargo, tengo la convicción de que no tanto la corrupción sino el desprecio al texto constitucional y la degradación progresiva de las instituciones, tal como la estamos viviendo, procede de una implacable *partitocracia* (que desconoce los términos del art. 6 CE) en la que apenas se advierte el sentido de Estado ni la defensa del interés general.

Por ello, me satisface advertir que, ya en pág. 87 entra el Autor en la consideración de lo que suponen los partidos políticos, de su coste público, y del beneficio que para ellos han aportado las nuevas tecnologías. La segmentación del cuerpo electoral por afinidades permite elaborar mensajes para cada grupo: "mensajes políticos a la carta", sin que importe mucho el coste excesivo de la utilización de los nuevos sistemas tecnológicos para los que los partidos habrán de buscar financiación.

Acudiendo a casos de Estados federados en EEUU observa que la limitación del mandato parlamentario no ha dado buenos resultados donde se ha establecido. A partir de ahí, se nos exponen las distintas posiciones de quienes creen que para introducir limitaciones en nuestro caso se ha de reformar la Constitución o bastaría con la reforma de la LOREG en materia de inelegibilidades, o incluso, la Ley del Gobierno. Por encima de estas cuestiones técnicas se ha de recurrir al fundamento, no solo de los derechos fundamentales (políticos) afectados, sino a la esencia democrática del régimen. Y desde el texto constitucional resulta difícil (y hasta podría ser demagógico) sostener la introducción de una técnica impropia del parlamentarismo en lo que se refiere a los tiempos del ejecutivo, tanto más si contamos, como es el caso, con la moción de censura (pág. 104).

No puedo sino insistir en lo dicho al principio, el Autor es objetivo y riguroso sin rebasar la perspectiva escogida para su exposición. Sin embargo, yo diría que es optimista y muy confiado en la capacidad del poder judicial para salir al paso de abusos (tal vez los casi 4 años de existencia de la publicación no han permitido observar las últimas crisis también en esta institución). Y también considero que es muy positivo su relato en cuanto a las posibilidades del Parlamento para frenar todo desacato grave del ejecutivo en estos momentos en que la matemática parlamentaria de *la mitad más uno* es posible producirse sin respeto a la coherencia que todo gobierno parlamentario suele tener.

Con todo ha valido la pena, y mucho, la lectura que recomiendo a quienes deseen conocer el tema concreto en profundidad.

# Remedio Sánchez Ferriz: *Estudios sobre las libertades públicas en el ordenamiento constitucional español (La voz de la sociedad civil)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, 379 págs.

PABLO TORRES MÉNDEZ

Es probable que hayan leído recientemente acerca de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el Convenio Europeo de Derechos Humanos o la interpretación de "Estado de Derecho" en el artículo segundo del Tratado de la Unión Europea. Es evidente que tales textos generan un inmenso debate académico y jurisprudencial. Sin embargo, como dirían los antiguos sabios, en ocasiones queremos llegar a la Luna sin conocer nuestra Tierra. Y esto no sólo ocurre con cuestiones que pudieran parecer baladíes, sino con el propio conocimiento de los derechos y las libertades garantizados por nuestro texto constitucional.

Encontrar afirmaciones como "todos los derechos constan de límites en su ejercicio" o "ningún derecho tiene un carácter ilimitado" es, hoy en día, algo habitual. Dichas manifestaciones no reflejan sino un claro recurso a la generalización para abstraerse de la profundidad del ejercicio intelectual que requiere el arrojar algo de luz a la cuestión de la necesaria distinción entre los derechos y libertades comprendidos en el Título I de la Constitución. Es, sin duda alguna, la reciente nueva edición de la obra de Remedio Sánchez, una cita necesaria para cualquier lector interesado en el conocimiento de las bases de todo sistema constitucional y en particular del engranaje de derechos y libertades fundamentales.

De considerar en igualdad a todos los derechos reconocidos constitucionalmente, estaríamos faltando a la racionalidad y obviando la voluntad del constituyente. Es por ello que, como sostiene su autora, una precisa distinción debiera hacerse —y no olvidarse— entre los Derechos constitucionales, esto es, todos aquellos reconocidos por nuestra Carta Magna "aunque en grados bien distintos"; y por otro lado, los Derechos (realmente) fundamentales, que no son otros que los comprendidos exclusivamente en la sección 1ª del capítulo II de la Constitución —entre ellos, el derecho a la vida y a la integridad

física y moral, la libertad ideológica y religiosa, el derecho de circulación por el territorio nacional, o los derechos de reunión y de asociación—.

De la lectura de las más grandes voces del constitucionalismo español no es posible, sin embargo, encontrar una postura o frente común ante el dilema en el que nos encontramos. Si bien a ello no ayuda la imprecisión terminológica de nuestro texto constitucional, autores como Peces Barba<sup>1</sup> hacen uso del término derechos fundamentales con carácter general. Otros como Cruz Villalón atienden a únicamente —pero a todo—, el capítulo II del Título I. Por otro lado, la vía promovida por Sánchez Ferriz y Prieto Sanchís<sup>2</sup> defiende la terminología de derechos constitucionales para todos aquellos presentes en nuestro texto constitucional —dando por hecho la imposibilidad lógica de valorar a todos por igual, y por tanto, que no todos ellos tienen o deben ser considerados como fundamentales—.

De así hacerlo, sucedería lo que Díez-Picazo calificaba como "inflación de derechos", un fenómeno por el que estos se devalúan de manera casi sistemática:

*"...la inflación de derechos pueda llevar a su devaluación: para que los derechos fundamentales sean efectivos, probablemente es menester que no sean demasiados"*<sup>3</sup>.

Este debate, todavía no resuelto ni definitivo, necesita ser recordado más a menudo, pues de ello depende el régimen democrático en el que vivimos en la actualidad. El reciente ejemplo de la suspensión en el ejercicio de (ciertos) derechos y libertades como consecuencia de la Covid-19 puso de relieve que su verdadera efectividad no puede darse como una especie de *acquis commun*, pues estos estarán siempre a merced de quienes —voluntaria o involuntariamente— pueden desconocer su régimen jurídico o contenido esencial<sup>4</sup>.

Por otro lado, de esta discusión sobre los derechos fundamentales debe extraerse que los mismos nunca deben someterse a una ideología política determinada, pues constituyen "un patrimonio común y esencial en toda Europa"<sup>5</sup>. En esta arena no hay, o debiera haber, frente alguno, sino el camino de la defensa de la democracia, el Estado de Derecho, y el mantenimiento de la voluntad del constituyente, que sólo éste puede modificar o disponer.

Es por esto que los tan sonados y debatidos conceptos de "Estado de Derecho" o el Tratado de la Unión Europea y su relación con el Convenio Europeo de Derechos Humanos, pueden hacer sombra a lo que debería ser el debate primordial: cómo preservar los límites que la Constitución impone a los poderes legislativo y ejecutivo en su control sobre los derechos fundamentales que amparan y protegen al poder constituyente. Es decir, cómo proteger uno de los verdaderos significados de Estado de Derecho, y con ello, los derechos y libertades (ciertamente) fundamentales del pueblo español.

1 Peces Barba, G., *Derechos Fundamentales*, Ed. Latina, 1980. Madrid.

2 Prieto Sanchís, L., *Estudios sobre Derechos fundamentales*, Debate, 1990, p. 95.

3 Díez-Picazo, L. M., *Sistema de derechos fundamentales*, Tirant lo Blanch, 5ª Edición, 2021, p. 28.

4 Véanse las Sentencias del Tribunal Constitucional 148/2021, 168/2021 y 183/2021.

5 Como recoge la profesora Sánchez Ferriz en la página 21 del libro que estamos recensionando, esto es llamado por Häberle en *El Estado Constitucional: "la dignidad como premisa cultural antropológica" de la que la democracia y su organización no es más que una obligada consecuencia*.



En este sentido, el debate generado por Remedio Sánchez, así como sus intentos de ilustrar gráficamente (página 184) el sistema entero de los derechos en nuestro texto constitucional, suponen un paso adelante en la necesaria tarea, legada sobre una nueva generación de juristas, de preservar los derechos y libertades recogidos por nuestra Constitución, reflexionando acerca de las bases últimas del engranaje jurídico y aportando elementos diferenciadores a su configuración doctrinal.

Esta obra, que abarca un total de trescientas setenta y nueve páginas, emerge como el verdadero Tratado en materia de libertades públicas, analizando en primer lugar el concepto y nociones previas de las libertades públicas (Capítulo I); nuestro constitucionalismo histórico y su manualística (Capítulo II); por otro lado, las distintas generaciones de derechos y su evolución (Capítulo III); el estudio de la ordenación sistemática presente en el Título I (Capítulo IV); para posteriormente estudiar la relevancia del citado Título (Capítulo V); las libertades públicas como categoría jurídica independiente (Capítulo VI); su régimen jurídico (Capítulos VII y VIII), así como la suspensión de dichos derechos y libertades (Capítulo IX).

Debo, no sólo por su contenido pero por las implicaciones para el futuro de nuestros derechos y libertades, insistir en el enorme valor de estudiar y conocer la obra comentada, como punto de partida para cualquier debate sobre el engranaje de nuestro sistema constitucional de derechos y libertades.



# Ferdinand Lassalle: *Sobre la esencia de la Constitución*. Estudio preliminar, traducción fiel al original y notas de Carlos Ruíz Miguel, Valencia, Editorial Pireo, 2021, 130 págs.

**MARIANO VIVANCOS**

Profesor de Derecho Constitucional  
Universitat de València

La obra que el autor tiene entre sus manos representa la última de las ediciones que hasta la fecha han tenido los principales escritos del intelectual socialista de formación hegeliana Ferdinand Lassalle (1825-1864), sobre la idea de Constitución, a partir de la grave crisis constitucional prusiana (1862-1864) que resultará determinante en la configuración y desarrollo del ulterior Derecho Público alemán.

Gracias al proyecto editorial libre y fresco que representa Pireo, hoy la podemos incluir en su colección de clásicos del pensamiento político a partir de la contextualización que, magistralmente, incorpora el profesor Carlos Ruiz Miguel (Universidad de Santiago de Compostela), y a quien también debemos una fidedigna traducción del original inicialmente publicado en lengua alemana. Esta editorial ha publicado, apenas en el curso del último año, otros dos títulos de singular importancia, e igualmente de especial trascendencia constitucional como el que ahora nos ocupa. Son el alegato de Benjamin Franklin Hallett en las causas de Rhode Island ante el Tribunal Supremo Federal de los EEUU, con estudio preliminar a cargo de la politóloga Lucia Picarella (Universidad Católica de Colombia) o la *Recomendación a españoles a resultas de la Revolución Norteamericana. Naturaleza de los poderes políticos* del Marqués de Condorcet, cuyo estudio introductorio ha sido elaborado por el profesor Rubén Martínez Dalmau (Universitat de València).

Esta influyente obra, referencia inexcusable en casi todos los manuales de Derecho Constitucional, ha llevado a catalogar al pensador como uno de los referentes de la denominada concepción realista o sociológica de la Constitución; aquella que terminará identificando su Ley Fundamental con la política real del ser del pueblo. Un influjo sobre generaciones de docentes de la disciplina constitucional a lo largo de décadas.

Como se encarga de destacar el profesor Ruíz Miguel también ha sido una obra ampliamente difundida en España (donde cuenta con cinco ediciones dis-

tintas) y, por extensión, en las diferentes naciones del continente iberoamericano, en la que cabe destacar el éxito cosechado en México, donde destaca la otra gran traducción originaria en lengua castellana; por no olvidarnos de una de sus más recientes actualizaciones a cargo de la editorial chilena Olejnik, de la que también se ha responsabilizado el profesor Ruíz Miguel.

¿Cuáles son los motivos por los cuáles, durante casi siete décadas ininterrumpidas, se ha mantenido esa visión interesada que conduce a negar cualquier carácter normativo a la teorización constitucional defendida por Lassalle? A esta pregunta y otros muchos interrogantes que se ciernen sobre una obra no siempre titulada *Sobre la esencia Constitucional* intenta responder el catedrático de Santiago de Compostela. No sin antes desvelar, en el estudio preliminar que precede a la monografía, algunos detalles de su trayectoria vital más íntima, como la que le llevará a afrancesar su apellido judío original (Lassel); a renunciar a una próspera comodidad burguesa embarcándose en la búsqueda del ideal universitario y formando parte de los círculos intelectuales de su tiempo, donde coincidirá con destacados e influyentes pensadores como Proudhon, a Marx y Engels, de quienes tomó la tesis de la interpretación económica de la historia; y de quiénes se alejará finalmente al defender el sueño de un Estado popular alemán fundado en el sufragio universal, el imperio del Derecho y adalid de la reforma social, frente a las tesis "internacionalistas" defendidas por los considerados padres del llamado socialismo "científico". Serán también de vital importancia sus contribuciones sobre la esencia de la Constitución, a partir de su negativa a amparar una "mutación" constitucional como la pretendida por el Rey Guillermo I de Prusia para favorecer la militarización de su Nación: E incluso, por último, el abrazo al ideal romántico, será el que le lleve a perecer como consecuencia y resultado de las heridas ocasionadas en un duelo.

Como se detalla en la síntesis biográfica que aparece en la edición, Lassalle será una personalidad relevante en la organización de la primera movilización obrera en Alemania, donde fundará la influyente Asociación General de Obreros Alemanes, germen del actual Partido Socialdemócrata de Alemania (SPD). No obstante, no es la conexión del período histórico con la idea de clase trabajadora (proletariado), ni siquiera la autoría intelectual de la denominada "ley de bronce de los salarios" que condensa la teoría de la explotación capitalista, célebre dentro de la tradición socialista, sino la emergencia de un conflicto constitucional que amenazaba por hacer saltar por los aires toda la arquitectura constitucional del momento. Las reformas emprendidas en el ejército en la antesala de las Guerras Franco-Prusianas y la negativa a aprobar el presupuesto necesario por la mayoría liberal del *Landtag* (una Cámara conformada por tres categorías distintas de electores) figuran en la base del mismo y que, como se encarga bien de subrayar Lassalle, negará algunas premisas básicas que previamente habían sido consignadas siglos atrás en la Carta de Derechos Británica (*Bill of Rights, 1689*), como la exigencia de renovación anual de la petición de autorización para mantener un ejército permanente, que suponía una importante potestad del parlamentarismo clásico; un pulso que se agravará a partir de la política ensayada Otto von Bismarck, tras su nombramiento como Ministro-Presidente, empeñado no sólo en ejercer una política en contra de la Constitución sino en abierta oposición a la mayoría (democrática) de la Cámara. Este hecho, sin duda de relevancia, podía representar a los ojos de Lassalle un peligro precedente en una evidente deriva autocrática del país que podría conducir en el peor de los supuestos a un sistema pseudoconstitucional.

En cuanto a su estructura interna, la obra reeditada integra y reúne (como ha venido siendo la costumbre) en un *corpus* único las dos conferencias dictadas por Lassalle y centradas en la Constitución ("*Sobre la esencia de la Constitución*")

y "*¿Y ahora?*" conocida como la segunda conferencia sobre la esencia de la Constitución), pronunciadas los días 16 de abril y el 17 de noviembre de 1862; un intervalo crucial de ocho meses en el que cobrará cuerpo la crisis constitucional prusiana antes referida. Junto a éstas, también incluye dos cartas abiertas del autor publicadas en la *Gaceta Popular* los días 13 y 15 de enero de 1863, tras la polémica suscitada por el contenido de la segunda conferencia, donde el defendía una ausencia prolongada de los diputados en el quehacer parlamentario en tanto en cuanto la situación constitucional no se recondujese. Incluyendo, por último, un breve ensayo ("*Poder y Derecho*"), publicado el 7 de febrero de 1863, en donde identificará en la experiencia del gobierno constitucional violaciones jurídicas por parte del poder establecido que culminarán en la crisis apuntada; abogando firmemente por una primacía del Derecho que abone una definitiva solución democrática *ad casum*.

El estudio preliminar, además, de insistir en esta última cuestión, esto es, la importancia que el Derecho cobra en la vida de Lassalle, justifica el por qué de la necesidad de ofrecer una mirada nueva a textos ya considerados clásicos. En la base de todo, Ruíz Miguel denuncia la infidelidad de la primera traducción española elaborada en 1931 por Wenceslao Roces, por una de las figuras más sobresalientes del exilio español, y publicada por la editorial Cénit, sirviendo de base las ediciones españolas posteriores (1976, 1979, 1984 y 2012). Esta primera edición, a pesar de incluir una introducción histórica de Franz Mehring (uno de los más influyentes y conspicuos pensadores de los orígenes del movimiento marxista), incurre en errores relevantes en cuanto a la paternidad de planteamientos e ideas, omitiendo a la postre algunos pasajes fundamentales que, junto a una deficiente traducción, conducirán a una mala interpretación del pensamiento constitucional expresado.

Ruíz Miguel achaca éste resultado, básicamente, a la falta de adecuación entre dos conceptos fundamentales en su terminología original (*Verfassung* y *Konstitution*) y que, en boca del autor, van a gozar de significados distintos: uno, referido a las notas que hoy relacionamos con una concepción constitucional de carácter "formal" (codificada, escrita, normativa); otro, relacionado con su configuración intrínseca o sustancial, que responde según el autor germano a la forma o manera de ser (esencia) de una comunidad política y su organización al margen de su carácter unificado o positivizado. Lo que aclara Ruíz Miguel con un matiz que no se nos puede pasar por alto: "*para el autor (en referencia a Lassalle) la "esencia" de una Constitución no es jurídica, pero en ningún momento dice (...) que la "forma" no sea, ni deba de ser (tampoco), jurídica*".

Por último, el profesor Ruiz Miguel reescribe la traducción de un pasaje que va a resultar clave en este pretendido revisionismo intelectual dentro de la teoría constitucional: "*Todo país y en cualquier tiempo ha tenido una Constitución real o constitución política. Lo realmente peculiar del tiempo moderno (y es muy importante dejarlo nítidamente claro) no son las Constituciones reales, sino las Constituciones escritas u hojas de papel*".

Una segunda causa (de mayor interés a nuestros propósitos) es desmontar la clasificación que incluye a Lassalle dentro del sociologismo constitucional, a partir de una construcción dogmática de las distintas concepciones existentes de Constitución (básicamente, racional-normativa; histórico-tradicional; y realista-sociológica), cuya temprana circulación e introducción en la academia española atribuye a uno de los grandes de la disciplina: el profesor Manuel García Pelayo, maestro de constitucionalistas y quién también sufriría en sus propias carnes el exilio, como Roces. Un artículo de gran impacto ["Constitución y Derecho Constitucional (Evolución y crisis de ambos conceptos)", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 37-38, págs. 53-124] y, más tarde, una de sus obras de mayor



difusión (*Derecho Constitucional Comparado*. Madrid: Revista de Occidente, 1950), expresarán dicho planteamiento al reproducir dos ideas básicas de Lassalle: tanto la consideración de la Constitución como "*sistematización jurídica de los poderes fácticos*", como su consecuencia, que terminará por convertir su realidad en (feliz expresión) una "*hoja de papel*"; ideas que serán reiteradas en sus dos conferencias más célebres, haciéndose eco en sus escritos posteriores.

Frente al posicionamiento mayoritario y frecuentemente expandido, en base a una traducción e interpretación más fiel de los postulados de Lassalle, el profesor Ruíz Miguel llega a sus propias conclusiones: para Lassalle "toda *Verfassung* es o debe ser, también *Konstitution*; pero que no toda *Konstitution* es o debe ser *Verfassung*". Lo que viene a demostrar que Lassalle en ningún momento dejó de considerar nunca a la Constitución como norma jurídica o, lo que es lo mismo, como Derecho. Para el constitucionalista, una delimitación conceptual adecuada de ambos conceptos no puede ni debe nunca considerar a Lassalle como defensor de una concepción sociológica de Constitución; debido a que el primero de estos conceptos apunta a una realidad formal al tiempo que jurídica, siendo posible además que se vea reforzada con el esencialismo constitucional.

Es más, por coherencia intelectual, una interpretación conjunta de las distintas partes internas que integran la obra llevan a concluir al profesor Ruíz Miguel que para el pensador alemán la Constitución no sólo es siempre Derecho sino que su incumplimiento, además, jamás debería quedar impune. Un pensamiento que reivindica en la siguiente proposición ("*El poder prevalece sobre el Derecho salvo que el Derecho por su parte haya reunido tras (de) sí un poder suficiente como para destrozarse el poder de la injusticia*") que cobra fuerza en el opúsculo con que se cierra la obra. Tratándose de magnitudes distintas (*Derecho y Poder*), difícilmente podría amparar una concepción sociológica dentro de la teoría constitucional como la que viene siendo aceptada.

Una esclarecedora reinterpretación teórica que no sólo hace más original y fiel el texto con la voluntad de su creador sino que pone en duda el aspecto más definitorio mediante el cual el pensador alemán ha adquirido notoriedad y reconocimiento en el ámbito iuspublicista. Para concluir, la presente obra, persiguiendo el ideal esbozado por Lassalle, pone de manifiesto, en contra de lo que se pensaba hasta ahora, que el autor alemán en ningún momento dejó nunca de considerar a la Constitución como una norma jurídica y, en consecuencia, mostró una constante preocupación por la garantía de su eficacia y cumplimiento de sus previsiones. Algo que, años más tarde, será determinante en la configuración del concepto dogmático de Constitución normativa con el que Ferdinand Lassalle querrá conciliar la Constitución de su tiempo y circunstancia.

Javier Tajadura Tejada (dir.):  
*La jefatura del Estado  
parlamentario en el siglo XXI,*  
Sevilla, Athenaica Ediciones,  
489 págs.

**MARIANO VIVANCOS**

Profesor de Derecho Constitucional  
Universitat de València

Dentro de la prolífica producción de monografías y estudios colectivos recientemente publicados en el ámbito de la disciplina constitucional española, es innegable que la obra conjunta titulada *La jefatura del Estado parlamentario en el siglo XXI* (Athenaica), dirigida con maestría por el catedrático y experto en Derecho Constitucional de la Universidad del País Vasco, Javier Tajadura —uno de los más reputados expertos sobre la Monarquía entre la disciplina española—, destaca como la contribución más completa y ambiciosa a la literatura jurídico-constitucional actual. Esto se debe no solo a sus objetivos bien definidos, sino también a la destacada lista de autores que la conforman, de cuatro nacionalidades distintas y pertenecientes a once universidades europeas. Estos autores son, sin excepción, constitucionalistas de renombre y expertos reconocidos en sus respectivos campos.

En defensa del argumento apuntado, también podemos destacar que nos enfrentamos a una “obra de teoría y práctica constitucional” —como se la llega a calificar en diferentes capítulos, destacando el que puede considerarse un estudio preliminar e introductorio a la misma y que suscribe el director de la publicación— intentando mostrar al lector interesado una realidad que, en ocasiones, supera incluso la regulación o convenciones constitucionales que la configuran.

La finalidad perseguida por esta destacada obra colectiva será no únicamente proporcionar las claves necesarias para comprender el significado y alcance actuales de la suprema magistratura, así como las funciones constitucionales que desarrolla esta institución imprescindible en la arquitectura del Estado parlamentario (sólo Suiza es la excepción) sino, también, abordar su “diseño constitucional y la praxis política” (pág. 13) en los principales estados europeos: siete monarquías (británica, holandesa, belga, sueca, noruega, danesa y española) y cinco repúblicas (francesa, portuguesa, italiana, alemana y austriaca), ofreciendo un análisis representativo de nuestra realidad más cercana.

La obra también arroja luz sobre una institución que ha experimentado una profunda transformación en los últimos siglos, convirtiéndose en un órgano fundamental en el Estado constitucional. A través de once estudios que estructuran la obra, se revela el verdadero significado de la institución en un Estado parlamentario. Estos estudios examinan las funciones y posiciones tanto de los monarcas como de los presidentes, quienes, al ejercer esta suprema magistratura, reinan o presiden el Estado sin gobernarlo, debido a la dinámica parlamentaria y la lógica de los poderes constituidos que predominan en los siglos XIX y XX. De esta manera, se muestra de manera convincente la autenticidad del “contenido intelectual” de una institución con capacidad de dotar de estabilidad a los sistemas políticos garantizando al tiempo su continuidad; una institución que ha llegado en calificarse de “clave de bóveda del edificio constitucional parlamentario” (pág. 85), como destaca el profesor Tajadura en la conclusión de su análisis.

Como confirman los estudios incorporados, la jefatura del Estado parlamentario goza de unas funciones específicas (de integración y de moderación, fundamentalmente) con evidentes y palmarias diferencias en tanto que derivadas de heterogéneas regulaciones constitucionales a partir de contextos nacionales propios y tradiciones específicas; extendiéndose, también, a otras potestades (como la que se refiere al mensaje o, incluso, a la dirección constitucional de incorporación más reciente) de indiscutible relevancia política, más allá de las tradicionales (integración, moderación y arbitral, fundamentalmente) que han venido desde sus mismos orígenes configurándola. Algo que resulta consecuente con las trayectorias históricas de los Estados analizados, cuyos modelos parlamentarios a pesar de pertenecer al continente europeo terminarán por acentuar rasgos definitorios propios; agudizados eso sí por la naturaleza del sistema político que se adopte. Ahora bien, como señala con acierto el mismo director de la publicación, este hecho no impide reconocer un sustrato “doctrinal e intelectual común” a todos ellos en el cual se profundiza desde la perspectiva de las ideas y formas políticas el magistral capítulo introductorio de la obra.

Este capítulo, que se asemeja a un estudio preliminar al resto de la obra, lleva por título “Ensayo de una teoría de la Jefatura del Estado parlamentario” y ha sido redactado por el catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad del País Vasco. En él, se examina el origen y evolución de la institución en el derecho público europeo, identificando aquellas notas distintivas que la han venido caracterizando desde entonces. En un intento de destacar los rasgos definitorios de una institución situada en la cúspide del aparato estatal, Tajadura se sirve de aquellas teorizaciones que han servido para identificarla, diferenciándola del resto de poderes constituidos y órganos estatales. Empezando por su supremacismo, tal como lo advirtieron tempranamente Jellinek desde la teoría del Estado y que tan magistralmente ha estudiado Miguel Herrero y Rodríguez de Miñón, uno de nuestros “padres” constitucionales. Explora, también, su afectación simbólica, una de las más significativas y originales aportaciones del profesor Manuel García Pelayo, maestro de constitucionalistas; así como por otro de los protagonistas de esta obra, el profesor Rollnert Liern de la Universitat de València. Considerando, también, su contribución como factor de integración política, un aspecto que Rudolf Smend, teórico alemán clásico, desarrollaría en profundidad. También se examina su papel como magistratura de *auctoritas* en el contexto institucional; abordándose por último una formulación, la de la defensa política de la Constitución, que remite a Carl Schmitt, autor controvertido donde los haya que está siendo finalmente revisitado.

De esta compleja caracterización se derivan funciones no menos decisivas, algunas de las cuales se relacionan con la defensa del gobierno representativo.

Entre ellas, se encuentra la función arbitral, que se basa en la teorización del “poder moderador” formulada por Benjamin Constant hace dos siglos, “en defensa del orden político constitucional que pusiera fin a la Revolución salvaguardando sus conquistas”, como ha reconocido el profesor Ángel Rivero en la biografía recientemente publicada (FAES Fundación) del pensador liberal francés.

Además, se incluyen funciones como la de arbitraje institucional, denominada así por el autor como “dirección constitucional”, la de defensor de la Constitución en situaciones de “crisis” (nuevamente Schmitt) o incluso las más recientes funciones relacionadas con el derecho de mensaje o la función comunicativa, quizás menos conocidas pero que han adquirido relevancia en el contexto español debido al proceso catalán, polémica aparte. Concluyendo este análisis, cabe destacar las palabras con las que el capítulo de Tajadura cierra: “La jefatura del Estado se configura como el necesario amarre o anclaje que todo Estado necesita para no naufragar, resultando fundamental para garantizar la continuidad de la democracia y la supervivencia de la libertad” (pág. 85).

El siguiente capítulo (“La Corona en España”) corre a cargo del profesor Josu de Miguel Bárcena de la universidad de Cantabria. El autor lamenta que “la atención prestada a la forma de gobierno y la fuerza simbólica y política que tuvo la jefatura del Estado durante la dictadura franquista ha impedido que se vislumbre un sentido constitucional más preciso de las funciones que dicho órgano tiene que jugar en el marco de la misión civilizatoria e integradora del Estado social y democrático de derecho” (págs. 89-90), proclamado solemnemente en la Constitución vigente. En su análisis, desarrolla la problemática de la construcción de la jefatura del Estado en el constitucionalismo histórico español —que muestra según el autor un carácter «prolífico» sin parangón en el continente, notablemente influenciado por el modelo francés—, con una mirada más amplia como la que ofrece la perspectiva comparatista. La autonomía jurídica alcanzada por la jefatura del Estado se debe más, en opinión del autor, a su novedosa posición como órgano constitucional resultado de la emancipación soberana. Centrándose, a continuación, en las cuestiones básicas que congregan el interés en torno a la Corona española (legitimidad constitucional; controversia en torno al orden sucesorio y su desafío igualitario; la actualidad del refrendo; el debate en torno a la inviolabilidad del monarca; o, incluso, las funciones que le atribuye el régimen constitucional vigente). Por último, el autor se atreve con uno de los desafíos aperturistas a los que se enfrenta, en particular, la Monarquía española fruto de los nuevos tiempos que corren y del nuevo estilo que se ha querido imprimir a su funcionamiento en tiempos de transparencia, ejemplaridad y polarización.

El profesor de la Universidad de Deusto, Luis Ignacio Gordillo, aborda el reto de analizar la decana de las monarquías europeas y una de las más longevas del mundo. Abordando tanto su origen, configuración y su encaje constitucional; para terminar desarrollando el papel y la legitimidad de la Monarquía constitucional británica en la actualidad, consciente de ser una institución que ha respondido más al principio hereditario que al democrático —en un tiempo, incluso, dónde se priman los elementos más eficientes del sistema político— y gozado de una excepcional capacidad de adaptación a las más variadas y heterogéneas circunstancias, en una perfecta simbiosis con el Estado.

Ángel Sánchez Navarro, catedrático de la Universidad Complutense de Madrid que fue subdirector del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales se enfrenta al reto de abordar la Corona en Bélgica, donde la particularidad de la posición real viene dada por el hecho de no estar al frente de un estado-nación sino de uno de configuración plural. Las recientes reformas impulsadas desde hace algunos años en el país europeo se centran en afianzar su carácter

simbólico aún en detrimento del papel actual del soberano, reducido a mero ceremonial; a pesar de “la dificultad (tal objetivo) cuando la realidad simbolizada está (permanentemente) en cuestión” (pág. 186), como destaca el autor. El profesor Navarro —participe en otra importante obra colectiva aparecida este mismo año, *Les figures contemporaines du chef de l'État en régime parlementaire* (Bruylant)— se muestra optimista respecto de las propuestas de reforma planteadas, confirmando así una prolongada evolución de la Monarquía belga que se remonta a décadas.

La profesora de la Universidad del País Vasco, Leire Escajedo San-Epifanio, desarrolla un quinto capítulo dedicado a “La Corona en los Países Bajos”; “una Monarquía más reciente que otras pero (fruto) de una antigua dinastía” (pág. 193), que con el tiempo ha conseguido transitar desde su condición “constitucional” a una configuración parlamentaria. La autora centra su trabajo en la neutralidad política del monarca, así como a las principales funciones constitucionales que le asisten, prestando una especial atención a la función simbólica. Finalizando con un breve apunte sobre la previsible evolución constitucional de esta en un contexto de paulatina caída de aceptación (del 80 al 55% bajo el mandato de Guillermo de Orange)

El profesor Göran Rollnert Liern de la Universitat de València —promotor en su seno de un Grupo de Investigación sobre la Monarquía— y uno de los mayores y reputados expertos internacionales sobre la Corona Sueca, amplia esta vez su estudio al conjunto de las democracias escandinavas. A partir de la premisa de si estas se ajustan a la concepción del “poder neutro” (Constant), revisa detalladamente las constituciones de Noruega, Dinamarca y Suecia, encontrando evidentes similitudes (separación Rey-Poder, inviolabilidad y refrendo). Examina para cada uno de los casos cómo los regímenes de tales países concretan, formalmente, esta separación y su discontinuidad con la práctica constitucional; analizando, también, el principio de neutralidad política —que la doctrina danesa a rebautizado como “apoliticidad”—, principio clave que persigue preservar su imparcialidad e independencia política, así como los debates generados en cuanto a su rol como “poder preservador”.

A pesar de los poderes formales limitados que tienen constitucionalmente reconocidos, su influencia real ha gravitado sobre la capacidad para representar toda la nación y evitar adoptar posiciones políticas divisivas. Por ello, concluye Rollnert la monarquía se ha constitucionalizado como una institución simbólica y ceremonial, con un papel más bien limitado en la política formal. Asimismo, estudia con rigor ejemplos históricos que ilustran cómo se ha mantenido o comprometido dicha neutralidad; una neutralidad “fluctuante” que dependerá en cada caso de la conducta propia que se siga. Además, identifica problemas y lagunas en la regulación constitucional que la doctrina constitucional ha puesto de manifiesto no sólo en base a ciertos poderes residuales o “de reserva” que se le atribuyen sino también, a partir, del ejercicio de defensa de la Constitución que podrían implicar un gravísimo riesgo de confrontación con el gobierno. En conjunto, el capítulo realiza un ejercicio académico riguroso de aplicación de una teoría constitucional clásica a los casos nórdicos con un enfoque analítico y comparado, aportando útiles matices a la cuestión planteada.

El profesor Garrido López de la Universidad de Zaragoza es el último de los autores españoles que participa en la obra y, a través de su análisis, la obra colectiva se abre el estudio de las jefaturas del Estado en los sistemas parlamentarios, correspondiéndole la experiencia de la República gala. En los últimos 50 años, la Constitución francesa ha evolucionado, consolidando un poder cada vez más decisivo en manos del presidente de la República; hasta el punto de llegar a convertir al Parlamento francés en una cámara que se limita a acatar las órdenes



del presidente, como destacan sus críticos. Sin embargo, el profesor Garrido refuta esta tesis con argumentos y evidencias; para el autor “la pretensión de constitucionalizar la hegemonía presidencial eliminando la diarquía entre el presidente y el primer ministro no se ha materializado” (pág. 330), manteniéndose la compartimentalización habitual que los periodos de “cohabitación” acentúan (como sucedió bajo las presidencias de Mitterrand o Chirac). Garrido destaca la decisiva función arbitral y de garantía constitucional en su escrito, situándola como la “*clé de voûte* de la Quinta República”. Es de lamentar que su análisis alcance hasta la “hiperpresidencialización” de Sarkozy y no de respuesta al propósito de Macron de convertirse en un presidente “jupiteriano”.

El prestigioso catedrático de la Universidad de Regensburg, Rainer Arnold, será el encargado de caracterizar el diseño de la jefatura del Estado en la República Federal Alemana, que atribuye al presidente federal al que le asiste un “poder constitucional” no correspondido con el político (pág. 335), alejándolo de cualquier veleidad partidista. Como describe el autor la opción escogida por conferencia de expertos de Herrenchiemsee (1948) —donde participaron importantes constitucionalistas como Hans Nawiasky, Theodoro Maunz y Claus Leusser— que diseño su configuración constitucional buscaba alejarse del precedente de la República de Weimar por motivos obvios, en aras a una “neutralidad” que entonces no se dio. Para el autor, el Presidente Federal no es el “guardián de la Constitución” sino, más bien, un “órgano constitucional obligado a respetarla” (pág. 366) que deviene en protector del Estado constitucional e integrador del Estado y sociedad alemana.

El investigador del Departamento de Estudios Legales de la Universidad de Bolonia, Alessandro Marinuzzi desmiente en su análisis que el jefe del Estado institucionalizado en la Constitución italiana de 1947 pueda ser considerado un “monarca republicano”, como ha planteado una cierta doctrina a partir de las tesis de Duverger; el autor más bien se decanta por la línea seguida por Vergottini al considerarlo “una síntesis entre algunas de las características que connotan al monarca de Saboya y otras atribuciones que, lejos de ser formales, procedían en gran parte de las Repúblicas parlamentarias europeas y de los requisitos de garantía tras la caída del régimen fascista” (pág. 369). Son de destacar algunas de las pormenorizadas conclusiones que incluye el autor en su acertado análisis. Como el hecho de que fruto de la inestabilidad crónica que ha sufrido el sistema político italiano y su gobernabilidad, el presidente haya ido ganando una actitud persuasiva, a través de técnicas en exceso “creativas” que, sin embargo, han contribuido a superar momentos especialmente críticos, sin llegar a condicionar en ningún caso la funcionalidad original de la forma de gobierno. Relacionando directamente su carácter de institución electiva con la problemática de su “politicidad”. Para el autor, “el Gobierno parlamentario italiano no se diferencia tanto de las Monarquías europeas, de la República presidencial estadounidense, y del modelo semipresidencialista francés” (pág. 413), a pesar de las diferencias obvias y evidentes que los separan. Es una lástima que, por razones, temporales no se haya podido incluir la reciente reforma constitucional que quiere plantear a las Cámaras el Gobierno italiano y que, sin lugar a dudas, acabará afectando a la primera magistratura del país en esa pretendida presidencialización del sistema que pretende.

El profesor Marco Caldeira, perteneciente al Grupo de Ciencias Jurídico-Políticas de la Universidad de Lisboa, a partir de dos investigaciones previas nos desvela la acogida “inequívoca” del del pensamiento de Constant (poder “neutro” o “moderador”) y su plasmación en el texto constitucional vigente. Para el autor más que la era constitucional lo que ha permitido consolidar la

figura del presidente republicano como personificación de un auténtico poder moderador ha sido “la tradición o la práctica política verificada a lo largo de más de cuatro décadas”, incluso por encima de los “rasgos que lo erigen como una instancia suprapartidista, con funciones de garantía y regulación del sistema político”. El riesgo de un proceso evolutivo de la práctica intervencionista de la institución al estilo francés podría suponer, en opinión del autor, desactivar “un mecanismo de equilibrio que se ha mostrado fundamental” para la política del país vecino.

El último de los capítulos, desarrollado por Giacomo Delledonne, profesor de Derecho Constitucional de la *Scuola Superiore Sant’Anna* de Pisa, nos permite una mejor comprensión del rol presidencial dentro del ordenamiento constitucional austriaco. A tal fin, el autor indaga en el peso de los precedentes (herencia constitucional de la Monarquía de los Habsburgo en la Primera República austriaca) y lo más destacable de la disciplina constitucional referida al presidente federal —modificada en 1929—, así como la prevalencia de la denominada Constitución “real” convenciones derivadas del modelo consociativo del sistema político austriaco. Para el autor, toda esta evolución posibilita una relectura de la “autoridad de reserva” —como ha sido calificada la jefatura de Estado— sin perjuicio de su ejercicio como verdadera autoridad moral ante crisis políticas graves, como la acontecida a raíz del “*Ibizagate*” (2019) que supondrá el fin del Gobierno conservador del Canciller Kurz al filtrarse unos videos que implicaban al líder del ultraderechista Partido Liberal (FPÖ) —su segundo en el Ejecutivo— en una turbia operación de financiación ilegal.

En resumen, esta obra de casi 490 páginas, publicada con la calidad editorial característica de Athenaica, ofrece una visión profunda y completa de la jefatura del Estado en los sistemas parlamentarios europeos del siglo XXI. Revela similitudes notables en las funciones y roles de estas instituciones en democracias avanzadas y subraya su papel crucial en la estabilidad y continuidad de los sistemas políticos.



VNIVERSITAT  
E VALÈNCIA