

# Estudios de Deusto



Vol. 62/2 Julio-Diciembre 2014

## Sumario

### Monográfico: La libertad de expresión

**Libertad de expresión: ¿derecho ilimitado según el TEDH? Del discurso de odio al crimen de odio**

David Martín Herrera

**Libertad de expresión y censura en Internet**

Germán M. Teruel Lozano

**La libertad de expresión artística. Una primera aproximación**

Victor Vázquez Alonso

**La libertad de expresión y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea**

Miryam Rodríguez-Izquierdo Serrano

**La protección de las fuentes de información: la integración del modelo español con la jurisprudencia del TEDH**

Arancha Moretón Toquero

## Estudios

**Los derechos políticos de los miembros de las Fuerzas Armadas a la luz del principio de neutralidad política**

Ignacio Álvarez Rodríguez

**Problemas de efectividad del Derecho de la UE. El área de las cláusulas abusivas como banco de pruebas**

José Ramón Canedo Arrillaga

**La protección del interés general por parte de la Administración y del Derecho administrativo. (Un estudio desde la teoría jurídica y la filosofía política)**

María Isabel Garrido Gómez

**La unificación del Derecho de familia europeo: ¿quimera o realidad?**

María Goñi Rodríguez de Almeida

**La función Judicial en el marco del Estado Social y Autonómico Español: ¿Poder o Servicio Público?**

Ciro Milione

**La seguridad ciudadana como función del Estado**

María Josefa Ridaura Martínez

**Perfección del pensamiento de los prácticos sobre los delitos en particular**

Manuel María Zorrilla Ruiz

## Notas

**Identidad política y participación: la iniciativa ciudadana europea**

Leyre Burguera Ameave

**‘Nuevos derechos’ y principio de autodeterminación entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte Constitucional italiana y el Legislador nacional. Algunas reflexiones**

Maria Grazia Rodomonte

## Resenciones



# Estudios de Deusto



# Estudios de Deusto

Fundada en 1904

Vol. 62/2 Julio-Diciembre 2014

## Revista de la Facultad de Derecho

Incluida en los siguientes índices y bases de datos: ISOC, DIALNET, LATINDEX (Catálogo), ULRICH'S, RESH, MIAR, DICE, PIO, WESTLAW, IBZ, PAIS, CIRC, CARHUS+

Universidad de Deusto  
Bilbao  
2014

## **Estudios de Deusto**

Vol. 62/2 Julio-Diciembre 2014

Primera época (1904-1920)

Segunda época (1953 hasta la actualidad)

### **Directores de la revista Estudios de Deusto**

#### **1ª ÉPOCA\***

1904-1909	Isidoro ZAMEZA
1909-1916	Ignacio María IBERO
1916-1918	Vicente LEZA
1918-1920	Matías IBINAGABEITIA

#### **2ª ÉPOCA**

1953-1960	Jesús María DÍAZ DE ACEBEDO (secretario de redacción)
1961-1962	Jesús María DÍAZ DE ACEBEDO
1963-1965	Luis María ESTIBÁLEZ
1966-1974	Andrés Eliseo DE MAÑARICÚA
1975-1990	Juan CHURRUCA
1991-2014	Ignacio María BEOBIDE
2014-	Luis Ignacio GORDILLO

\* Durante la 1ª Época no se nombró Director ni se constituyó Consejo de Redacción, sino que la dirección de la publicación formalmente correspondía al Rector del entonces llamado Colegio de Estudios Superiores de Deusto.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, [www.cedro.org](http://www.cedro.org) <<http://www.cedro.org>>) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

© Publicaciones de la Universidad de Deusto

Apartado 1 - E48080 Bilbao

Correo electrónico: [publicaciones@deusto.es](mailto:publicaciones@deusto.es)

ISSN: 0423-4847

Depósito legal: BI-1083-2014

Impreso en España/Printed in Spain.

Publicación impresa en papel ecológico.

**Director:**

Luis I. Gordillo Pérez (Universidad de Deusto, España)

**Secretario:**

Javier Pérez Duarte (Universidad de Deusto, España)

**Consejo de redacción:**

Danièle Alexandre (Université de Strasbourg, Francia); María Pilar Canedo Arrillaga (Universidad de Deusto, España); María Soledad Gil Nobajas (Universidad de Deusto, España); Marta Enciso Santocildes (Universidad de Deusto, España); Natividad Goñi Urriza (Universidad Pública de Navarra, España); Ana Isabel Herrán Ortiz (Universidad de Deusto, España); Lela P. Love (Cardozo Law School, Estados Unidos); Nerea Magallón Elosegui (Universidad de Deusto, España); Giuseppe Martinico (Scuola Superiore Sant'Anna, Italia); Joseph Stulberg (Moritz Law - Ohio State University, Estados Unidos); Patrick Wautelet (Université de Liège, Bélgica)

**Consejo Asesor y Evaluador:**

Ricardo de Ángel Yagüez (Universidad de Deusto, España); Vito Breda (University of Southern Queensland, Australia); Juan I. Echano Basaldúa (Universidad de Deusto, España); Ken Fox (Hamline University, Estados Unidos); Miodrag Jovanovic (Univerzitet u Beogradu, Serbia); Francisco Marcos (IE Law School, España); Hassan Qaqaya (UNCTAD, Suiza); Haluk Kabaalioglu (Yeditepe Üniversitesi, Turquía); Víctor Fernando Manrique López (Universidad de Deusto, España); Alejandro Martínez Charterina (Universidad de Deusto, España); Ramón Múgica Alcorta (Universidad de Deusto, España); Martin Oudin (Université François Rabelais – Tours, Francia); Carlos Romero Rey (Poder Judicial, España); Javier Tajadura Tejada (Universidad del País Vasco, España); Gema Tomás Martínez (Universidad de Deusto, España); Manuel María Zorrilla Ruiz (Universidad de Deusto, España)

**Administración:**

Facultad de Derecho. Universidad de Deusto - Apartado 1 - E48080 Bilbao

Tfno.: 944 139 295 Fax: 944 139 099

e-mail: revistaestudios@deusto.es

Web: <http://revista-estudios.deusto.es/>

**Suscripciones:**

Marcial Pons Librero. Agencia de suscripciones

C/ San Sotero, 6. 28037 Madrid

e-mail: revistas@marcialpons.es

Tfno. 913 043 303 Fax: 913272367

**Precios de suscripción:**

Europa ..... 45 €

Número suelto ..... 25 €

IVA incluido

*Estudios de Deusto* está incluida en los siguientes índices y bases de datos: ISOC, DIALNET, LATINDEX (Catálogo), ULRICH'S, RESH, MIAR, DICE, PIO, WESTLAW, IBZ, PAIS, CIRC, CARHUS+





# Estudios de Deusto

Vol. 62/2 Julio-Diciembre 2014

## Sumario

---

### Monográfico: La libertad de expresión

- David MARTÍN HERRERA, *Libertad de expresión: ¿derecho ilimitado según el TEDH? Del discurso de odio al crimen de odio* 15-40
- Germán M. TERUEL LOZANO, *Libertad de expresión y censura en Internet* 41-72
- Victor VÁZQUEZ ALONSO, *La libertad de expresión artística. Una primera aproximación* 73-92
- Miryam RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO, *La libertad de expresión y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea* 93-119
- Arancha MORETÓN TOQUERO, *La protección de las fuentes de información: la integración del modelo español con la jurisprudencia del TEDH* 121-144

### Estudios

- Ignacio ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, *Los derechos políticos de los miembros de las Fuerzas Armadas a la luz del principio de neutralidad política* 147-190
- José Ramón CANEDO ARRILLAGA, *Problemas de efectividad del Derecho de la UE. El área de las cláusulas abusivas como banco de pruebas* 191-205
- María Isabel GARRIDO GÓMEZ, *La protección del interés general por parte de la Administración y del Derecho administrativo. (Un estudio desde la teoría jurídica y la filosofía política)* 207-234

María GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, <i>La unificación del Derecho de familia europeo: ¿quimera o realidad?</i>	235-286
Ciro MILIONE, <i>La función Judicial en el marco del Estado Social y Autónomo Español: ¿Poder o Servicio Público?</i>	287-317
María Josefa RIDAURA MARTÍNEZ, <i>La seguridad ciudadana como función del Estado</i>	319-346
Manuel María ZORRILLA RUIZ, <i>Perfección del pensamiento de los prácticos sobre los delitos en particular</i>	347-387

### Notas

Leyre BURGUERA AMEAVE, <i>Identidad política y participación: la iniciativa ciudadana europea</i>	391-403
María Grazia RODOMONTE, <i>'Nuevos derechos' y principio de autodeterminación entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte Constitucional italiana y el Legislador nacional. Algunas reflexiones</i>	405-419

### Recensiones

Enrique BELDA PÉREZ-PEDRERO, <i>Los derechos de las personas y las funciones del Estado como límite a la supresión de las instituciones. La crisis económica y la reforma del Estado</i> , por Alicia López de los Mozos Díaz-Madroñero	423-427
Francisco FERNÁNDEZ SEGADO, <i>La libertad de imprenta en las Cortes de Cádiz</i> , por Alberto Oehling de los Reyes	429-432
Carlos RUIZ MIGUEL, <i>Constitucionalismo clásico y moderno. Desarrollos y desviaciones de los fundamentos de la teoría constitucional</i> , por Serena Baldin	433-435

# Estudios de Deusto

Volume 62, Issue 2, July-December 2014

## Table of Contents

---

### Special Issue: The freedom of speech

- David MARTÍN HERRERA, *Freedom of expression: unlimited right according to the ECHR? From hate speech to hate crime* 15-40
- Germán M. TERUEL LOZANO, *Freedom of expression and internet censorship* 41-72
- Victor VÁZQUEZ ALONSO, *The Artistic Freedom. A First Approach* 73-92
- Miryam RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO, *Freedom of speech and the Case Law of the Court of Justice of the European Union* 93-119
- Arancha MORETÓN TOQUERO, *The protection of information sources: integration of Spanish model with ECHR jurisprudence* 121-144

### Studies

- Ignacio ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, *The Political Rights of the Armed Forces Members in light of the Political Neutrality Principle* 147-190
- José Ramón CANEDO ARRILLAGA, *Problems of effectiveness of EU law. The area of unfair terms as test bench* 191-205
- María Isabel GARRIDO GÓMEZ, *The protection of the general interest by the Administration and the Administrative law. (A study from the perspective of the juridical theory and the political philosophy)* 207-234

María GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, <i>The unification of the European family law: chimera or reality?</i>	235-286
Ciro MILIONE, <i>The Judicial Function in the frame of the Spanish Social and Regional State: Power or Public Service?</i>	287-317
María Josefa RIDAURA MARTÍNEZ, <i>Public Security as State Service</i>	319-346
Manuel María ZORRILLA RUIZ, <i>Generalization of the practical thinking about the specific samples of criminality</i>	347-387

## Notes

Leyre BURGUERA AMEAVE, <i>Political identity and participation: the european citizens' initiative</i>	391-403
Maria Grazia RODOMONTE, <i>'New rights' and principle of self-determination between the European Court of Human Rights, the Constitutional Italian Court and the national legislator: Some reflections</i>	405-419

## Book reviews

Enrique BELDA PÉREZ-PEDRERO, <i>Los derechos de las personas y las funciones del Estado como límite a la supresión de las instituciones. La crisis económica y la reforma del Estado</i> , by Alicia López de los Mozos Díaz-Madroñero	423-427
Francisco FERNÁNDEZ SEGADO, <i>La libertad de imprenta en las Cortes de Cádiz</i> , by Alberto Oehling de los Reyes	429-432
Carlos RUIZ MIGUEL, <i>Constitucionalismo clásico y moderno. Desarrollos y desviaciones de los fundamentos de la teoría constitucional</i> , by Serena Baldin	433-435

**Monográfico:**  
**La libertad de expresión**



# LIBERTAD DE EXPRESIÓN: ¿DERECHO ILIMITADO SEGÚN EL TEDH? DEL DISCURSO DE ODIO AL CRIMEN DE ODIO

David Martín Herrera

---

**SUMARIO:** 1. BREVE ACERCAMIENTO AL CONCEPTO DE «HATE CRIME». 2. DEL PREJUICIO A MÁS ALLÁ DE LO TOLERABLE. 3. DISCURSO DE ODIO Y DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. ¿ES POSIBLE DETECTAR EL «HATE SPEECH»? 4. ¿PUEDE EJERCERSE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DE MANERA ILIMITADA? 5. CASOS OTEGUI Y FÉRET. EL DISCURSO DEL ODIO SEGÚN LOS TRIBUNALES EUROPEOS. 5.1. *Otegui Mondragón vs. España: controversia, «chilling effect» y obstinación.* 5.2. *Estado español y jurisprudencia de Estrasburgo.* 5.3. *Féret vs. Bélgica: TEDH y «hate speech» en política.* 6. CONCLUSIONES. 7. BIBLIOGRAFÍA.

---

*«Podemos hacer del problema de los delitos de odio tan grande o pequeño como deseemos manipular su definición.»*

*Jacobs & Potter*

## 1. BREVE ACERCAMIENTO AL CONCEPTO DE «HATE CRIME»

Bajo el seudónimo «hate crimes», comprenderían aquellos tipos delictivos en los que el móvil es causa de la intolerancia hacia el diferente.

*A priori* puede resultar una materia básica y aparentemente superada, al estar –bajo influencia del derecho internacional de los derechos humanos– recogida en la práctica totalidad de los códigos penales de los Estados miembros de la Unión Europea <en el caso español en sus artículos 22.4, 510, 511, 512 y 607><sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> De forma comparada, el tipo de violencia contra personas o grupos caracterizados por determinados caracteres queda recogido en la práctica totalidad de los Códigos pena-

Como veremos (pese a ser diversas las definiciones y aproximaciones aportadas por la doctrina y las instituciones), en torno al concepto de los delitos de odio, a día de hoy, ninguna de ellas ha sido adoptada de manera uniforme, y teniendo presente el grueso de tipos delictivos, resulta mínima la jurisprudencia al respecto.

Caracterizados por una extrema y terrible brutalidad causan *per se*, un efecto estigmatizador en la víctima que unido a un impacto psicológico-emocional, produce *ad quo damnum*, consecuencias aún superiores a las generadas en las víctimas de crímenes comunes. A ello debemos añadir, que cualquier tipo de delito cometido por odio lleva aparejado un mensaje de alarma hacia el resto de miembros de la comunidad a la que pertenece la víctima, intimidando, como si de una pandemia se tratara.

Entre los diferentes estudios encontrados, es de destacar el del *Bureau of Justice Assistance* (BJA) del Departamento de Justicia de los Estados Unidos de América (USA).

De manera contradictoria apuntaba en la década de los noventa el BJA, que los delitos de odio eran «un duro y reciente fenómeno», que de manera análoga se asociaba con la historia. Identificando como tal, entre otros: la persecución de los cristianos en el imperio romano, la solución final a los judíos por los nazis, la limpieza étnica en Bosnia o el genocidio de Ruanda<sup>2</sup>. Sostiene el BJA que mientras en USA el término «hate crime» resulta el más utilizado para describir un ataque de un blanco hacia un afroamericano, el mismo suceso sería conocido en Alemania como «violencia de extrema derecha», o «violencia xenofóbica» en el Reino Unido y Francia.

Según esta institución, los delitos de odio son «crímenes que manifiestan evidencias o prejuicios basados en la raza, religión, orientación sexual, ori-

---

les europeos. En el caso español, castiga con penas de uno a tres años a los que «provocaren a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía...» Vid. Artículo 510.2, Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. En comparación, el artículo 196.2 del Código penal de la República Checa, castiga con tres años de prisión a quien use violencia contra persona o grupo de personas o amenacen gravemente, por motivos de ideología política, nacionalidad, raza, religión o creencia. Por su parte el artículo 283 del Código penal austriaco, castigaría la incitación a la violencia con penas de dos años, a los que, amenacen el orden público o inciten a acciones hostiles contra la iglesia o comunidades religiosas existentes en Austria o contra grupos definidos por su afiliación tales como la iglesia o comunidad religiosa, un grupo racial, una persona, un grupo étnico o un Estado. Nótese que el ámbito de protección difiere en cada uno de los tres ejemplos expuestos, marginando cada cual a grupos o personas caracterizados por diferentes rasgos o conexiones a las mencionadas.

<sup>2</sup> Vid. AA.VV., «A Policymaker's Guide to Hate Crimes», Bureau of Justice Assistance, Washington, (1997).



gen étnico, incluyendo en su caso los asesinatos, homicidios no negligentes, violaciones forzadas, asaltos agravados, asaltos simples, intimidaciones, incendios intencionados y la destrucción daños o vandalismo a la propiedad»<sup>3</sup>.

De su lectura literal, comprobamos que los delitos de odio quedan circunscritos dentro de los casos en los que el prejuicio sea consecuencia de la raza, religión, orientación sexual o etnia, quedando así marginales aquellos otros sucesos en los que el prejuicio tenga otras características. A lo tímido de la definición se le añade la contradicción en el uso de los términos dentro del propio BJA dado que el *Federal Bureau of Investigation* (más conocido como FBI), promueve el empleo del término «bias crime» (crímenes motivados por prejuicio) en lugar del concepto de delitos de odio, para asegurar la homogeneidad en los informes relacionados con los hate crime. Entendiendo que aquellos corresponden con aquellas «actitudes u opiniones negativas preformadas hacia grupos de personas, basadas en su raza, religión, discapacidad, orientación sexual u origen nacional o étnico». Nótese que, de las dos definiciones aportadas por la misma Institución, la del FBI, amplía la protección al grupo de discapacitados y nacionales<sup>4</sup>.

Aún más paradójico resulta que sea el propio FBI, el que reconoce que existen numerosos tipos de prejuicios, algunos de ellos por cuestiones de raza, religión, discapacidad, orientación sexual, origen nacional o étnico, pero también otros «biases» dirigidos contra: los ricos, gente pobre, hombres con el pelo largo, barbudos, personas que se visten de forma rara, fumadores, alcohólicos, personas con enfermedades tales como el SIDA, bandas de motociclistas, rockeros..., dejando aún en el olvido las ideologías<sup>5</sup>.

Pese a parecer amplio el reconocimiento, tal y como apuntaba Goodey, las legislaciones y programas de delitos de odio tienden a ampliar el rango de reconocimiento del impacto de los delitos de odio, entre otros, posiblemente porque al igual que el crimen, el odio también va mutando. Es por ello por lo que nos resulta contradictorio que reconociendo el propio FBI, la suma amplitud de este fenómeno, avale que la «Enabling Act» y sus enmiendas, limi-

---

<sup>3</sup> Según la «Hate Crimes Statist Act de 1990», hate crimes son: «crimes that manifest evidence of prejudice based on race, religion, sexual orientation, or ethnicity, including where appropriate the crimes of murder, non-negligent manslaughter, forcible rape, aggravated assault, simple assault, intimidation, arson and destruction, damage or vandalism of property». El propio BJA, apunta que la presente definición es la mayormente aceptada en USA, aunque algunos Estados disponen de otras, así «Connecticut», incluye a las personas discapacitadas como posibles víctimas; «Illinois», incluye el color, la creencia, el linaje, y la discapacidad mental y física; «Rhode Island' s» incluye discapacidad y género y «Pennsylvania» no reconoce la orientación sexual. Vid. *Ibíd.*, p. 2.

<sup>4</sup> Vid. *Ibíd.*, p.2.

<sup>5</sup> Vid. U.S. Department of Justice. Federal Bureau of Investigation, «Hate Crime Data Collection Guidelines. Uniform Crime Reporting», (1999).

ten las actuaciones en las investigaciones únicamente a supuestos en los que estén involucradas cuestiones de raza, religión, orientación sexual o etnia<sup>6</sup>.

En esta línea, la Oficina para las Instituciones Democráticas y los Derechos Humanos (en adelante ODIHR) presentó en 2005 una definición de trabajo, en la que definía un delito de odio como: «(A) cualquier infracción penal, incluyendo infracciones contra las personas o las propiedades, donde la víctima, sus bienes o el objetivo son elegidos por su real o asimilada conexión, afiliación, apoyo o pertenencia a un grupo definido en la parte B; (B) un grupo debe estar basado en una característica común de sus miembros, tal como su real o perceptiva raza, nacional o étnico origen, lenguaje, color, religión, sexo, edad, minusvalía mental o física, orientación sexual u otro factor similar»<sup>7</sup>.

Con esta definición la ODIHR ambiciona al menos en su ámbito de trabajo, tratar de homogeneizar determinadas normas penales como base para una futura regulación común que permita acotar y atajar conjuntamente este tipo de sucesos. Sin embargo, observamos nuevamente que quedan desterrados del paraguas protector, aquellos grupos marginados o discriminados que se identifiquen con otro factor similar, que sea real o percibido por su ofensor, resultando así, un mero cajón de sastre de imposible operativa policial e inimaginable aplicación procesal.

Por otro lado, para la Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante FRA), la historia de Europa es una larga historia de delitos de odio e intolerancia en la que sus países comparten historias empapadas de esclavitud, colonialismo, inmigración y dictaduras que sirven para informarnos «cómo y por qué cada país responde a los delitos de odio en una dirección determinada», comprendiéndose así, que «no haya una única definición legal o social de los delitos de odio o crímenes racistas en Europa»<sup>8</sup>.

Apreciamos aquí, que no se trata únicamente de un problema de definición legal, sino que además, parece estar anclado en prejuicios histórico-culturales directamente conexiónados con la situación social del momento y del lugar.

---

<sup>6</sup> The types of bias to be reported to the FBI's UCR Program are limited to those mandated by the enabling Act and its subsequent amendments. Vid. *Ibidem*, p.1 y ss.

<sup>7</sup> Vid. GOODEY, J. & AROMAA, K., *Hate Crimes*. Papers from the 2006 and 2007 Stockholm Criminology Symposiums, Ed. Criminal Justice Press, Helsinki, 2007, p. 5.

<sup>8</sup> Las interpretaciones y percepciones de un fenómeno de costoso reconocimiento institucional resultan diferentes per se, más aún lo serán sí en la práctica, determinados Estados miembros de la UE, «have tended to focus on certain manifestations of hate; [...] racial, ethnic and religious hatred (notably anti-Semitism), and less so to hate with respect to sexuality, disability, new manifestations of religious intolerance, and gender. In comparison with current US hate crime laws and programmes, which tend to be wide-ranging in their recognition of hate crime as impacting on many different social groups, European legislation and recognition of hate crime is relatively narrow and under-developed. Vid. GOODEY, J., «Racist Crime in the European Union: Historical Legacies, Knowledge Gaps, and Policy Development» en: GOODEY, J. & AROMAA, K., *op. cit.*, p.16 y ss.

## 2. DEL PREJUICIO A MÁS ALLÁ DE LO TOLERABLE

A las especiales dificultades a la hora de delimitar que grupos deben ser amparados bajo el enclave de los delitos de odio, se adiciona la inverosímil determinación de: qué tipo de conductas, qué expresiones, qué acciones, o qué ideologías han de ser consideradas prejuiciosas y por tanto discriminatorias.

En esta línea apuntan Jacobs & Potter en relación a la propia definición de los delitos de odio, cuando acertadamente aseveran que se trata de un concepto de difícil determinación debido a la imposible delimitación de entre otros, los límites del prejuicio, los tipos de prejuicios que podrían ser albergados dentro de la normativa de los delitos de odio, qué tipos de crímenes atribuibles a prejuicios podrían categorizarse como delitos de odio, y cómo de fuerte debe de ser la conexión entre el prejuicio del perpetrador y su conducta criminal. Siguiendo esos parámetros, la medida del prejuicio diferirá en función del clima social y político del lugar, resultando un fenómeno más o menos grueso en función de su percepción.

Tal vez por ello, vaticinaban que «usar los prejuicios y conducir a los criminales como testigos de las intolerancias de la sociedad o como indicador de la incivilización en las relaciones intergrupales, resultaría ser un grave error». Asegurando que al ser el término «hate crimes», de reciente construcción social, está enfocado hacia aquellas conductas criminales motivadas por ideas preconcebidas y focalizadas más en la psicología del criminal que en la propia conducta criminal<sup>9</sup>, enfatizando de forma acertada, que en función de la amplitud que deseemos dar al término prejuicio, «podremos hacer del problema de los delitos de odio tan grande o pequeño como deseemos manipular su definición»<sup>10</sup>.

Sin embargo pese a ser este un enfoque más o menos novedoso, no podemos obviar que muchos de esos prejuicios son transmitidos de generación en

---

<sup>9</sup> Según exponen estos autores, la concienciación individual en USA, varía según sean las personas de conscientes con sus propios prejuicios y de la propia voluntad de admitirlo. While only a small minority espouse their prejudices as ideologies, most deny that they hold any prejudices, sometimes in good faith and sometimes because they are ashamed of them. En relación al racismo, se ha hecho cada vez más inaceptable en las últimas décadas, «Americans often deny and repress their prejudices». Sin embargo, la pregunta lanzada respecto a porque algunas víctimas deben ser mayormente protegidas que otras, nos inunda aún más en el mar de confusiones respecto a la percepción y determinación del fenómeno. There are many different types of prejudices that might qualify for hate crime designation. Some civil rights and affirmative action legislation speaks in term of «protected groups», but this does not easily apply in the hate crime context because when it comes to crime, all victims are a protected group. Why should some victims be considered more protected than others? Vid. JACOBS, J.B. Y POTTER, K., Hate Crimes. Criminal Law and Identity Politics, Ed. Oxford University Press, New York, 1998, p. 3 y ss.

<sup>10</sup> «In other words, we can make the hate crime problem as small or large as we desire by manipulating the definition». Vid. Ibidem, p.28.

generación a través de los grupos sociales, por la propia tradición cultural, a través de la religión, de los medios de comunicación, etc. Resultando algunos socialmente aceptados, como el antifascismo, y otros rechazados como la misoginia. En cualquier caso, si que es importante considerar el enfoque hacia aquellas conductas criminales motivadas por ideas preconcebidas y focalizadas, dado que, equiparar una idea en abstracto –tal y como indican esos autores– con una conducta criminal que no ha sido perpetrada, desbordaría cualquiera de los principios por los que se rige el Derecho penal.

De forma análoga, encontraríamos dificultades a la hora de delimitar qué conductas prejuiciosas han de considerarse dentro de los márgenes de los delitos de odio y cuáles no. Así el espectrograma, resultaría tanto más amplio cuanto mayor sean los tipos delictivos inmersos, de manera que si tan solo consideramos incursos en nuestra definición los tipos delictivos graves (agresiones y daños a la propiedad), el resultado será cuantitativamente inferior al que obtendríamos si consideramos también inmersos en ese tipo de conductas, los actos previos o la antesala de las agresiones motivadas por el odio. Nos referimos aquí, no al mero pensamiento en abstracto, sino, a todas aquellas manifestaciones de hostilidad hacia determinadas personas o grupos, tales como actos vandálicos, grafitis, la propaganda y especialmente el temido discurso de odio «hate speech» que trataremos de analizar.

*Per se*, resulta factible encontrar infinidad de obstáculos legislativos, y no resultan en cuantía inferior los obstáculos procesales que se les presentarán a los Tribunales que desconozcan, a priori, los límites y la praxis a seguir en función del tipo de conducta criminal perpetrada, sin poder determinar si la causa, fue completamente, predominantemente o parcialmente, perpetrada por prejuicio; y poder determinar si con tales presupuesto tal conducta llegaría a ser considerada un delito de odio.

La práctica jurídica en países del área de la common law (donde como hemos indicado, se ha venido tipificando y aplicando mayoritariamente este tipo de crímenes), nos demuestra que cualquier fisura en las definiciones desemboca en sentencias divididas cuando no dispares. Así en controvertida sentencia que versaba sobre agresiones múltiples contra persona que había sido condenada previamente por pedofilia, la New South Wales Court of Criminal Appeal, consideró que los pedófilos resultaban ser un grupo de personas contra los que se perpetraban crímenes motivados por las específicas características que les identificaban, resultado in fine, sujetos afectos de la especial protección jurídica que les confería el derecho penal especial de los «hate crimes», aplicándose en consecuencia a sus agresores la agravante discriminatoria correspondiente a la pena final<sup>11</sup>.

---

<sup>11</sup> En un controvertido caso en el que cierta persona incendió en dos diferentes ocasiones el inmueble de su vecino, la Juez acabó sentenciando con la aplicación de agravante a la pena final, al considerar evidencias de que ambos incendios habían sido perpetrados

### 3. DISCURSO DE ODIOS Y DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.

#### ¿ES POSIBLE DETECTAR EL «HATE SPEECH»?

«Toda propaganda en favor de la guerra estará prohibida por la ley. Toda apología al odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley». Sin lugar a dudas, la realidad fáctica del artículo 20 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), parece distar bastante de su *lex lata* de 1966.

Tal y como indicábamos anteriormente, el concepto de delitos de odio no es un tipo de crimen afecto únicamente a la hipermodernidad, los mismos, se han venido cometiendo a lo largo de la historia. Si bien es cierto, que las etapas descolonizadoras y la globalización han venido favoreciendo su incremento exponencial<sup>12</sup>. Consecuencia o no, diversos han sido los tratados internacionales que han tratado de frenar este tipo de sucesos, sin haber obtenido una respuesta apropiada en las diferentes legislaciones internas de sus Estados parte.

Así la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (CIEDR), mandaba ya a los Estados parte en 1965,

---

en parte, porque el agresor consideraba que su víctima era pedófilo. La Corte consideró que tal motivación debía ser enmarcada dentro del concepto de los delitos de odio, al haber sido perpetrados por la espeluznante «orientación sexual» de la víctima. Según Mason, el reconocimiento de tal género –bajo la cobertura de los delitos de odio– entre otros, es causa de la deficiente formación de los Tribunales. Para este autor, «the provision has the potential to be applied to convictions for offences motivated by hatred or prejudice towards any identifiable group of people, e.g. politicians, lawyers, judges, cyclists, academics, rapists, environmentalists, for wheel-drive owners, and chocolate lovers.». Vid. MASON, G., «Hate crime in Australia: Are they achieving goals?», Ed. National Judicial College of Australia, 2010, p. 16 y ss.

<sup>12</sup> Entre otros apunta Giménez-Salinas que los intentos de globalización de todos los imperios y colonizaciones, se llevaron a cabo desde la anulación de la diferencia y la imposición de una homogeneidad arbitraria, todo lo cual aumentaba el resentimiento, la lucha de contrarios, y ha imposibilitado anular la violencia entre grupos. Vid. GIMENEZ-SALINAS I COLOMER, E., ROMÁN MAESTRE, B., GARCÍA SOLÉ, M., «Sociedad Abierta y Delitos de Odio en la Era de la Globalización», Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, Universidad Ramón Lluch, Barcelona, Vol. 17, San Sebastián, 2003, p. 121 y ss. Sabemos que el siglo XX fue el del advenimiento de los movimientos globalizantes. No sólo en lo económico y lo político, sino en lo cultural al intentar la uniformidad ideológica. Pero mientras las fronteras geopolíticas se hicieron laxas para algunos, otras fronteras, especialmente las culturales, se endurecieron. La tensión vino entonces a concentrarse en las consecuencias de los desplazamientos mundiales y en el renacimiento de los racimos. Vid. Lolita Aniyar de Castro, «Los Crímenes de Odio: Discurso Político y Delincuencia Violenta en Venezuela. El Respeto a las Diferencias y el Rol de la Criminología Crítica en Venezuela en los Inicios del Siglo XXI», Capítulo Criminológico, Vol. 36, Núm. 2, (2008).

condenar toda propaganda y organizaciones inspiradas en ideas o teorías basadas en la superioridad de una raza o de grupos de personas de determinado color u origen étnico, que pretendieran justificar o promover el odio y la discriminación racial; entre otros, exhortaba la punibilidad de «toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, cualquiera que sea su forma»<sup>13</sup>.

Por su parte, la Convención Americana sobre los Derechos Humanos (CADH), ad hoc, siguiendo las directrices enunciadas previamente por el PIDCP, encomendaba la prohibición de «toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo»<sup>14</sup>. Dichas directrices no parecieron incidir en la redacción del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), que a *prima facie* concedió un especial valor al derecho a la libertad de expresión, considerada como uno de los Derechos fundamentales en los que se asientan la mayoría de los sistemas constitucionales europeos<sup>15</sup>. La claridad del texto americano en relación a los límites a la libertad de expresión, quedó empañada en el texto europeo donde confirió limitar la libertad de expresión, en los supuestos en los que una ley nacional estableciera medidas para salvaguardar la «seguridad nacional, la integridad territorial o seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial»<sup>16</sup>.

La vaguedad con la que el legislador europeo redactó el artículo 10 CEDH dejó lugar a todo tipo de interpretaciones, dado que mediante un guiño a la

---

<sup>13</sup> Vid. Resolución 2106 A (XX) de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 21 de diciembre de 1965. Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, artículo 4.

<sup>14</sup> Vid. Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto de San José de 22 de noviembre de 1969, artículo 13.5.

<sup>15</sup> Por poner varios ejemplos en Derecho constitucional comparado, el conocido artículo 20 de la Constitución española de 1978 dedicado a la libertad de expresión, viene enclavado dentro del Capítulo dedicado a los Derechos y Libertades. El mismo artículo en la Constitución de la República italiana de 1947, viene inserto bajo el epígrafe 21 de la Parte Primera, dedicada a los Derechos y Deberes de los Ciudadanos. Por su parte en la Constitución de la República Federal alemana de 1945, la libertad de expresión viene recogida en el artículo 5, dentro del Capítulo I, dedicado a los Derechos Básicos. Y por poner el ejemplo de la paradigmática Constitución abierta de la Confederación helvética, el artículo 16 dedicado a la libertad de expresión, viene recogido desde la reforma de 18 de abril de 1999, bajo el Título II, que está dedicado a los Derechos Fundamentales, Derechos Civiles y Objetivos Sociales.

<sup>16</sup> Vid. Convenio Europeo de Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950, artículo 10.

libertad de expresión y en especial la de los medios de comunicación, omitió albergar bajo tan emblemático convenio y sus sucesivos protocolos las pautas marcadas por las anteriores convenciones expuestas<sup>17</sup>. La misma vaguedad legislativa se dió aún más acusada en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, donde sus legisladores ni siquiera dejaron en manos de una ley especial, la limitación los discursos extremos, derribando eso sí, las fronteras que la ley pudiera establecer dentro de la Unión<sup>18</sup>.

#### 4. ¿PUEDE EJERCERSE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN DE MANERA ILIMITADA?

Reconocida como uno de los logros en la lucha por los derechos civiles del siglo XX, la libertad de expresión, ha sido internacionalmente amparada bajo la cobertura de los artículos 18 y 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos<sup>19</sup> y especialmente bajo el artículo 19 del PIDCP<sup>20</sup>. Con-

---

<sup>17</sup> Para poder encontrar un amparo legal frente al abuso o el mal uso de la libertad de expresión en supuestos en los que se trate de camuflar el discurso de odio en el ejercicio de la misma. El juez europeo deberá buscar refugio legislativo en la prohibición del abuso del derecho del artículo 17 de la CEDH. Del mismo modo, la prohibición de discriminación del artículo 14 de la CEDH análogamente ampararía las situaciones en las que determinados discursos y aún más, acciones, se dirijan contra las personas caracterizadas por su diferencia. Sin embargo, al igual que nos resulta caprichosa la forma retórica con la que el legislador europeo promulga el uso de la libertad de expresión y los delegados límites a la misma, en relación a la seguridad nacional, integridad territorial, seguridad pública, prevención del delito, protección de la salud o de la efímera moral (nos evoca esta última alusión a las temerosas e impunes Convenciones Antidrogas que iniciaron su andadura bajo el lema de la preocupación por «la salud y moral de la humanidad»). Resulta más que curioso que el legislador europeo haya descuidado su caligrafía a la hora de dibujar los límites al uso ilegítimo de la libertad de expresión y no solo por los referentes de otras convenciones internacionales anteriormente expuestas, sino mayormente por la propia trágica historia asociada al discurso del odio que caracteriza a Europa. Nos atrevemos a decir que el uso de la libertad de expresión queda en el CEDH tan irregularmente redactada como quedó en la Carta de Banjul. Vid. Convenio Europeo de Derechos Humanos de 4 de noviembre de 1950, artículos 10,2, 14 y 17. Vid. Carta Africana de Derechos Humanos de 27 de julio de 1981, artículo 9.2.

<sup>18</sup> Vid. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, DOCE C/364 de 18.12.2000, Artículo 11, p. 11.

<sup>19</sup> El artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos apunta que «todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.»

<sup>20</sup> Según la redacción del artículo 19.2 PIDCP, «este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.»

fiere así el Derecho internacional de los derechos humanos una especial protección a la difusión de ideas y pensamientos, amparando con el mismo grado de seguridad jurídica, aquellos tipos de expresiones, informaciones, ideas de tipo disidente, que hieren, molesten e incluso alarmen, tal y como lo ha venido reconociendo ampliamente la jurisprudencia, pero siguiendo los límites que el propio Derecho internacional establece especialmente en el artículo 20 del PIDCP<sup>21</sup>.

Entre el orgullo y el ejemplo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) sostiene que el sistema interamericano de los derechos humanos, es «probablemente el sistema internacional que da mayor alcance y rodea de mejores garantías a la libertad de pensamiento y expresión»<sup>22</sup>. Buena prueba de ello es la lectura del propio artículo 13 del CADH por el que, *inter alia* en un solo precepto, se da cabida a los mandatos de los artículos 19 y 20 del PIDCP, pendientes de completar entre otros, por el CEDH.

Pero la protección reservada a la libertad de expresión no resulta infinita bajo el CADH, y es la propia jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos la que establece apoyándose en la jurisprudencia de otros Tribunales internacionales como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), que no se trata de un «derecho absoluto»<sup>23</sup>, reconociendo que cierto tipo de discursos resultan antagónicos a la doctrina del derecho internacional de los derechos humanos.

Quedan así excluidos de la protección de la libertad de expresión del artículo 13 CADH, «toda propaganda en favor de la guerra y toda apología

---

<sup>21</sup> En sus epígrafes uno y dos, el PIDCP dibuja los límites a la libertad de expresión de forma pragmática, afirmando que «toda propaganda en favor de la guerra estará prohibida por la ley. Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley.» Vid. Resolución 2200 A (XXI) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 16 de diciembre de 1966. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 20.

<sup>22</sup> Vid. Organización de los Estados Americanos. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, «Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2008. Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión», Volumen III. Secretaría General de los Estados Americanos, Washington, (2009), p. 119.

<sup>23</sup> Entre otros, en caso *Kimel vs. Argentina*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos estimó que la libertad de expresión sin llegar a ser un derecho absoluto, la propia Convención que prohíbe la censura, prevé la posibilidad de exigir responsabilidades ulteriores por su ejercicio abusivo, estimando no contraria a la Convención, «cualquier medida penal a propósito de la expresión de informaciones u opiniones» que sea analizada con especial cautela, recayendo la carga de prueba, «en quien formula la acusación», todo ello –observando los movimientos en la jurisprudencia de otros Tribunales, entre otros los del TEDH– se promueva con racionalidad y equilibrio, la protección que merecen los derechos en aparente pugna sin lesionar «las garantías que requiere la libre expresión como baluarte del régimen democrático». Vid. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Kimel vs. Argentina*, Sentencia de 2 de mayo de 2008, Epígrafes, 54 y 78.



del odio que constituya incitación a la violencia, tal y como se establece en su epígrafe quinto. Del mismo modo, quedaría excluido de la protección *ab initio* del mencionado precepto, todo acto de «incitación directa y pública al genocidio no estableciendo nada respecto a la discutida negación del genocidio, limitando por último, todo acto relacionado con la «pornografía infantil».

Como dato importante apunta la CIDH que la legitimidad de las restricciones a la libertad de expresión, deberán de ser aplicadas tanto a las leyes que las establecen, como a las «decisiones y actos administrativos, judiciales, policivos o de cualquier otra índole que les materializan [sic.], es decir, a toda manifestación del poder estatal»<sup>24</sup>, tal y como lo establece la jurisprudencia<sup>25</sup>.

Nos evocan aquí, que no solo las expresiones y actos de odio son ejecutados por los intolerantes, y que, *a fortiori*, en múltiples ocasiones son las propias Instituciones las que incitan y ejecutan el odio o hacen un uso indebido de las restricciones impuestas por las propias convenciones. Entre otras, por ejemplo, las prohibiciones que el gobierno brasileño hizo contra diversas manifestaciones convocadas en varias ciudades por el movimiento global «Marijuana March», las mismas, fueron decretadas en base a una supuesta configuración a la «apología e instigación al crimen», entre otros, por la supuesta inducción al consumo de drogas a través del ejercicio de la libertad de expresión<sup>26</sup>.

Como no podía ser de otra manera, la respuesta de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión fue contundente, recordando nuevamente que salvo en los casos de expresiones en «favor de la guerra o la apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier grupo de persona o grupo de

---

<sup>24</sup> A través de un amplio informe, la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, expone los límites a la restricción de la libertad de expresión que establecen tanto la Comisión como la Corte Interamericana, apuntando que estas Instituciones exigen entre otros, que las restricciones se apliquen a «todos los elementos constitutivos de la libertad de expresión, en sus diversas manifestaciones», quedando ahí implicados los medios de comunicación y las propias Instituciones. Vid. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, op. cit., ep. 59, p. 136.

<sup>25</sup> La «necesidad» y, por ende, la legalidad de las restricciones a la libertad de expresión fundadas en el artículo 13.2 de la Convención americana, dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo, que prepondere claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho que el artículo 13 garantiza. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo, debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido. Lo anterior se aplica a las leyes, así como a las decisiones y actos administrativos y de cualquier otra índole, es decir, a toda manifestación del poder estatal. Vid. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso López Álvarez vs. Honduras, Sentencia de 1 de febrero de 2006, Serie C, No. 141, Ep. 165, p. 149- 150.

<sup>26</sup> Vid. Article 19, «BRAZIL: Marijuana March prohibited, demonstrators detained in clear violation of freedom of expression», (2008). <http://www.article19.org>.

personas»<sup>27</sup>, la libertad de expresión protege no únicamente la difusión de ideas e informaciones recibidas favorablemente, inofensivas o indiferentes; además quedarán amparadas igualmente, aquellas que ofenden, inquietan, resultan ingratas o perturban al Estado o sector de la población, tal y como lo exigen los principios del pluralismo y tolerancia de cualquier democracia.

Es por ello, por lo que sentenció que «las marchas ciudadanas pacíficas en el espacio público son manifestaciones protegidas por el derecho a la libertad de expresión»<sup>28</sup>, refutando así cualquier injerencia del Estado que trate de adoptar cualquier tipo de decisión infundada o arbitraria que dé lugar a un efecto general de silenciamiento —«chilling effect»— fuera de los supuestos expuestos<sup>29</sup>.

## 5. CASOS OTEGUI Y FÉRET. EL DISCURSO DEL ODIO SEGÚN LOS TRIBUNALES EUROPEOS

«El derecho a la libertad de expresión da cobertura no sólo a las ideas e informaciones aceptadas favorablemente o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también a aquellas que molestan, chocan o inquietan, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura sin los cuales no hay sociedad democrática». De forma análoga a los pronunciamientos de la Corte Interamericana el TEDH, ha tenido ocasión de pronunciarse en relación al artículo 10.2 del CEDH<sup>30</sup>.

En relación a esta interpretación positivista de la libertad de expresión, el propio Tribunal Constitucional español (TC) ha tenido ocasión de pronunciarse, admitiendo que ciertamente «el ámbito constitucionalmente protegido

<sup>27</sup> Vid. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, op. cit., Ep. 50, p. 40.

<sup>28</sup> Vid. *Ibidem*, Ep. 50, p. 40.

<sup>29</sup> Basta acá con señalar que algunos de los argumentos que soportan esta tesis se refieren, fundamentalmente, a la importancia de evitar la creación de marcos jurídicos que permitan al Estado adoptar decisiones arbitrarias o desproporcionadas que tengan un efecto general de silenciamiento («chilling effect»). *Ibidem*, Ep. 57, p. 207.

<sup>30</sup> La libertad de expresión no ampara únicamente aquellas informaciones o ideas acogidas con favor o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que contrarian, chocan o inquietan al Estado o a una parte cualquiera de la población. Vid. Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH) de 23 de septiembre de 1988 (Lediheux), STEDH de 23 de abril de 1992 (Castells), STEDH de 24 de febrero de 1997 (Haes y Gijssels), de 8 de julio de 1999 (Sürek Baskaya y Okcuoglu) y 29 de septiembre de 1999 (Oztürk). En esta misma línea se ha venido manifestando el Tribunal Constitucional español, al reconocer a través de su jurisprudencia, que «la libre difusión de ideas y opiniones es que, según hemos reiterado, la libertad de expresión comprende la libertad de crítica, aún cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige, pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe «sociedad democrática»». Vid. entre otras, STC 174/2006, de 5 de junio, FJ 4 y STC 235/2007, de 7 de noviembre, FJ 4.

de la libertad de expresión no puede verse restringido por el hecho de que se utilice para la difusión de ideas u opiniones contrarias a la esencia misma de la Constitución»<sup>31</sup>. Advierte el TC que el legítimo ejercicio de la libertad de expresión, no implica que pueda llegar a ser considerado como un «derecho absoluto»<sup>32</sup>, a través del cual, se puedan difundir frases y expresiones ultrajantes u ofensivas no relacionadas con el propósito, tal y como ocurre, con los discursos racistas o xenófobos. Acertadamente el TC aparta de la protección que brinda el artículo 20.1 CE a este tipo de discursos, que menosprecian y estigmatizan a grupos de personas por sus especiales características, argumentando, que proteger este tipo de actuaciones amparándose en la cobertura del artículo 20.1 de la Constitución implicaría permitir, la «violación de unos de los valores superiores del ordenamiento jurídico, como es la igualdad»<sup>33</sup>, y la dignidad de las personas. De tal forma que aquellas manifestaciones racistas, humillantes, vilipendiadoras o que incitan directamente a actitudes constitucionalmente inaceptables, quedarían descubiertas del amparo del artículo 20.1 CE. Advierte su reconocida jurisprudencia que «el odio y el desprecio a todo un pueblo o a una etnia son incompatibles con el respeto a la dignidad humana»<sup>34</sup>.

### 5.1. *Otegui Mondragón vs. España: controversia, «chilling effect» y obstinación*

En relación a la consideración o no de la libertad de expresión como un derecho absoluto y cuándo y cómo delimitar su cobertura, hemos tenido ocasión de asistir entre otras, a la STEDH del 15 de marzo de 2011, caso Otegui vs. España.

El conocido caso Otegui, surgió como consecuencia de una querrela presentada por la Fiscalía en relación a unas declaraciones públicas realizadas por el portavoz del grupo parlamentario Sozialista Abertzaleak en contra del

<sup>31</sup> Vid. Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 235/2007, de 7 de noviembre de 2007, FJ 4.

<sup>32</sup> «Todo lo dicho no implica que la libre transmisión de ideas, en sus diferentes manifestaciones, sea un derecho absoluto. De manera genérica, se sitúa fuera del ámbito de protección de dicho derecho la difusión de las frases y expresiones ultrajantes u ofensivas, sin relación con las ideas u opiniones que se quieran exponer, y por tanto, innecesarias a este propósito» [...] «En concreto, por lo que hace a las manifestaciones, expresiones o campañas de carácter racista o xenófobo, hemos concluido que el artículo 20.1 CE no garantiza “el derecho a expresar y difundir un determinado entendimiento de la historia o concepción del mundo con el deliberado ánimo de menospreciar y discriminar, al tiempo de formularlo, a personas o grupos por razón de cualquier condición o circunstancia personal, étnica o social...”» Vid. *Ibidem*, FJ 5.

<sup>33</sup> Vid. *Ibidem*, FJ 5.

<sup>34</sup> Vid. STC 214/1991, de 11 de noviembre, FJ 8.

Jefe de Estado<sup>35</sup>. De la lectura de dichas declaraciones y del fallo en primera instancia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (STSJPV), se desprende, inclusive a través del único voto concordante, que tales declaraciones fueron realizadas en el «ejercicio del derecho a la libertad de expresión, al no exceder de las limitaciones constitucionales con que ha de ser ejercido este derecho fundamental»<sup>36</sup>.

Como es sabido, dicha sentencia fue anulada por el Tribunal Supremo, quien consideró que a través de aquellas declaraciones, «el ejercicio del derecho fundamental de la libertad de expresión resulta, con toda evidencia, contrario al principio de proporcionalidad y, por lo tanto, absolutamente in-

---

<sup>35</sup> En concreto, el Sr. Otegui como portavoz del grupo parlamentario al que representaba, realizó una serie de declaraciones en relación a una operación policial contra el periódico Egunkaria. En las mismas, sostenía que el Rey (Jefe del Estado Español y jefe de las Fuerzas Armadas –incluyendo en estas a la Guardia Civil–), era el jefe de los que habían torturado a las personas detenidas en la operación llevada a cabo contra el mencionado periódico. Taxativamente las palabras de Otegui, en relación a una inauguración conjunta con el presidente del Gobierno Vasco: «¿Cómo es posible que se fotografien hoy en Bilbao con el rey de España, cuando el rey de España es el jefe supremo del ejército español, es decir el responsable de los torturadores y el que protege la tortura y que impone su régimen monárquico a nuestro pueblo a través de la tortura y la violencia?». Vid. STEDH de 15 de marzo de 2011, caso Otegui Mondragón vs. España (Denuncia no 2034/07).

<sup>36</sup> En opinión del magistrado disidente, Bolado Zárraga, ninguna de las expresiones proferidas se refieren a aspectos personales de la vida personal del monarca, resultando un fiel reflejo de la postura política del portavoz del grupo parlamentario, «contraria a la forma de Estado de la Monarquía Parlamentaria establecida en la Constitución y proclive a la independencia del País Vasco». Enlazando así al Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas y mando de la Guardia Civil –al ser este un cuerpo de carácter militar– como «Jefe de los que han torturado a Víctor Manuel, Alexander y a todos los detenidos», hecho reiterado a través de denuncias que han sido constantemente repetidas «por miembros del grupo político donde se integra el acusado y en alguna ocasión han dado lugar a la incoación de proceso penal relativo a los hechos denunciados». En esta línea apuntan entre otros Amnistía Internacional quien exhorta a la eliminación de «espacios de impunidad para los graves abusos contra los derechos humanos cometidos por ETA y deben también investigarse los cometidos por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado español». Vid. Amnistía Internacional, «Una agenda de derechos humanos para la X legislatura en España», Sección española de amnistía internacional, Madrid, 2012, p. 29. Es por ello, por lo que «partiendo por tanto de esa enemistad, constitucionalmente lícita, a la institución monárquica y al Estado en el que se integra el País Vasco, se advierte claramente que las manifestaciones que se enjuician carecen de otro sentido, respecto de S.M. el Rey, que no sea la de su consideración como Jefe del Estado, a quien el acusado atribuye autoridad directa sobre todos los órganos de la administración estatal; y siendo este el sentido que indudablemente corresponde a tales manifestaciones, las censuras que ellas puedan merecer no deben alcanzar una consideración jurídica que prevalezca sobre el respeto al derecho constitucional de la libertad de expresión». Vid. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (Bilbao), Sala de lo Civil Penal, 18 de Marzo de 2005, Número de Recurso: 7/2003, Voto Concordante, Ep. Séptimo.

necesario, superándose con mucho lo que pudieran considerarse críticas hirientes, molestas o desabrida»<sup>37</sup>, considerando que aquellas fueron unas declaraciones ignominiosas que pretendían herir o molestar la dignidad del Jefe del Estado.

En voto disidente –que compartimos– el magistrado Ibañez apuntó que el uso de la libertad de expresión se «amplía sensiblemente cuando versa sobre instituciones, dado que éstas no gozan de ese atributo exclusivo de la persona, que es el honor. Y, por tanto, su presencia en la esfera pública tiene lugar en un régimen de protección de intensidad menor, que la reconocida a los particulares»<sup>38</sup>.

Ciertamente en esta línea apuntaba, entre otros, el Relator Especial de las Naciones Unidas para la Libertad de Opinión y Expresión, que en declaración conjunta, advertía que cualquier tipo de restricciones a la libertad de expresión debe limitarse a la protección de intereses sociales y derechos individuales imperativos, y «no debe usarse nunca para proteger instituciones particulares ni nociones, conceptos o creencias abstractas»<sup>39</sup>.

Discreparon de esa última tesis, parte de la doctrina, así Serrano Maíllo proponía desplazar la figura del Rey de la categoría de político, al no participar aquél en la disputa política. Repuntando que para el TEDH, la «libertad de expresión es especialmente valiosa en manos de esos sujetos, dado que en definitiva han sido elegido por el pueblo»<sup>40</sup>.

Con tales premisas, entenderíamos que la libertad de expresión resultaría más amplia si proviene de la clase política, resultando de esta forma aún más fuerte la voz del parlamentario Abertzaleak, dado que guste o no, entre las dos personalidades, el señor Otegui fue el único elegido por sufragio universal. Soto García destaca dos elementos de la jurisprudencia del TEDH en relación a este caso, que el artículo 10. 2 del CEDH apenas deja lugar a res-

---

<sup>37</sup> Vid. Sentencia del Tribunal Supremo 1284/2005 de 31 de octubre de 2005, FD, Tercero.

<sup>38</sup> Vid. *Ibidem*, Voto Disidente.

<sup>39</sup> En líneas semejantes se ha pronunciado también la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, mediante Resolución 2434 (XXXVIII-0/08) sobre Derecho a la libertad de pensamiento y expresión y la importancia de los medios de comunicación. Donde la Relatoría Especial de la CIDH invita a los Estados a derogar las leyes que tipifiquen delitos de desacato, difamación injuria y calumnia, supeditando el control de estas conductas al derecho civil. Vid. Relator Especial de las Naciones Unidas para la Libertad de Opinión y Expresión; Representante de la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa, ..., «Declaración conjunta sobre difamación de religiones sobre legislación antiterrorista y anti-extremista», Campaña Global para la libertad de expresión, Atenas, (2008).

<sup>40</sup> Vid. SERRANO MAÍLLO, I., «El derecho a la libertad de expresión en la jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos: dos casos españoles», *Teoría y Realidad Constitucional*, UNED, Vol. 28, 2011, pp. 591 y ss.

tricciones a la libertad de expresión en el ámbito del discurso político y el especial valor que esa libertad tiene, para un «electo por el pueblo, que representa a sus electores»<sup>41</sup>.

Al mismo tiempo, aquellas declaraciones no fueron ajenas a la realidad política del momento, pese a que Serrano Maíllo sostenga que el TEDH diera «muestras de su desconocimiento de la situación que vive el País Vasco»<sup>42</sup>. A este respecto, el propio fallo del TSJPV hizo expresa mención al problema del terrorismo y a las reiteradas vulneraciones de los derechos humanos a través de torturas. En esta línea se postula, entre otros, Landa Gorostiza, quien sostiene que en el País Vasco además de la actividad terrorista de ETA, existe un «pasado pre-constitucional y, en parte, post-constitucional, en el que los aparatos del Estado –o grupos que contaban con su connivencia e impunidad– han protagonizado violaciones graves y sistemáticas de los derechos humanos que, hasta ahora al menos, han pasado por un modelo de transición de olvido y punto final»<sup>43</sup>.

No debemos pasar por inadvertido que fuera el propio TEDH, quien condenara a España por vulneración del artículo 3 del CEDH, en caso de malos tratos a un detenido de la organización terrorista ETA<sup>44</sup>, y que, el Relator

---

<sup>41</sup> SOTO GARCÍA, M., «TEDH – Sentencia de 15.03.2011, Otegui Mondragón c. España, 2034/07 – Artículo 10 del CEDH – Libertad de Expresión – Límites – Delito de Injurias contra el Jefe del Estado – Exhortación a la Violencia y Discurso de Odio», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Vol. 42, Madrid, 2012, pp. 583-84.

<sup>42</sup> Recordemos que el TEDH, ya ha tenido ocasión de pronunciarse en caso similar, condenando a España por vulneración del artículo 10 del CEDH, al haber condenado al senador del grupo Herri Batasuna –Castells, por injuriar gravemente al gobierno a través de unas declaraciones realizadas en un semanario. De la lectura de las mismas, el TEDH no apreció ningún tipo de incitación a la violencia ni apología de la misma. Desprendiéndose más bien, sentimientos de impotencia ante –según su exposición– la impunidad de unas acciones de las que solo pueden estar «el Gobierno, el partido del gobierno y sus efectivos». Vid. STEDH de 23 de abril de 1992, Castells vs. España.

<sup>43</sup> En alusión a los intentos de clasificación por parte del Estado español, de la actividad terrorista del grupo ETA, como crímenes contra la humanidad, al margen de la responsabilidad del Estado por las múltiples violaciones de derechos humanos –no registradas– de las cuales ya ha tenido tácitamente conocimiento el TEDH, entre otros, a través de STEDH de 23 de abril de 1992, Castells vs. España. Acertadamente, supone –el autor– siguiendo entre otros a GIL GIL, que «el discurso de los derechos humanos sea manipulado por el Estado para zafarse de sus responsabilidades y obligaciones internacionales», supone un ejercicio de «blanqueo de sepulturas inaceptable». Vid. LANDA GOROSTIZA, J.M., «La sombra en los crímenes contra la humanidad en la política anti-terrorista española: reflexiones críticas», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (2010), p. 10: 29 y ss.

<sup>44</sup> Vid. Caso San Arguiro Isasa vs. España, recurso núm. 2507/07, Sentencia del TEDH de 28 de septiembre de 2010,.

especial de la ONU, Van Boven, concluyera precisando que el sistema penal español «permite la ocurrencia de tortura o malos tratos»<sup>45</sup>.

Entre sus conclusiones, Serrano Maíllo sentenció que las «declaraciones de Otegui debieron ser consideradas por el TEDH como un ejemplo claro del denominado *discurso del odio*»<sup>46</sup>. Sin embargo, al no quedar constatado que a través de las mismas se desencadenara una incitación a la violencia<sup>47</sup> contra cualquier persona o grupo de personas, o bien, a través del odio nacional, racial o religioso, no existe razón para que las mismas puedan ser categorizadas en ningún caso como un tipo de «hate speech»<sup>48</sup>, resultando *in fine*, un mero ataque contra las Instituciones al que cualquier intento de silenciamiento –chilling effect– debe de ser considerado contrario al artículo 10 del CEDH.

En líneas semejantes se ha venido manifestando el TC, cuando destaca que es «precisamente cuando se presentan ideas que sorprenden, que chocan y que contestan el orden establecido, es cuando la libertad de expresión es más preciada»<sup>49</sup>.

Como bien apuntó el juez De Meyer, «en caso de injurias, calumnias y difamación, no conviene que las instituciones estén más protegidas que las personas

---

<sup>45</sup> A través de un amplio informe sobre España, el Relator Especial sobre la cuestión de la tortura Theo van Boven, analiza entre otros el caso de las detenciones llevadas a cabo consecuencia del cierre del periódico Egungaria –motivo de las declaraciones analizadas a priori–. Para Van Boven, en sintonía con las opiniones expresadas por los tribunales y órganos regionales de derechos humanos, inter alia, «la detención incomunicada prolongada puede facilitar la práctica de la tortura y equivale en sí a una forma de trato cruel, inhumano o degradante» Vid. VAN BOVEN, T., «Los Derechos Civiles y Políticos, en Particular las Cuestiones Relacionadas con la Tortura y la Detención». Informe del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura, 60º periodo de sesiones, E/CN. 4/2004/56/Add. 2, 2004, Ep.30 y ss.

<sup>46</sup> Vid. SERRANO MAÍLLO, op. cit., p. 593.

<sup>47</sup> «El elemento esencial a tomar en consideración ha de ser la inexistencia de exhortación a la violencia o de un discurso de odio, que la Corte no aprecia en el caso, a pesar de que se bosquejara una imagen negativa del Rey como institución y ello diera al relato una connotación hostil». Soto García. op. cit., p. 586.

<sup>48</sup> En comentario al presente fallo del TEDH se sostiene que si bien el lenguaje del parlamentario fue una provocación, hubo unas ciertas «dosis de exageración, pues en todo caso no se exhortó a la violencia o al discurso del odio». Vid. AA.VV., «Libertad de Expresión (art. 10 CEDH)», Revista de Justicia Administrativa. Derechos Fundamentales y Libertades Públicas, núm. 52, (2011), p.98.

<sup>49</sup> Así el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse «más allá del riesgo, indeseable en el Estado de democrático, de hacer del Derecho penal un factor de disuasión del ejercicio de la libertad de expresión [...] a las normas penales les está vedado invadir el contenido constitucionalmente garantizado de los derechos fundamentales». «Nuestro ordenamiento constitucional no permite la tipificación como delito la mera transmisión de ideas, ni siquiera en los casos en que se trate de ideas execrables por resultar contrarias a la dignidad humana...» Vid. STC 235/2007, de 7 de noviembre de 2007, FJ, 6.

y que el Gobierno lo esté más que la oposición»<sup>50</sup>. Se comprende aquí, que aquel discurso en litigio no se exhortó al uso de la violencia, no correspondiéndose por tanto con un discurso de odio, al no cumplir con el elemento esencial –según la propia jurisprudencia del TEDH– de inculcar un «odio profundo e irracional»<sup>51</sup>.

## 5.2. *Estado español y la jurisprudencia de Estrasburgo*

Pese a la mencionada condena firme a España por violación del artículo 10 del CEDH –caso Otegui– y de los mencionados convenios internacionales en materia de libertad de expresión y discurso de odio; la justicia española persevera en el blindaje de la figura del Jefe de Estado. Nuevamente el pasado 14 de marzo de 2013 –en contra de la mencionada jurisprudencia del TEDH– la Audiencia Nacional (AN), condenaba por delito de calumnias e injurias graves contra la Corona, al ex-coronel del ejército Martínez Inglés, por la publicación de un artículo en un diario de difusión limitada en el que aparentemente se menospreciaba la figura del Jefe del Estado, sin incitar al odio o la violencia<sup>52</sup>.

Es precisamente en aquellos discursos litigiosos que no muestran evidencias de rebasar los límites de la libertad de expresión donde la CADH, ha delimitado con mayor certeza los márgenes, respecto al CEDH. Posiblemente por ello, en el espacio europeo se están encontrando sentencias tan contradictorias, como la tan criticada por un sector de la doctrina, STC235/2007, de 7 de noviembre, por la que se despenaliza la negación del holocausto, al considerar en principio inane, «la mera negación del delito»<sup>53</sup>.

<sup>50</sup> Vid. Caso Castells vs. España, recurso núm. 11798/85, Sentencia del TEDH de 23 de abril de 1992. Voto Concordante.

<sup>51</sup> El TEDH, recuerda que en su propia jurisprudencia, para que se den los presupuestos necesarios en los que se pueda limitar el ejercicio de la libertad de expresión, «the Court reiterates that the mere fact that «information» or «ideas» offend, shock or disturb does not suffice to justify that interference [...] What is in issue in the instant case, however, is hate speech and the glorification of violence». Vid. Caso Sürek vs. Turquía, (no 1) [GC], rec. núm. 26682/95, § 62.

<sup>52</sup> Eludiendo comentada jurisprudencia del TEDH, al respecto de la protección del ejercicio a la libertad de expresión en lo referente, a proteger la imagen de las personalidades políticas, el Magistrado Vázquez Honrubia, condenó al ex-coronel, por divulgar en un medio digital de difusión limitada (Canarias-digital), afirmaciones como que Franco fue el tercer dictador más sanguinario de Europa, o que el actual Jefe de Estado, traicionó a la nación española al pactar en 1975 con el Departamento de Estado norteamericano «la entrega vergonzante a Marruecos de la totalidad de la antigua provincia española del Sáhara Occidental», entre otras que sin ser generadoras de odio, no podemos compartir. Lo más sorprendente, es que el propio Magistrado, eludió la jurisprudencia del caso Otegui, cuando en el FJ. 4, refiere la STS de 31 de octubre de 2005 (caso Otegui). Vid. Sentencia de la Audiencia Nacional núm. 16/2013, de 14 de marzo de 2013, FJ. 4.

<sup>53</sup> En otros países de nuestro entorno –principalmente Alemania, artículo 130 StGB– la mera negación o minimización pública de los hechos cometidos por el régimen Nacio-



Entre otros, Landa Gorostiza, acertadamente apunta que a través de dicha sentencia, el TC recoge los «criterios interpretativos del discurso de odio», priorizando el área de la libertad de expresión y desplazando así la intervención penal<sup>54</sup>. Todo ello, tal y como indica el propio TC, frente a otras conductas de juicio positivo «que comportan adhesión valorativa al hecho criminal»<sup>55</sup>.

### 5.3. *Féret vs. Bélgica: TEDH y «hate speech» en política*

La referida adhesión valorativa que proponía el TC al respecto de la mera negación de un delito, en cierto sentido, se da entre otros, en el conocido caso *Féret vs. Bélgica*.

Nótese que en el asunto *Féret*, al contrario que el caso *Otegui* en el que el las declaraciones –no se trató de un discurso programado– se dirigían contra una figura pública, en este, el discurso –más agresivo, contundente y programado– se dirigía contra determinados colectivos, inmigrantes y musulmanes principalmente. Proponía el líder belga, la expulsión y segregación social de los inmigrantes no comunitarios y de los musulmanes; consolidando así en sus discursos, claras evidencias xenófobas e islamóforas que resultaban contrarias, *de iure*, a lo establecido entre otros, en el artículo 4 del CIEDR.

Parte de la doctrina como Alcácer Guirao –con quien no coincidimos en este planteamiento– consideran que la sentencia del asunto *Féret* fue «rechazable desde los propios parámetros manejados habitualmente por el TEDH en materia de libertad de expresión, pues constituye una restricción excesiva e injustificada del derecho fundamental en el ámbito donde su protección en un Estado constitucional debería ser más intensa»<sup>56</sup>. A este respecto coincidimos con Rosenfeld, quien considera que los sentimientos contra los inmigrantes pueden ser producto de temores de ver peligrar la propia seguridad económica y los valores culturales. Esos temores, deberían ser libremente discutidos y debe actuarse con cautela cuando se en-

---

nalsocialista, continúa siendo tipificada. Sin embargo, nos queda la duda de si bajo tal precepto, sería punible la negación pública de los crímenes cometidos por Stalin, Pol Pot, Mussolini, Franco o Nixón, entre otros. Consideramos que la inserción de tal precepto en el Código penal germano, supone un acto más de lavado de imágenes pasadas.

<sup>54</sup> Vid. LANDA GOROSTIZA, J.M., «Incitación al odio: evolución jurisprudencial (1995-2011) del art. 510 CP y propuesta de lege lata», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3.ª época, Vol. 7, 2012, p. 329.

<sup>55</sup> STC 235/2007, de 7 de noviembre de 2007, FJ 8.

<sup>56</sup> Vid. ALCÁCER GUIRAO, R., «Discurso del odio y discurso político. En defensa de la libertad de los intolerantes», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Vol. 14-02, 2012, pp. 30-62. p. 02: 8.

frenta a lo que parece ser un «discurso de odio en sustancia, pero no es discurso de odio en forma»<sup>57</sup>.

Sin embargo, aquél ataque dialéctico y mediático a través de la propaganda, determinó que la condición de parlamentario no le podía eximir de responsabilidad, por lo que el Sr. Féret fue condenado según la Ley belga de 30 de julio de 1981, sobre la represión de determinados actos basados en el racismo. Ley por cierto, que a juicio del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, no parecía atender todos los requisitos del artículo 4 del CIEDR<sup>58</sup>.

A través del caso Féret, el TEDH hizo un llamamiento recordando que es del todo crucial, «que los políticos en sus discursos públicos, eviten difundir declaraciones que tiendan a alimentar la intolerancia»<sup>59</sup>.

Probablemente el mayor obstáculo al que se deben enfrentar los tribunales a la hora de dirimir en este tipo de casos, es determinar cuando unas declaraciones alientan o no la intolerancia; o si por el contrario, como sostiene Alcácer Guirao, pertenecen a un evidente *animus iocandi* que no corresponde con el estilo de «una arenga que persiga enervar los ánimos»<sup>60</sup>. A este respecto Sottiaux confirma que en el caso Féret el tipo de discurso es apropiado calificarlo como incitador al odio racial y la discriminación de forma intencionada<sup>61</sup>. Para el TEDH, parece quedar claro que «el odio no requiere un determinado acto de violencia o acto criminal», difamaciones contra sec-

---

<sup>57</sup> ROSENFELD, M., «El discurso del odio en la jurisprudencia constitucional: análisis comparativo», Pensamiento Constitucional, Año XI, Núm. 1, p. 194.

<sup>58</sup> Según las observaciones del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial en Bélgica, la Ley de 30 de julio de 1981 sobre la represión de determinados actos basados en el racismo, si bien representaba un adelanto en la campaña de lucha contra la discriminación racial en Bélgica, el alcance de la Ley continua siendo limitado. Requiere el Comité, a su vez, información sustantiva adicional sobre las denuncias presentadas ante los tribunales en relación con el cumplimiento de la Ley, y sobre la existencia de grupos que promuevan la discriminación racial. Vid. Office for the High Commissioner for Human Rights, «Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial», (1992), A/47/18, par. 44-68.

<sup>59</sup> En esta línea se ha venido manifestando entre otros muchos, la Comisión Europea Contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI), que recomienda encarecidamente a los partidos políticos, de resistir la tentación de presentar imágenes negativas respecto a personas extra comunitarias y de grupos minoritarios. «Los partidos políticos deben adoptar posiciones firmes contra cualquier forma de racismo, discriminación y xenofobia en política». Entre otros, Vid. Commissione Europea Contro el Razismo e l'Intoleranza, «Terzo Rapporto sull'Italia», Strasburgo, (2006), p. 28.

<sup>60</sup> Vid. ALCÁCER GUIRAO, R., op. cit, p. 02: 26.

<sup>61</sup> Siguiendo la jurisprudencia del caso Keedstra, este autor asevera que «incitement is to mean active support or instigation, the intention requirement is to imply a subjective desire to stir up hatred, and hatred is to connote emotion of an intense and extreme nature that is clearly associated with vilification and detestation». Vid. SOTTIAUX, S., «'Bad Tendencies' in the ECtHR's 'Hate Speech' Jurisprudence», Europa Constitutional Law Review, (2011), p. 54.

tores de la población, grupos específicos o la incitación a la discriminación, es suficiente para que las autoridades enfatizen la lucha contra el discurso racista y la libertad de expresión irresponsable<sup>62</sup>.

## 6. CONCLUSIONES

Con lo hasta aquí expuesto, podemos sostener que cualquier tipo de suceso motivado por odio, tiene un perfil de tipo emocional que será tan diverso como dispares sean, las ideologías, apreciaciones e interpretaciones. Tal y como describe Aniyar, los delitos de odio, son «crímenes motivados por las diferencias»<sup>63</sup>.

Pero, ¿hasta dónde se pueden permitir y limitar esas diferencias? A las dificultades procesales a la hora de imputar cualquier tipo de delito; cuando estos son causa de un móvil odioso, se adicciona la delimitación de los márgenes entre el respeto a la libertad de expresión y la prohibición penal de determinados discursos hirientes característicos de las democracias militantes. Acertadamente Alcácer Guirado apunta que exceptuando aquellos discursos que supongan una provocación directa a la violencia, restringir la libertad de expresión sin darse aquella inminente provocación, únicamente podría aceptarse «en sociedades en situación estructural de crisis, en las que las desigualdades existentes *de facto* entre grupos sociales sean de tal grado que impidan a algunos acceder en condiciones de igualdad al ejercicio de la libertad de expresión pública»<sup>64</sup>. Sin embargo, esta tesis nos evoca la necesidad de identificar qué tipo de sociedad puede llegar a ser considerada estable, es decir, ecuánime.

---

<sup>62</sup> «La Cour estime que l'incitation à la haine ne requiert pas nécessairement l'appel à tel ou tel acte de violence ou à un autre acte délictueux. Les atteintes aux personnes commises en injuriant, en ridiculisant ou en diffamant certaines parties de la population et des groupes spécifiques de celle-ci ou l'incitation à la discrimination, comme cela a été le cas en l'espèce, suffisent pour que les autorités privilégient la lutte contre le discours raciste face à une liberté d'expression irresponsable et portant atteinte à la dignité, voire à la sécurité de ces parties ou de ces groupes de la population. Les discours politiques qui incitent à la haine fondée sur les préjugés religieux, ethniques ou culturels représentent un danger pour la paix sociale et la stabilité politique dans les Etats démocratiques ». Vid. STEDH de 16 de julio de 2009, *Féret vs. Bélgica*, No. 15615/07, & 73.

<sup>63</sup> Vid. ANIYAR DE CASTRO, L., op. cit., p. 15.

<sup>64</sup> Advierte este autor, que en este tipo de sociedades, cualquier discurso de odio caería en un campo de cultivo abonado previamente para la discriminación, generando entonces un menoscabo de las condiciones de seguridad del colectivo discriminado. Reconoce que en una sociedad inestable, el ejercicio de la libertad de expresión de las minorías no sería instrumento suficiente para hacer frente al discurso del odio y que solo en una «sociedad estable», sin desequilibrios ni desigualdades entre colectivos, dispondrá de los mecanismos necesarios para hacer frente al discurso del odio sin ser necesario acudir a los instrumentos finales de la pena. Vid. ALCÁCER GUIRAO, op. cit., p. 02: 30.

Sin lugar a dudas, en una sociedad ideal, en la que todas las voces dispongan del mismo derecho legítimo y universal de pronunciarse al mismo nivel, resultaría sencillo neutralizar cualquier tipo de discurso de odio proveniente de alguna corriente minoritaria.

Trasponiendo aquella sociedad ideal, a cualquier sociedad convencional moderna en la que obviamente, pese a existir un derecho a la libertad de expresión reconocido, ciertamente no todas las voces suenan igual de fuertes ni tienen la misma difusión, la tesis de Alcácer, difícilmente sería válida. En esa línea apunta Serrano, acerca de unas declaraciones del político José Bono.

En caso similar al de las declaraciones que originaron el caso Otegui vs. España; el parlamentario del Grupo Socialista José Bono, declaraba públicamente que Arnaldo Otegui era «un secuestrador»<sup>65</sup>, en relación a dos asuntos en los que resultaron afectados dos políticos y que pese a conocer la inocencia del político vasco –al haber sido absuelto– y la gravedad de las acusaciones, Bono, se permitió continuar acusándole sirviéndose de la injusta cobertura mediática.

A través de un riguroso análisis, este autor muestra ejemplos en los que a través de los medios se trata de justificar la «guerra como método de resolución frente al diálogo», haciendo mención entre otros, al documental «la revolución de la libertad» de la fundación FAES<sup>66</sup>.

Lo cierto es que el calado y la influencia con la que los medios de comunicación inciden en la sociedad no tienen parangón y ha venido utilizándose en contra del derecho internacional de los derechos humanos por los poderes públicos. Entre otros, la denominada por Miralles, «vergonzante guerra desatada por la OTAN y el visto bueno de Naciones Unidas para derrocar al dictador en Libia»<sup>67</sup>; los efectos devastadores de la guerra de los Balcanes; los de las invasiones de Afganistán e Irak, en los que –en contra de las reso-

---

<sup>65</sup> Las diferencias entre las declaraciones «ignominiosas» –tal y como las denominó el TC, del parlamentario Otegui contra el Jefe del Estado al llamarle «jefe de los torturadores», y las declaraciones del socialista Bono, al llamar a Otegui «secuestrador», nos resultan sino similares, tal vez, aún más directas las segundas al imputar directamente al parlamentario vasco y atreverse a «juzgar por lo que ha hecho». Vid. ETA.– Europapress. es, «Bono recuerda que el «angelito» Otegi secuestró a Javier...» 27/10/2011. «Pero Otegui fue juzgado por ambos delitos y absuelto y los que son absueltos de un juicio de secuestro no son secuestradores. Bono se podía permitir llamar secuestrador a alguien que había sido absuelto de esa acusación porque la satanización mediática ya se había previamente conseguido». Vid. SERRANO, P., Medios Violentos. Palabras e imágenes para el odio y la guerra, Ed. El Viejo Topo, Barcelona, 2008, p. 55.

<sup>66</sup> SERRANO, op.cit., p. 68 y ss.

<sup>67</sup> MIRALLES SANGRO, P.P., «Democracia, derechos humanos y constitución exigen el cierre inmediato de los centros de internamiento de extranjeros (CIES)», Revista de Derecho UNED, Vol. 10, 2012, p. 736.

luciones de la ONU— a través de una vilipendiadora manipulación mediática, se trató de convencer a la comunidad internacional de la necesidad de emprender la devastadora «War on Terror». En todas y cada una de ellas, el discurso del odio emitido a través de los medios de comunicación fue el instrumento de justificación e incitación a la guerra<sup>68</sup>.

Jiménez Moliner detecta siete tipos de manifestaciones de odio en el conflicto de los Balcanes: la negación de la existencia de minorías o incluso de una determinada etnia; la imagen negativa de los inmigrantes, minorías religiosas y étnicas y los extranjeros; ataques contra representantes o líderes de las minorías; ataques contra ONGs, periodistas o intelectuales; ataques contra Occidente; «hate speech» fundado en «no hechos» y «hate speech» provocador de violencia<sup>69</sup>. Identifica esta autora el discurso del odio «por la utilización de un vocabulario discriminatorio, cuidadosamente seleccionado, dirigido a legitimar la consideración negativa y despectiva de todos aquellos que no pertenecen al nosotros»<sup>70</sup>.

Consideramos que el libre intercambio de ideas, incluidas las ofensivas, es «crucial para las fricciones saludables de un sistema plural»<sup>71</sup>, no criminalizando únicamente aquellas hirientes al Estado o sus Instituciones, como si de una democracia militante se tratara y obligando a cumplir los límites ya establecidos por las Convenciones internacionales a los propios órganos legislativos<sup>72</sup>.

Por todo ello, una vez más sostenemos —en la línea de la Declaración Conjunta sobre Difamación de Religiones y sobre Legislación Anti-terrorista y Anti-extremista— que la mejor manera de afrontar la existencia de prejuici-

---

<sup>68</sup> Entre otros, Michael Moore trata de documentar como el entonces presidente de los Estados Unidos de América, utilizó los medios de comunicación para promover sendos holocaustos —Afganistán e Irak—, bajo el pretexto de la seguridad internacional y con la única meta de asegurar inmensos beneficios petroleros para las compañías norteamericanas. Vid. MOORE, M., *Fahrenheit 9/11*, documental, USA, (2004).

<sup>69</sup> En circunstancias no ajenas a la situación política actual española, en 1990, de un día para otro se dejó de emitir en legua albanesa en la televisión y radio kosovares, comenzando a emitir casi exclusivamente en lengua serbia, etiquetando como «terrorista, traidores y enemigos del estado a quienes antes abogaban por la independencia de Kosovo». Vid. JIMÉNEZ MOLINER, A., «Medios de comunicación y hate speech en las sociedades post-totalitarias: el paradigma de Kosovo», Cuadernos Cátedra Fabrique Furió, Vol. 50/51, 2005, p. 125 y ss.

<sup>70</sup> Vid. *Ibidem*, p. 130.

<sup>71</sup> Vid. POKEMPNER, D., «Libertad de expresión y guerra contra el terrorismo», *Política Exterior*, Núm. 127, (2009), p. 168.

<sup>72</sup> En su cuarto informe sobre España, la ECRI detectó un partido político abiertamente xenófobo, la Plataforma por Cataluña a la vez de diversos brotes de discursos de odio en las filas del Partido Popular, contra inmigrantes rumanos y gitanos. Vid. Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI), «Cuarto Informe sobre España», (2011), Ep. 93.

cios sociales, es a través de un diálogo abierto, que exponga el daño causado por tales prejuicios y combata los estereotipos negativos<sup>73</sup>. Diálogo, que hasta cierto punto, ha venido caracterizando a la sociedad española, respecto de otras sociedades que han sufrido los efectos devastadores del terrorismo<sup>74</sup>, pero que a día de hoy, es posible que pase a la historia<sup>75</sup>.

## 7. BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV., «A Policymaker's Guide to Hate Crimes», Ed. Bureau of Justice Assistance, Washington, 1997.
- «Libertad de Expresión (art. 10 CEDH)», *Revista de Justicia Administrativa, Derechos Fundamentales y Libertades Públicas*, Vol. 52, 2011.
- ALCÁCER GUIRAO, R., «Discurso del odio y discurso político. En defensa de la libertad de los intolerantes», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Vol. 14-02, 2012, pp. 30-62.
- ANIYAR DE CASTRO, L., «Los Crímenes de Odio: Discurso Político y Delincuencia Violenta en Venezuela. El Respeto a las Diferencias y el Rol de la Criminología Crítica en Venezuela en los Inicios del Siglo XXI», *Capítulo Criminológico*, Vol. 36, nº 2, 2008, pp. 5-39.
- GIMENEZ-SALINAS I COLOMER, E., ROMÁN MAESTRE, B., GARCÍA SOLÉ, M., «Sociedad Abierta y Delitos de Odio en la Era de la Globalización», *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, Universidad Ramón Lluch, Barcelona, Vol. 17, San Sebastián, 2003, pp. 121-132.
- GOODEY, J. & AROMAA, K., *Hate Crimes. Papers from the 2006 and 2007 Stockholm Criminology Symposiums*, Ed. Criminal Justice Press, Helsinki, 2007.
- JACOBS, J.B. Y POTTER, K., *Hate Crimes. Criminal Law and Identity Politics*, Ed. Oxford University Press, New York, 1998.

<sup>73</sup> La asamblea parlamentaria del Consejo de Europa, propone: un mayor énfasis en la educación para la ciudadanía democrática; fortalecimiento del diálogo intercultural e interreligioso; aplicación de las políticas socioeconómicas dirigidas a contribuir a la erradicación del racismo, la xenofobia y la intolerancia en la sociedad. Vid. Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, «Resolution 1754. Fight against extremism: achievements, deficiencies and failures», (2010).

<sup>74</sup> «El tan temido aumento de los crímenes de odio contra marroquíes o musulmanes de cualquier nacionalidad no se ha materializado. Hasta donde sabemos, no se ha producido ningún caso claramente demostrado de violencia racista que pueda atribuirse directamente a los atentados del 11 de marzo» Vid. Human Rights Watch, «¿Sentando Ejemplo? Medidas anti-terroristas en España», New York, (2005).

<sup>75</sup> Apunta Amnistía Internacional que el borrador de ley presentado por el Ministerio de Educación el pasado 4 de diciembre propone la eliminación de la asignatura de Educación para la Ciudadanía. Suponiendo un retroceso inaceptable que puede hacernos volver a la situación de anteriores sistemas educativos en los que los derechos humanos no existían. Vid. Amnistía Internacional, «Sr. Wert, queremos derechos humanos en la nueva ley de educación», (2012).

- JIMÉNEZ MOLINER, A., «Medios de comunicación y hate speech en las sociedades post-totalitarias: el paradigma de Kosovo», *Cuadernos Cátedra Fabrique Furió*, Vol. 50/51, 2005, pp. 125-155.
- LANDA GOROSTIZA, J.-M., «Incitación al odio: evolución jurisprudencial (1995-2011) del art. 510 CP y propuesta de lege lata», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª época, Vol. 7, 2012, pp. 297-346.
- «La sombra en los crímenes contra la humanidad en la política anti-terrorista española: reflexiones críticas», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2010.
- MASON, G., «Hate crime in Australia: Are they achieving goals?», Ed. National Judicial College of Australia, 2010.
- MIRALLES SANGRO, P.-P., «Democracia, derechos humanos y constitución exigen el cierre inmediato de los centros de internamiento de extranjeros (CIES)», *Revista de Derecho UNED*, Vol. 10, 2012, pp. 731-742.
- MOORE, M., *Fahrenheit 9/11*, Documental, Estados Unidos, 2004.
- ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, «Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2008. Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión», Volumen III, 2008.
- POKEMPNER, D., «Libertad de expresión y guerra contra el terrorismo», *Política Exterior*, Vol. 127, 2009.
- SERRANO MAILLO, I., «El derecho a la libertad de expresión en la jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos: dos casos españoles», *Teoría y Realidad Constitucional*, UNED, Vol. 28, 2011, pp. 579-596.
- SERRANO, P., *Medios Violentos. Palabras e imágenes para el odio y la guerra*, Ed. El Viejo Topo, Barcelona, 2008.
- SOTO GARCÍA, M., «TEDH – Sentencia de 15.03.2011, Otegui Mondragón c. España, 2034/07 – Artículo 10 del CEDH– Libertad de Expresión – Límites – Delito de Injurias contra el Jefe del Estado – Exhortación a la Violencia y Discurso de Odio», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Vol. 42, Madrid, 2012, pp. 575-591.
- U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. Federal Bureau of Investigation, *Hate Crime Data Collection Guidelines. Uniform Crime Reporting*, Estados Unidos, 1999.
- VAN BOVEN, T., «Los Derechos Civiles y Políticos, en Particular las Cuestiones Relacionadas con la Tortura y la Detención». *Informe del Relator Especial sobre la cuestión de la tortura*, 60º periodo de sesiones, E/CN. 4/2004/56/Add. 2, 2004.

*TITLE: Freedom of expression: unlimited right according to the ECHR? From hate speech to hate crime.*

*RESUMEN: Al inicio de la década de los ochenta y con posterioridad a al Pacto internacional de derechos civiles y políticos, algunos países anglosajones comenzaron a introducir normas específicas para combatir tipos delictivos motivados por odio e intolerancia.*

*Tras más de treinta años muchos autores observan mínimo el acercamiento en términos de derecho comparado, para atajar el fenómeno del*

*odio, siendo acusada la falta de voluntad política para frenar el palpable desmembramiento social que ocasiona este tipo de delitos, y los móviles que favorecen su materialización, especialmente a través del discurso del odio – «hate speech».*

*Muchas son las voces e instituciones que promueven limitar ese tipo de discursos extremos, sin sopesar que poniendo freno al discurso, se limitarían otros derechos fundamentales, especialmente la libertad de expresión, e incluso limitando el discurso de los intolerantes, sin desearlo daríamos paso a una sociedad suspicaz que de facto daría cobijo a radicalismos imprevistos. Pero, ¿cuáles son sus límites?*

*Trataremos aquí de hacer una rápida aproximación al concepto y evolución de los delitos de odio, qué discursos pueden desencadenar acciones violentas, qué respuesta están dando las instituciones europeas y qué límites están dibujando los tribunales.*

*PALABRAS CLAVE: Delitos de odio, discurso de odio, efecto general de silenciamiento, prejuicio, propaganda.*

*ABSTRACT: In the early eighties, some Anglo-Saxon countries started to introduce into their laws specific rules to combat a special type of crimes – motivated by hate and intolerance towards the victims and their groups – the so called «hate crimes». However, more than three decades later, the incorporation of this kind of laws into the different internal legislations of the countries of continental Europe is still going very slow. There is practically no political, social, legal and legislative will to put an end to the apparent social division caused by offenses and motives which favor their appearance, especially through the so called «hate speech».*

*There are those who suggest setting limits, without taking into account that, by forbidding the speech, they would limit other fundamental rights, especially the freedom of expression. Besides, by limiting the speech of the intolerants, we would give way to a suspicious society that de facto would host unexpected radicalism. With this study, we intend to make a quick approach to the concept and the evolution of hate crimes and evaluate what kind of offensive speech can trigger off violent actions, which answers are given by the Europeans institutions and which limits are drawn by the Courts.*

*KEYWORDS: Chilling effect, hate crimes, hate speech, prejudice, propaganda.*

*RECIBIDO: 22.09.2014*

*ACEPTADO: 26.11.2014*



# LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y CENSURA EN INTERNET

Germán M. Teruel Lozano<sup>1</sup>

---

**SUMARIO:** 1. LA SOCIEDAD DIGITAL Y EL IMPACTO DE INTERNET EN EL MODELO COMUNICATIVO. 2. UNA PROPUESTA DE RELECTURA DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN COMO «*IUS COMMUNICATIONIS*». 3. LA PROYECCIÓN DE LAS GARANTÍAS A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN EL MUNDO DIGITAL: EL DESPLIEGUE DE LA LIBERTAD Y LAS NUEVAS FORMAS DE CENSURA. 3.1. *La importancia de las garantías constitucionales en el control de contenidos en la Red.* 3.2. *Nuevas formas de «censura» en Internet y la redefinición de las garantías constitucionales.* 3.2.1. Lectura del fundamento de la prohibición de censura como garantía de la libertad de expresión en la Era digital. 3.2.2. La proyección de las garantías a la libertad de expresión sobre las nuevas formas de censura. 4. A MODO DE CONCLUSIÓN: LA NECESIDAD DE SALVAGUARDAR EL PLURALISMO EN LA RED Y LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO.

---

## 1. LA SOCIEDAD DIGITAL Y EL IMPACTO DE INTERNET EN EL MODELO COMUNICATIVO

Los cambios tecnológicos y el nacimiento de Internet han impactado sobre el «modelo de sociedad» provocando una auténtica revolución. Se ha producido un cambio excepcional en las estructuras productivas, económicas, políticas, sociales y culturales, como consecuencia de esta revolución

---

<sup>1</sup> Quisiera agradecer la oportunidad de haber desarrollado esta investigación en el Tribunal Constitucional por invitación de su presidente, Prof. Pérez de los Cobos, con la ayuda del excelente personal de la biblioteca del Tribunal. Los resultados de la misma han sido presentados en el IXth World Congress of Constitutional Law 2014, «Constitutional Challenges: Global and Local».

tecnológica<sup>2</sup>. Tanto es así que los cambios en el modelo social que estamos viviendo se comparan con la revolución industrial e, incluso, con la revolución neolítica. Una revolución basada en la información y en la comunicación, la cual ha desbordado las categorías de tiempo y espacio propias del mundo físico y que ha dado lugar a un nuevo espacio, un «tercer entorno»<sup>3</sup>, el virtual. ¿Habrá dado comienzo una nueva Era en la Historia?<sup>4</sup> Lo que es seguro es que nos encontramos ante una nueva realidad frente a la que hay que prepararse y que exige adaptaciones, no sólo para la acogida a las nuevas tecnologías<sup>5</sup>, sino desde la más amplia visión que exige la nueva sociedad. Y si la sociedad evoluciona, también el Derecho debe hacerlo<sup>6</sup>.

En esta Era, Internet, definido como «*A never-ending worldwide conversation*»<sup>7</sup>, es así el ágora *pública* del siglo XXI<sup>8</sup>, un espacio para la libertad de expresión en su sentido más amplio; «*Internet et les réseaux numériques, c'est avant tout un nouvel espace d'expression humaine, un espace international qui transcende les frontières, un espace décentralisé qu'aucun opérateur ni aucun État ne maîtrise entièrement, un espace hétérogène où chacun peut agir, s'exprimer et travailler, un espace épris de liberté*»<sup>9</sup>. Aún

---

<sup>2</sup> Vid.: MUÑOZ MACHADO, S., *La regulación de la red. Poder y Derecho en Internet*, Taurus, Madrid, 2000, p. 11; y SARTORI, G., *Homo videns*, Laterza, Bari, 2000.

<sup>3</sup> Término que es utilizado para presentar un nuevo espacio social (la ciudad digital) que se distinguiría del primer entorno (el natural) y del segundo entorno (la ciudad), en ECHEVARRÍA, J., *Telépolis: los señores del aire y el tercer entorno*, Destino, Barcelona, 1999.

<sup>4</sup> En este sentido N. NEGROPONTE afirma cuatro cualidades que vienen a caracterizar a la nueva «Era digital» y que, según su opinión, son tan poderosas que la harán triunfar en todo caso: una sociedad «descentralizada», «global», «armonizadora» y «permisiva» (NEGROPONTE, N., *El mundo digital*, Ediciones B, Barcelona, 1997, p. 271).

<sup>5</sup> De manera temprana así lo planteaba el «Bangemann Report, Europe and the Global Information Society» (1994) que ya ponía de manifiesto la necesidad de adoptar medidas para la creación de un entorno favorable al desarrollo de las incipientes tecnologías que estaban surgiendo. A nivel europeo vid.: Initiative eEurope – An information society for all (COM(1999) 687 final y otras posteriores).

<sup>6</sup> En este sentido sostiene DESANTES-GUANTER que «la llamada «revolución de la información» lleva consigo, como consecuencia, una «evolución del Derecho» muy anterior a la innovación de las normas positivas» (*Derecho a la información. Materiales para un sistema de la comunicación*, Fundación COSO, Valencia, 2004, p. 66).

<sup>7</sup> Así definió Internet el Juez Stewart Dalzell en el año 1996 en la sentencia del Tribunal Federal del Distrito de Pensilvania de 11 de junio de 1996, caso ACLU v. Janet Reno, 96-963; posteriormente confirmada por la Sentencia del Tribunal Supremo norteamericano caso ACLU v. J. Reno, 96-511, 26 June 1997, en una de las más relevantes decisiones judiciales, en la que, por primera vez, afirmaba judicialmente la importancia de la Red como un espacio para la libertad de expresión al conocer de la constitucionalidad de la *Communications Decency Act* (1996).

<sup>8</sup> SENADO ESPAÑOL, *Informe especial comisión redes informáticas*, 9/12/1999, <http://www.senado.es/pdf/legis6/senado/bocg/10812.PDF>.

<sup>9</sup> CONSEIL D'ÉTAT, *Rapport Internet et les reseaux numeriques*, 9/06/1998.

más, en el espacio virtual se ha venido a crear una nueva «*urbs*», la ciudad virtual, un lugar de encuentro para la discusión y el debate público a nivel global con «*a public service value*»<sup>10</sup>. Y en esta «ciudad digital» la clave va a ser la «comunicación», que salva impedimentos espaciales o temporales, y que dibuja un nuevo *modelo comunicativo* para la sociedad<sup>11</sup>: *multidireccional*, en el que la información fluye y todos son emisores y receptores; totalmente *horizontal*, donde cualquier ciudadano puede participar sin que existan barreras de acceso; y un modelo *disperso y descentralizado*, en el que no hay un centro de control. La comunicación se presenta ahora como un proceso *interactivo*, hay un cambio en el centro de control y ya no hay partes pasivas. Se han confundido las figuras de emisor y receptor de la información<sup>12</sup>. El centro de la comunicación pasa ahora a ser el público. Ya no se trata de un «club» burgués en el que el espacio público estaba dominado por unos pocos ilustrados; ni de un modelo de comunicación de masas en el que los medios de comunicación filtraban y transmitían un flujo de información acabado, en un modelo jerarquizado, unidireccional y concentrado en el que los medios eran los emisores de la información mientras que los ciudadanos quedaban postergados al mero papel de receptores o de consumidores de información<sup>13</sup>. Ante tales modelos comunicativos, como afirmara LIEBLING, «*Freedom of press is guaranteed only to those who own one*»<sup>14</sup>. Sin embargo, con *Internet* al menos potencialmente se viene a romper esta premisa, de manera que el nuevo modelo comunicativo que a partir del mismo nace presenta un profundo *carácter democratizador*<sup>15</sup>. Surge un nuevo modelo de opinión pública y se presenta la oportunidad de una democracia mucho más participativa. Qué duda cabe de que el individuo cuenta ahora con mayores posibilidades de participación en el debate público, en ese «*marketplace of ideas*».

<sup>10</sup> COMITÉ DE MINISTROS, Recomendación CM/Rec(2014)6, «Guide to human rights for Internet users», 16/04/2014, § 3.

<sup>11</sup> Sobre los cambios en el modelo comunicativo *vid.*: NEGROPONTE, N., *El mundo digital, in toto*; y, para una visión panorámica, LÓPEZ GARCÍA, G., *Modelos de comunicación en internet*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, e ÍD., «Comunicación en red y mutaciones de la esfera pública», *Zer. Revista de estudios de comunicación*, n. 20, 2006, pp. 231-249: [http://www.ehu.es/zer/zer20/zer20\\_15\\_lopez.pdf](http://www.ehu.es/zer/zer20/zer20_15_lopez.pdf).

<sup>12</sup> *Vid.*: FERNÁNDEZ ESTEBAN, M.<sup>a</sup> L., *Nuevas tecnologías, Internet y derechos fundamentales*, Mc GrawHill, Madrid, 1998, pp. 88 y ss.

<sup>13</sup> Un modelo en el que «*Heterodox messages do penetrate the net of corporate control just as they penetrate church and state control*» (CURRY JANSEN, S., *Censorship. The knot that binds power and knowledge*, Oxford University Press, New York/Oxford, 1988, p. 163).

<sup>14</sup> Cita tomada de BOWMAN, S./WILLIS, C., *We Media. How audiences are shaping the future of news and information*, The Media Center at the American Press Institute, 2003, p. 47: [www.hypergene.net/wemedia/](http://www.hypergene.net/wemedia/), que a su vez la referencia de SIMPSON, J. B., *Simpson's Contemporary Quotations*, Houghton Mifflin Company, 1988.

<sup>15</sup> *Vid.*: *Caso ACLU v. J. Reno*, rec. núm. 96-511, Sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de 26 de junio de 1997.

Sin embargo, el cambio tecnológico no garantiza por sí mismo la plena efectividad de la libertad ni garantiza un auténtico pluralismo democrático. Ofrece oportunidades, pero no deja de entrañar riesgos y retos en cuanto a las nuevas formas de tutela y ejercicio de los derechos de los ciudadanos y muy en particular de la libertad de expresión. Es por ello que el objeto del presente estudio tratará precisamente de afrontar la necesaria relectura de la libertad de expresión en la Era Digital. Dos serán entonces las preguntas que se pretenderá desarrollar a lo largo de este ensayo: 1) ¿Cómo debe concebirse la libertad de expresión en la sociedad digital? 2) ¿Las nuevas posibilidades de comunicación garantizan por sí mismas que por fin se esté exento de censuras y se pueda alcanzar una sociedad pluralista? ¿Cómo debe proyectarse la libertad frente a las nuevas formas de censura en Internet y qué garantías serán necesarias para lograr su plena efectividad?

## 2. UNA PROPUESTA DE RELECTURA DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN COMO «*IUS COMMUNICATIONIS*»

Si es cierto, y yo así lo comparto, que doscientos años después de que sus redactores ratificasen la Constitución, la Red nos ha enseñado el significado de la Primera Enmienda, entonces el reconocimiento constitucional de esta libertad requeriría una reestructuración bastante radical de las arquitecturas de la expresión también fuera de la Red<sup>16</sup>. Corresponde por ello plantearnos la libertad de expresión en la Era digital, porque, como expresa J. M. BALKIN, «*Internet and digital technologies help us look at freedom of speech from a different perspective. That is not because digital technologies fundamentally change what freedom of speech is. Rather, it is because digital technologies change the social conditions in which people speak, and by changing the social conditions of speech, they bring to light features of freedom of speech that have always existed in the background but now become foregrounded*»<sup>17</sup>. Una nueva perspectiva que creo que debe aprovechar a la definición general de la libertad y no sólo a su proyección en su ejercicio a través de Internet<sup>18</sup>. Una libertad cuyo contenido y fundamentación han estado en continua evolución, íntimamente vinculada tanto con el modelo de Estado, pero también con la realidad social y con los distintos medios que, según el momento histórico, han servido de cauce preferente para la comunicación social —desde los primeros libelos a la prensa escrita, llegando a los medios de comunicación de masas y ahora a Internet—.

<sup>16</sup> LESSIG, L., *El Código y otras leyes del ciberespacio*, Taurus, Madrid, 2001, p. 309.

<sup>17</sup> BALKIN, J. M., «Digital speech and democratic culture: a theory of freedom of expression for the information society», *New York University Law Review*, n. 79-1, April, 2004, p. 2: <http://www.yale.edu/lawweb/jbalkin/telecom/digitalspeechanddemocraticculture.pdf>.

<sup>18</sup> LESSIG, L., *El Código...*, *op. cit.*, p. 309.

En la Era digital creo que las libertades de expresión y de información deben avanzar hacia la afirmación de un *ius communicationis*, un derecho a la comunicación en el que se dé tutela a todo el proceso comunicativo entendido en toda su extensión, reconociendo la libertad de expresarse en su vertiente activa, pero también la dimensión pasiva y los derechos a recibir y acceder a la información, entendida ésta a su vez en su sentido más amplio –informaciones, opiniones, valoraciones...–<sup>19</sup>. Un derecho que, además, encontraría su anclaje en los textos internacionales de derechos humanos, particularmente en la Declaración Universal de Derechos Humanos, que en su art. 19 reconoce este derecho de comunicación que trasciende las más estrictas visiones de la libertad de expresión: «este derecho incluye el de no ser molestado a cause de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión»<sup>20</sup>. Son facetas que se han ido forjando a lo largo de la evolución de esta libertad pero que ahora parecen adquirir particular vigor en la sociedad virtual y muy en especialmente en su ejercicio a través de Internet, ya que en el actual modelo de comunicación se da una relación interactiva en la que ya no se puede plantear el modelo tradicional de emisores-receptores de información, sino que todos los usuarios se convierten, en palabras de COTINO HUESO, en «prosumidor»<sup>21</sup>.

De esta manera, en relación a la delimitación interna de la libertad de expresión entendida como un *ius communicationis*, desde un punto de vista de su contenido objetivo ésta se compadece mal con aquellas concepciones de la misma que proponen la fijación de límites internos como puede ser la «doctrina de las materias privilegiadas», según la cual sólo ciertos contenidos de relevancia para formar la opinión pública merecen quedar amparados por esta

---

<sup>19</sup> Sobre la caracterización del *ius communicationis*, véase CORREDOIRA Y ALFONSO, L., «Lectura de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 en el paradigma de la nueva «Sociedad de la información». Estudio específico del artículo 19.», en COTINO HUESO (Coord.), *Libertad en Internet. La red y las libertades de expresión e información*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 58-73; BEL MALLÉN/CORREDOIRA Y ALFONSO, *Derecho de la información*, Ariel, Barcelona, 2003; PERUGINELLI, G./RAGONA, M. (ed.), *Law via the Internet. Free access, quality of information, effectiveness of rights*, European Press Academic Publishing, Florence, 2009.

<sup>20</sup> En términos muy parecidos también reconocen tanto la libertad de comunicar como la de recibir informaciones e ideas, véanse el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos (art. 19); el Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 10); la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 11); la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 13); y la Carta Africana de derechos humanos y de los pueblos (art. 9).

<sup>21</sup> COTINO HUESO, L., «Algunas Claves para el análisis constitucional futuro de las libertades públicas ante las nuevas tecnologías (con especial atención al fenómeno de los «blogs»)», en *Estudios jurídicos sobre la sociedad de la información y nuevas tecnologías*, Facultad de Derecho de Burgos, Burgos, 2005, p. 59.

libertad<sup>22</sup>. Como se ha dicho, en un orden basado en la comunicación, cualquier información o pensamiento será, al menos *prima facie*, meritorio de tutela con independencia de su valor para la sociedad<sup>23</sup>. Una cuestión que a este respecto resulta problemática es la tutela de la *publicidad* ya que puede cuestionarse si la misma debe quedar amparada por la libertad fundamental<sup>24</sup>.

De igual modo, frente a concepciones que originariamente habrían entendido la libertad de expresión salvaguardaría únicamente aquel pensamiento «original», el «*proprio pensiero*» como vendría afirmado por la Constitución italiana<sup>25</sup>, en la Era digital éstas parecen desbordarse. Se aboga por la redefinición de la libertad incluyendo el derecho de publicar, de distribuir, de interactuar con otros e intercambiar ideas, de apropiarse de los materiales culturales y de combinarlos y compartir los resultados, de producir cultura. En definitiva,

<sup>22</sup> Por ejemplo, en la doctrina italiana FOIS, S., *Principi costituzionali e libera manifestazione del pensiero*, Giuffrè, Milan, 1957.

<sup>23</sup> A mi juicio la tutela *prima facie* de las expresiones debe extenderse a cualquier contenido expresivo de ideas o informaciones, incluso a aquellos claramente ofensivos, sin perjuicio de que en un juicio sucesivo puedan excluirse de protección y se justifique su restricción. Es por ello que no comparto la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) que excluye de plano del ámbito de protección del convenio a ciertos contenidos como son los discursos negacionistas del Holocausto, racistas o xenófobos, homófobos o islamofóbicos (vid.: SSTEDH 23/10/2012, V. A. Molnar v./ Rumania; Decisiones TEDH 20/10/2007, P. Ivanov v./ Russia; 16/11/2004, M. A. Norwood v./ United Kingdom; 24/06/2003, Roger Garaudy v./France; y 1/02/2000, Schimaneck v./ Austria).

<sup>24</sup> El TEDH ha establecido que la publicidad sí que deberá quedar amparada: «*The Court would first point out that Article 10 (art. 10) guarantees freedom of expression to «everyone». No distinction is made in it according to whether the type of aim pursued is profit-making or not (see, mutatis mutandis, the Autronic AG v. Switzerland judgment of 22 May 1990, Series A no. 178, p. 23, para. 47) and a difference in treatment in this sphere might fall foul of Article 14 (art. 14). (...) Article 10 (art. 10) does not apply solely to certain types of information or ideas or forms of expression (see the markt intern Verlag GmbH and Klaus Beermann v. Germany judgment of 20 November 1989, Series A no. 165, p. 17, para. 26), in particular those of a political nature; it also encompasses artistic expression (see the Müller and Others v. Switzerland judgment of 24 May 1988, Series A no. 133, p. 19, para. 27), information of a commercial nature (see the markt intern Verlag GmbH and Klaus Beermann judgment previously cited, ibid.) –as the Commission rightly pointed out– and even light music and commercials transmitted by cable (see the Gropner Radio AG and Others v. Switzerland judgment of 28 March 1990, Series A no. 173, p. 22, paras. 54-55)*» (STEDH de 24 de febrero de 1994, caso *Casado Coca c./España*, rec. núm. 1545/89, § 35).

<sup>25</sup> El art. 21 de la Constitución italiana reconoce que «*Tutti hanno diritto di manifestare liberamente il proprio pensiero con la parola, lo scritto e ogni altro mezzo di diffusione*», de lo que un sector doctrinal ha excluido del ámbito interno de la libertad aquellas expresiones falsas o incluso el pensamiento «*non originale*» (vid.: ESPOSITO, C., *La libertà di manifestazione del pensiero nell'ordinamento italiano*, Giuffrè, Milan, 1958, pp. 36; PACE, A./MANETTI, M., *La libertà di manifestazione del proprio pensiero. Art. 21. Commentario della Costituzione*, Zanichelli editore, Bologna, 2006, pp. 88).

«*freedom is bricolage*»<sup>26</sup>, como afirma BALKIN. La nueva concepción de la libertad de expresión no puede basarse en unos valores mercantilistas, sino que ha de sostenerse sobre una nueva visión de la «cultura democrática». La libertad de comunicación que se descubre a partir de los nuevos desarrollos tecnológicos «*is thus both individual and cultural. It is the ability to participate in an ongoing system of culture creation through the various methods and technologies of expression that exist at any particular point in time*»<sup>27</sup>. Ello no quiere decir que se desprotejan los derechos de propiedad intelectual y será necesario definir legislativamente de la manera más precisa posible los límites a la libertad en el punto de colisión con estos derechos<sup>28</sup>. De hecho, como se afrontará posteriormente al relacionarse con las garantías a la libertad, han sido notables los conflictos que ha planteado la reciente regulación en tutela de la propiedad intelectual pretendiendo, en ocasiones de forma excesivamente incisiva, el establecimiento de medios de control y vigilancia de la libertad de comunicación con serio menoscabo de sus garantías<sup>29</sup>. En sentido contrario, han surgido nuevas fórmulas de derechos de propiedad que, garantizando el reconocimiento del autor, facilitan dar un uso libre a las obras en sintonía con los parámetros de esta nueva cultura abierta y colectiva, y amparan con ello esta nueva forma de entender la libertad de comunicación (y de creación)<sup>30</sup>.

No son las únicas fronteras que necesitaran redefinición. Así las cosas, la concepción de la libertad de expresión como una libertad de comunicación en sentido amplio provoca intensas colisiones con otros derechos o bienes constitucionales. Particularmente debe destacarse, además de la propiedad intelectual, el derecho a la *privacy* y aquellos otros derechos derivados del mismo, como son el derecho a la protección de datos o el más reciente «derecho al olvido»<sup>31</sup>. A este respecto se exige una atenta valoración de aquellas reglas o

<sup>26</sup> BALKIN, J. M., «Digital speech and democratic culture...», *op. cit.*, pp. 43-44.

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 5.

<sup>28</sup> Como reconoce la Recomendación del Comité de Ministros (CM/Rec(2014)6) «*on a Guide to human rights for Internet users*», 16/04/2014: «*you are free to create, re-use and distribute content respecting the right to protection of intellectual property, including copyright*».

<sup>29</sup> En España puede servir el ejemplo de la aprobación de la Disposición Final Segunda del Proyecto de Ley de Economía Sostenible, que permite el cierre por una comisión administrativa de páginas web que vulneren los derechos a la propiedad intelectual; o en Francia la Loi n. 2009-669, du 12/06/2009 (HADOPI), sobre la que el *Conseil Constitutionnel* declaró inconstitucional que pudiera ordenarse la desconexión de Internet por un órgano administrativo sin un proceso judicial.

<sup>30</sup> Un ejemplo es el sistema «*copyleft*». Incluso, ha surgido un «Pirata Party» que ha hecho de esta nueva cultura su ideario político y el cual llegó a alcanzar representación en el Parlamento Europeo.

<sup>31</sup> Sobre la protección de los datos personales y el derecho al olvido debe considerarse en particular la Propuesta de Reglamento de Protección de Datos de la Unión Europea (COM (2012) 11) y la cuestión prejudicial planteada ante el Tribunal de Justicia de la UE

criterios que, en un «*definitional balancing*» (a mi juicio competencia esencialmente del legislador<sup>32</sup>), definan la colisión entre estos derechos. En cualquier caso, se trata de una regulación de la libertad en base a una limitación externa, es decir, fundada en la protección de otros bienes constitucionales y que exige como presupuesto reconocer que el contenido expresivo que colisiona con otro bien está *prima facie* amparado por la libertad de comunicación.

Por otro lado, en relación en concreto con el uso de Internet y de las Nuevas Tecnologías, se proclama un (nuevo) *derecho de acceso a la sociedad de la información y a las nuevas tecnologías de la información y la comunicación (TICs)*, incluso como derecho fundamental inherente al propio reconocimiento de la libertad de expresión y de información<sup>33</sup>. Se trataría de un derecho que se podría asentar en el derecho general a «*gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones*» reconocido en el art. 15.1.b) del Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales. Este derecho, todavía con unos perfiles difusos, presenta una doble dimensión, por un lado, como un *derecho de acceso a la tecnología en sí misma*, reconociendo éstas como un «servicio universal» al que todos los

---

por la Audiencia Nacional española en relación a la posibilidad de extender la regulación de protección de datos a la actividad que realizan los buscadores de Internet como Google aplicando también una suerte de «derecho al olvido» (Google Spain and Google, C-131/12) y que ha sido resuelta en la sentencia de 13 de mayo de 2014. El TJUE ha concluido en esta sentencia, entre otros extremos, que «en la medida en que la supresión de vínculos de la lista de resultados podría, en función de la información de que se trate, tener repercusiones en el interés legítimo de los internautas potencialmente interesados en tener acceso a la información en cuestión, es preciso buscar, en situaciones como las del litigio principal, un justo equilibrio, en particular entre este interés y los derechos fundamentales de la persona afectada con arreglo a los artículos 7 y 8 de la Carta. Aunque, ciertamente, los derechos de esa persona protegidos por dichos artículos prevalecen igualmente, con carácter general, sobre el mencionado interés de los internautas, no obstante este equilibrio puede depender, en supuestos específicos, de la naturaleza de la información de que se trate y del carácter sensible para la vida privada de la persona afectada y del interés del público en disponer de esta información, que puede variar, en particular, en función del papel que esta persona desempeñe en la vida pública» (§ 81). Sobre el «derecho al olvido», *vid.*: SIMÓN CASTELLANO, P., *El régimen constitucional del Derecho al olvido digital*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012; PIZZETTI, F., *Il caso del diritto all'oblio*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2013; o varios capítulos en TERUEL LOZANO, G. T. *et alii*, *Desafíos para los derechos de la persona ante el siglo XXI: Internet y Nuevas Tecnologías*, Aranzadi, Navarra, 2013.

<sup>32</sup> *Vid.*: ROLLA, G., «El difícil equilibrio entre el derecho a la información y la tutela de la dignidad y de la vida privada», *Cuestiones constitucionales: revista mexicana de derecho constitucional*, n. 2, 2002, pp. 161 y ss.

<sup>33</sup> *Cfr.* Resolución de la Asamblea General de la ONU sobre «access to information technologies» (AG/RES. 1421 (XXVI-O/96)), de la Conferencia General de la UNESCO sobre «Recommendation concerning the Promotion and Use of Multilingualism and Universal Access to Cyberspace», 15/10/2003; y The European Charter of Rights of Citizens in the Knowledge Society.



ciudadanos han de poder acceder y del que podrían derivarse obligaciones prestacionales por el Estado<sup>34</sup>; pero, por otro, como un *derecho al acceso a la información de la Red*, relacionado así con la libertad de recibir información, pero superando a ésta para enmarcarse también con el derecho a la cultura<sup>35</sup>. En palabras del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: «*The right to Internet access is considered to be inherent in the right to access information and communication protected by national Constitutions, and encompasses the right for each individual to participate in the information society and the obligation for States to guarantee access to the Internet for their citizens.*»<sup>36</sup>.

Del mismo modo, en cuestiones más colaterales también sería conveniente replantear algunos aspectos en relación al reconocimiento de la libertad de comunicación a la luz de la nueva realidad social y del actual modelo comunicativo. Así, por ejemplo, la necesidad de estudiar cuál ha de ser *el alcance de la exigencia de veracidad en la Red o la importancia del medio y del modo de comunicación para el tratamiento jurídico*<sup>37</sup>. Temas que quedan abiertos al debate y a la reflexión.

Especialmente los medios de comunicación se enfrentan a sustanciales cambios en su «ecosistema» y en su regulación que afectan también al contenido de la libertad de expresión. Así, por ejemplo, la especial protección que tradicionalmente se atribuía al ejercicio de las libertades comunicativas por los periodistas se enfrenta a su proyección en el actual «periodismo participativo»<sup>38</sup>, que tanta importancia ha adquirido. Y, en este sentido, es difícil distinguir entre un estatus reconocido a la prensa formal, con unas particulares garantías, de la protección general a la libertad<sup>39</sup>.

---

<sup>34</sup> SENADO ESPAÑOL, «Informe especial comisión redes informáticas», 9/12/1999, <http://www.senado.es/pdf/legis6/senado/bocg/I0812.PDF>.

<sup>35</sup> Vid.: PERUGINELLI, G./RAGONA, M. (ed.), *Law via the Internet. Free access, quality of information, effectiveness of rights*, European Press Academic Publishing, Florence, 2009; y CORREDOIRA Y ALFONSO, L., «Internet II», en BEL MALLÉN/CORREDOIRA Y ALFONSO, *Derecho de la información*, Ariel, Barcelona, 2003, pp. 561.

<sup>36</sup> STEDH (2ª sección) de 18 de diciembre de 2012, caso *Yıldırım c./ Turquía*, rec. núm. 3111/10, § 31. Vid.: *The Joint declaration on freedom of expression and the Internet* (UN, OSCE, OAS, ACHPR), 1/06/2011: «*Giving effect to the right to freedom of expression imposes an obligation on States to promote universal access to the Internet.*» (§6.a); y *The European Charter of Rights of Citizens in the Knowledge Society* que reclama el «*rights to access*», «*rights to education and training*», «*rights to online information*» y «*rights to online participation*».

<sup>37</sup> Vid.: COTINO HUESO (Coord.), *Libertad en Internet. La red y las libertades de expresión e información*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

<sup>38</sup> Sobre este nuevo modelo de periodismo participativo, vid.: BOWMAN, S./WILLIS, C., *We Media...*, op. cit., passim; y COTINO HUESO, L., «Algunas Claves para el análisis constitucional...», op. cit., pp. 66.

<sup>39</sup> Por el contrario, el Tribunal Supremo italiano, por ejemplo, ha rechazado que los sitios webs puedan beneficiarse de la garantía constitucional prevista para el secuestro de

Asimismo, en cuanto al modelo regulativo que se pueda proyectar para Internet en relación con la libertad de expresión, a diferencia de la regulación de la radiodifusión en el que se admitía constitucionalmente mayor injerencia de los poderes públicos dadas sus características especiales (escasez, penetración, problemas de concentración y necesidad de garantizar el pluralismo), las mismas no parecen concurrir en el caso de Internet, cuyo régimen más bien debiera identificarse con el más puramente liberal propio de la prensa<sup>40</sup>. Además, en un momento en el que uno de los pilares de las nuevas tecnologías es la «convergencia» de servicios, tales conclusiones permitirían acercarse al *principio de indiferencia del medio*, de manera que el medio a través del que se ejercite la libertad de expresión sea efectivamente un «factor neutro» en la regulación de la misma.

Por último, en relación al ejercicio de la libertad de expresión en el ciberespacio y muy concretamente a través del WWW, por más que se apueste por una amplia definición de esta libertad se hace necesario subrayar algunas peculiaridades en su delimitación. Y es que no creo que toda páginas web vaya a quedar *prima facie* protegida por la libertad de expresión, para lo cual entiendo necesario distinguir las webs en atención a la finalidad de la actividad a la que cada página web se dirige. En particular diferenciaría aquellas dedicadas a la *difusión o procesamiento de contenidos expresivos (informaciones u opiniones)*<sup>41</sup>, potencialmente protegidas por la libertad de expresión con independencia de sus contenidos o de si con las mismas se persigue una finalidad económica; de esas otras páginas webs que se dedican a la *prestación de servicios telemáticos*<sup>42</sup>, que estarían excluidas de protección bajo el

---

la prensa (Cass. Sez. V, 10594, 5/11/2013, Dep. 5/03/2014). Vid.: MELZI D'ERIS, C., «La Cassazione esclude l'estensione ai siti in Internet delle garanzie costituzionali previste per il sequestro di stampati», *Diritto Penale Contemporaneo*, 25/03/2014.

<sup>40</sup> Como se ha visto, así lo entendió el Tribunal Supremo norteamericano (Sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de 26 de junio de 1997, caso *ACLU v. J. Reno*, rec. núm. 96-511) donde concluyó en primer lugar que *en Internet no se verifican las circunstancias que justifican una mayor regulación* y se debe aplicar un escrutinio estricto a las restricciones que se impongan a la expresión por este medio; y, en segundo término, *consideró necesario proteger la autonomía del nuevo medio dado su importante carácter democratizador*. En un sentido parcialmente diferente, el Tribunal Supremo no aplicó la «*public forum doctrine*» a Internet en relación con la Children's Internet Protection Act (American Library Association vs. United States, 594 US. 194 (2003)).

<sup>41</sup> En este grupo incluiríamos aquellas páginas que prestan servicios de «suministración de información por vía telemática» y también las páginas web de buscadores de información a través de Internet (aquellas web que prestan servicios de «provisión de instrumentos de búsqueda, acceso y recopilación de datos o de enlaces a otros sitios de Internet»).

<sup>42</sup> Aquí entrarían principalmente todas las páginas web dedicadas a actividades de «comercio electrónico», pero también esas otras que permiten diversos servicios telemáticos. Por ejemplo, en mi opinión nada se opone a que, como en el mundo físico, la Administración pudiera exigir el cierre de una web dedicada a la venta ilegal de fármacos.

amparo de la libertad de expresión aunque sí que puedan beneficiarse de la tutela en base a otros derechos o libertades<sup>43</sup>. Esta delimitación será importante a la hora de abordar la proyección de las garantías constitucionales sobre el WWW, al tiempo que parece inadecuado pretender un régimen jurídico omnicompreensivo que afectara a todas las páginas web por igual<sup>44</sup>.

### 3. LA PROYECCIÓN DE LAS GARANTÍAS A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN EL MUNDO DIGITAL: EL DESPLIEGUE DE LA LIBERTAD Y LAS NUEVAS FORMAS DE CENSURA

#### 3.1. *La importancia de las garantías constitucionales en el control de contenidos en la Red*

La Red, que originariamente parecía expresión del paradigma del ideal de un espacio abierto a la anarquía<sup>45</sup>, se está convirtiendo cada vez en un medio más controlado, incluso en un medio en el que el «poder» (público o privado) actúa de manera más incisiva sobre la libertad de los ciudadanos. Surgen nuevas fórmulas de control exorbitantes, se proclaman nuevos límites a las libertades, se pretende permitir penetrantes actuaciones administrativas y se tiende a una «comercialización» del ciberespacio<sup>46</sup>. Esto afecta muy especialmente al ejercicio de la libertad de expresión en Internet y a la proyección de sus garantías constitucionales sobre este medio. Ello no quiere decir que se asuma que Internet ha de quedar como un espacio libre de injerencias Estatales y ausente de cualquier género de regulación<sup>47</sup>. De hecho, comparto que tal filosofía produciría en realidad exactamente el efecto contrario y es que la ausencia de una «ley» en Internet precisamente puede terminar redundando en una desprotección para los ciudadanos<sup>48</sup>.

---

<sup>43</sup> En tal sentido, en las páginas web dedicadas al comercio electrónico entraría en juego la libre iniciativa económica y otros derechos constitucionales, pero en principio no la libertad de expresión. Por ejemplo, a mi juicio nada impide que se pueda regular, igual que ocurre en el mundo físico, que la Administración pueda cerrar de manera preventiva una página web que se dedica a la venta de medicamentos ilegales.

<sup>44</sup> Un ejemplo es la Directiva de Comercio electrónico (2000/31/EC) la cual trasciende la regulación del comercio electrónico y mantiene una amplia vocación regulatoria de las actividades en Internet.

<sup>45</sup> En este sentido puede verse, por ejemplo, la «Declaration of the Independence of Cyberspace» promovida en 1996 por John Perry Barlow.

<sup>46</sup> *Vid.*: MACKINNON, R., *Consent of the networked*, Basic Books, New York, 2012, part. 1, Chap. 1; o BOIX PALOP, A., «Derechos de propiedad y garantía del pluralismo. Notas sobre el producto informativo en Internet y su tratamiento jurídico», en COTINO HUESO (Coord.), *Libertades, democracia y gobierno electrónico*, Comares, Granada, 2006, pp. 73-75.

<sup>47</sup> Así lo pretende la «Declaration of the Independence of Cyberspace» (1996).

<sup>48</sup> *Vid.*: MUÑOZ MACHADO, S., *Los itinerarios de la libertad de palabra*, Discurso leído el día 26 de mayo de 2013, Real Academia Española, Madrid, 2013; ROIG, A., *De-*

Pero lo cierto es que técnicamente, Internet, por más que se define como un espacio abierto y sin fronteras, permite controles incluso más incisivos que los que pueden establecerse a la comunicación en el espacio físico<sup>49</sup>. Así, hay Estados dictatoriales que, desconociendo los postulados mínimos de la libertad de expresión, han impuesto sistemas que llevan desde la más drástica desconexión del país de Internet a otros mecanismos de control mediante la imposición de filtros gubernamentales, exigencias de autorizaciones para el uso de Internet, medidas policiales y penales, etc.<sup>50</sup>. La respuesta en democracia debe ser distinta, aunque no por ello éstas dejan de controlar los contenidos que circulan por Internet<sup>51</sup>. *Resulta legítimo que cualquier Estado trate de bloquear la difusión de aquellos contenidos que resultan ilícitos y de fijar restricciones para los contenidos nocivos*<sup>52</sup>, y para ello los modelos seguidos han sido distintos<sup>53</sup>. Algo que además no deja de plantear dificultades

---

*rechos fundamentales y tecnologías de la información y de las comunicaciones (TICS)*, Bosch, Barcelona, 2010, pp. 100-101; ROGERS, K. M., *The Internet and the Law*, Palgrave, Macmillan, London, 2011.

<sup>49</sup> Aunque se volverá a continuación sobre esta cuestión, sobre las diferentes formas de control de Internet, *vid.*: OpenNet Initiative (<https://opennet.net>) or Freedom House (<http://www.freedomhouse.org>); OSCE, *Report Freedom of Expression on the Internet. A study of legal provisions and practices related to freedom of expression, the free flow of information and media pluralism on the Internet in OSCE participating States*, September 2010; y el libro MACKINNON, R., *Consent of the networked...*, *op. cit.*, Part. 2, Chap. 3.

<sup>50</sup> *Vid.*: REPORTEROS SIN FRONTERAS, «Los enemigos de Internet», 12/03/2009: [http://www.rsf.org/IMG/pdf/Enemigos\\_de\\_Internet.pdf](http://www.rsf.org/IMG/pdf/Enemigos_de_Internet.pdf).

<sup>51</sup> *Vid.*: OSCE, *Report Freedom of Expression on the Internet. A study of legal provisions and practices related to freedom of expression, the free flow of information and media pluralism on the Internet in OSCE participating States*, Septiembre 2010

<sup>52</sup> Contenidos ilícitos son aquellos proscritos legalmente con carácter general como por ofender o poner en peligro otros bienes o valores constitucionales. Por su parte, contenidos nocivos serán aquellos que siendo lícitos pueden sin embargo resultar perjudiciales para determinados tipos de personas. A este respecto, es especialmente necesaria la protección de la juventud y de la infancia, en concreto frente a contenidos que como la pornografía o la violencia pudieran afectar a su correcto desarrollo personal. *Vid.*: BEATTIE, S., *Community, Space and online Censorship. Regulatin Pornotopia*, Ashagte, Farnham, England/Burlington (USA), 2009, Chap. 6.; MACKINNON, R., *Consent of the networked*, *op. cit.*, Part. 4; ROGERS, K. M., *The Internet and the Law*, Palgrave, Macmillan, London, 2011, chap. 11.

<sup>53</sup> Así se han planteado fundamentalmente dos modelos: el propio de los Estados Unidos donde el gobierno se ha mostrado propenso a adoptar *medidas reguladoras y limitadoras de la libertad de expresión en Internet* (así, por ejemplo, the Communications Decency Act (1996); the Safe Schools Internet Act (1999); the Child Online Protection Act (1998) or the Children Online Privacy Protection Act (1998)), aunque con una fuerte oposición social que ha tenido respuesta judicial (en particular, ACLU v. J. Reno, 96-511, 26/06/1997 o American Library Association vs. US, 594 US. 194 (2003)). Y el modelo mantenido en Europa, en el que se ha tendido a la adopción de *medidas menos restrictivas para la libertad de expresión que ponen su acento en el compromiso de operadores y usuarios*, cuyas líneas guía han sido el «fomento del uso responsable de Internet», la

dadas las propias características del medio (global, abierto y descentralizado en el que rige la horizontalidad suprema)<sup>54</sup>, cuya regulación exige una difícil armonización legislativa (que incluiría tratar de establecer estándares comunes acerca de los límites a la libertad de expresión<sup>55</sup>), pudiendo ser conveniente arbitrar un sistema de gestión mundializado de la Red<sup>56</sup>, y en el que

---

«sensibilización» de los usuarios, «impulso a la autorregulación» y el establecimiento de «hot lines» (cfr. Action Plan for a Safer Internet 1999-2004 and Safer Internet Plus Programme). En general sobre los modelos de control, vid.: FERNÁNDEZ ESTEBAN, M<sup>a</sup>. L., *Nuevas tecnologías, Internet y derechos fundamentales*, op. cit., pp. 331; y BEATTIE, S., *Community, Space and online Censorship. Regulatin Pornotopia*, op. cit.

<sup>54</sup> Así las cosas, ante un fenómeno global y sin fronteras como es Internet, los Estados mantienen estándares distintos para definir aquello que debe ser considerado como ilícito y todavía más diferentes son las concepciones de lo que ha de ser entendido por nocivo, en relación con la intensidad en la que los ordenamientos constitucionales reconocen la libertad de expresión. Esto propicia el que ante los intentos regulativos de un Estado se pueda dar una suerte de *fórum shopping* y se crean «paraísos digitales». Pero es que, además, cuando los Estados tratan de hacer valer su jurisdicción y se esfuerzan en hacer retirar determinados contenidos de la Red, se han encontrado con respuestas reflejas que han empeorado en muchos casos las situaciones o se han visto obligados a llevar a cabo ejercicios exorbitantes de su jurisdicción. Es el caso de lo ocurrido en el asunto de los contenidos nazis en Yahoo o en el caso *Compuserve*, en los que las jurisdicciones francesa y alemana respectivamente terminaron «gobernando» el mundo al forzar la retirada de Internet de determinados contenidos que, siendo ilegales en esos países, no lo eran en aquellos en los que estaban alojados. Interesante fue también el caso *Radikal*, en el que el intento de las autoridades alemanas de censurar una revista de extrema izquierda ilegal en este país, provocó la respuesta de cientos de internautas que se lanzaron a reflejar los contenidos de la misma para que fuera imposible su censura. Y algo parecido ocurrió con el caso del libro *Le Grand Secret* y que a pesar de las prohibiciones de publicación dictaminadas por la autoridad judicial francesa fue ampliamente difundido por la Red. O lo sucedido en España con el caso del secuestro judicial de la portada de la revista *El Jueves*. CUCURANAU, D., *Aspects of regulating freedom of expression on the Internet*, School of human rights research series, vol. 27, Intersentia, Antwerpen/Oxford/Portland, 2008; MACKINNON, R., *Consent of the networked*, op. cit.; COTINO HUESO, L./DE LA TORRE FORCADELL, S., «El caso de los contenidos nazis en Yahoo ante la jurisdicción francesa: un nuevo ejemplo de la problemática de los derechos fundamentales y la territorialidad en internet», *Actas del XV Seminario de Derecho e informática*, Aranzadi, Madrid, 2002, pp. 897-917.

<sup>55</sup> Un intento, por ejemplo, es la Convención Europea contra el Ciberdelito donde tan sólo se alcanzó un acuerdo de mínimos sobre los contenidos ilícitos de Internet para el delito de pornografía infantil. Asimismo, quiero reseñar que los límites a la libertad de expresión en Internet no tienen que distinguirse de los límites generales a la libertad de expresión (por ejemplo, pornografía infantil deberá ser lo mismo con independencia del medio a través del que se difunda). De ahí que no comparta los intentos de fijar un contenido material diferenciado para los límites a esta libertad en atención a que se desarrolle esta actividad a través de internet. Aquí lo que se plantea es la necesidad de armonizar los mismos a nivel internacional.

<sup>56</sup> Vid.: MUÑOZ MACHADO, S., *La regulación de la red. Poder y Derecho en Internet*, op. cit., pp. 65; CUCURANAU, D., *Aspects of regulating freedom of expression on the Internet*, School of human rights research series, vol. 27, Intersentia, Antwerpen/Oxford/Port-

ante las dificultades de la acción estatal puede también ser adecuado complementar ésta con formas de autorregulación y de autocontrol por parte de los propios usuarios y operadores de Internet<sup>57</sup>.

Del mismo modo, también debe tenerse en cuenta el control de la Red que puede venir dado por los propios poderes privados, operadores de Internet que también pueden comprometer el pluralismo de Internet<sup>58</sup>.

Asimismo, como advierte el informe «*Fahrenheit 451.2: Is Cyberspace Burning?*»<sup>59</sup> de la *American Civil Liberties Union*, hay que ser muy cauteloso con la regulación de las actividades realizadas en Internet y de los contenidos que se difunden a través del mismo, ya que, al final, «*Any content-based regulation of the Internet, no matter how benign the purpose, could burn the global village to roast the pig*».

De manera que si se quiere garantizar que Internet sea un auténtico espacio de libertad y libre desarrollo de la personalidad, un foro abierto al pluralismo, sin que ello suponga admitir un libérrimo «escupidero» igualmente dañino para los derechos de las personas, habrá que reconocer la conveniencia de regular y controlar la difusión de contenidos por Internet pero con la salvaguarda de proyectar sobre la Red las garantías propias de la libertad de expresión, no sólo desde una perspectiva liberal, sino también desde la concepción de esta libertad en un Estado social y democrático para lograr la plena efectividad del derecho fundamental al acceso a la información de Internet y la garantía del pluralismo.

### 3.2. Nuevas formas de «censura» en Internet y la redefinición de las garantías constitucionales

#### 3.2.1. Lectura del fundamento de la prohibición de censura como garantía de la libertad de expresión en la Era digital

El paradigma de las específicas garantías a la libertad de expresión desde su originario reconocimiento ha sido precisamente la prohibición de

land, 2008; MACKINNON, R., *Consent of the networked*, op. cit., Part. 5, Chap. 13; y ROGERS, K. M., *The Internet and the Law*, Palgrave, Macmillan, London, 2011, pp. 5.

<sup>57</sup> Vid.: FERNÁNDEZ ESTEBAN, M.<sup>a</sup> L., *Nuevas tecnologías, Internet y derechos fundamentales*, op. cit., pp. 102 y ss.

<sup>58</sup> Como advierte la Declaración del Comité de Ministros sobre derechos humanos y Estado de Derecho en la Sociedad de la Información de la (CM(2005)56 final of 13 May 2005): «*ICTs provide unprecedented opportunities for all to enjoy freedom of expression. However, ICTs also pose many serious challenges to that freedom, such as state and private censorship*». Porque hay un riesgo real de control privado de Internet (vid.: MUÑOZ MACHADO, S., *Los itinerarios de la libertad de palabra*, op. cit., p. 231; Dawn C. NUNZIATO, *Virtual freedom. Net Neutrality and Free Speech in the Internet Age*, Stanford Law Books, California, 2009, pp. 88; MACKINNON, R., *Consent of the networked*, op. cit., part. 4).

<sup>59</sup> Cfr. <http://www.aclu.org/technology-and-liberty/fahrenheit-4512-cyberspace-burning>

la censura<sup>60</sup>. Sin pretender ofrecer ahora un concepto técnico-jurídico de la prohibición de censura tal y como viene formulado por los textos constitucionales<sup>61</sup>, el fundamento último de esta garantía ha sido salvaguardar que se pueda dar una comunicación libre sin *injerencias gubernamentales* (por tanto *públicas* –y en particular gubernativas–), centradas en especial en las medidas impeditivas que de forma *previa* se pudieran fijar para *la difusión* de mensajes comunicativos<sup>62</sup>. Como garantía constitucional, la prohibi-

<sup>60</sup> Con una revisión histórica de la censura a la libertad de expresión, *vid.*: CURRY JANSEN, S., *Censorship. The knot that binds power and knowledge*, Oxford University Press, New York/Oxford, 1988 and SCAMMELL, M., «Censorship and its history – a personal view», in *Information, freedom and censorship*, The article 19 World Report 1988, Longman, UK, 1988, pp. 1-18.

<sup>61</sup> Debe destacarse que a nivel supranacional las distintas cartas de derechos fundamentales al reconocer la libertad de expresión sin embargo no establecen una específica prohibición de la censura. Por ejemplo, la Declaración Universal de Derechos Humanos reconoce la libertad de expresión y de información «sin fronteras» (art. 19); o en términos similares el Pacto Internacional sobre derechos civiles y políticos de 1966 (art. 19). El Convenio Europeo de Derechos Humanos sí que añade que la libertad de expresión debe darse «sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras»; y que «El presente artículo no impide que los Estado sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa» (art. 10). Tal fórmula es mantenida también por la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea que reconoce la libertad de expresión y de información (art. 11). Sí que la recoge tal prohibición de censura la Convención Americana de Derechos Humanos: «*The exercise of the right provided for in the foregoing paragraph shall not be subject to prior censorship but shall be subject to subsequent imposition of liability*» (art. 13.2). De manera que en Europa la concreta definición técnico-jurídica de la garantía de la prohibición de censura previa debe buscarse principalmente en las distintas constituciones nacionales. A modo de ejemplo, la Constitución alemana, «*No habrá ninguna forma de censura*» (5.1. *in fine*); la Constitución italiana, «*La prensa no puede quedar sujeta a autorizaciones o censuras*» (art. 21.2); la Constitución española, «*El ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa*» (art. 20.2); o la Constitución de Portugal, «*No podrá ser impedido ni limitado el ejercicio de estos derechos por ningún tipo o forma de censura*» (art. 37.2).

<sup>62</sup> Por ejemplo, el Tribunal Constitucional Federal alemán ha definido la censura como «*Als Vor- oder Präventivzensur werden einschränkende Maßnahmen vor der Herstellung oder Verbreitung eines Geisteswerkes, insbesondere das Abhängigmachen von bebördlicher Vorprüfung und Genehmigung seines Inhalts (Verbot mit Erlaubnisvorbehalt) bezeichnet*» (BVerfGE 33, 53 (Der lachende Mann)). O en términos muy similares el Tribunal Constitucional español afirmaba que debía entenderse por censura «cualquier medida limitativa de la elaboración o difusión de una obra del espíritu, especialmente al hacerla depender del previo examen oficial de su contenido» (STC 52/1983, de 17 de junio, FJ. 4.º y en términos similares STC 13/1985, de 31 de enero). O la Corte Costituzionale Italiana sostenía: «*la censura quale istituto tipico del diritto pubblico, secondo gli organi dello Stato, e soltanto essi, esercitano autoritativamente un controllo preventivo sulla stampa, adottato con provvedimento contenente un giudizio sulla manifestazione del*

ción de censura no quiere decir que no pudiera limitarse la libertad de expresión, ahora bien no se pueden admitir controles «sistemáticos» sobre las distintas formas de comunicación<sup>63</sup> y menos aún puede someterse la difusión de una obra a una revisión sobre la base de criterios religiosos, ideológicos o políticos<sup>64</sup>.

Pues bien, así entendidas estas garantías van a resultar insuficientes en el ámbito de Internet<sup>65</sup>, muy especialmente porque en *la Red muy difícilmente se pueden imponer límites previos a la difusión de mensajes*. Una vez que una persona tiene acceso a la Red, resulta prácticamente imposible controlar aquello que la misma puede difundir a través de este medio. El carácter abierto, horizontal y, sobre todo, la interactividad y espontaneidad que caracterizan a la comunicación a través de Internet imposibilitan tales prácticas de censura previa sobre la publicación y difusión de contenidos. Son muy difíciles de configurar filtrados *ex ante* de aquello que va a ser publicado por este medio. Es por ello que en Internet el eje del control se va a dirigir hacia mecanismos que permiten controlar 1) el *acceso al medio*; 2) sobre la *creación y desarrollo de las tecnologías de la comunicación y la información*, es decir,

---

*pensiero rimesso alla pubblica amministrazione*» (Sentt. Cort. Cost. 150/1970 y 93/1972). Cfr. GARCÍA MORALES, M.<sup>a</sup> J., «La prohibición de la censura en la era digital», *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, n. 31, 2013, pp. 237-276.

<sup>63</sup> En tal sentido, Michael Scammell describe la censura como: «*Censorship, for all practical purposes, is the systematic control of the content of any communications medium, or of several or all of the media, by means of constitutional, judicial, or administrative, financial or purely physical measures imposed directly by, or with the connivance of the ruling power or a ruling elite [...]. But the concept of a systematic imposition of controls is, I think, essential to determining whether or not censorship is being practised in a given country [...]. Where a systematic control of all the communications media is in force*» («Censorship and its history – a personal view», en *Information, freedom and censorship*, *op. cit.*, p. 10).

<sup>64</sup> Por ejemplo, el Oxford English Dictionary define «*censor*», en su segunda acepción: «*An official in some countries whose duty it is to inspect al books, journals, dramatic pieces, etc., before publication, to insure that they shall contain nothing immoral, heretical, or offensive to governement*» (cita tomada de CURRY JANSEN, S., *Censorship. The knot that binds power and knowledge*, *op. cit.*).

<sup>65</sup> Para una relectura de la prohibición de censura, *vid.*: GARCÍA MORALES, M.<sup>a</sup> J., «La prohibición de la censura en la era digital», *op. cit.*, pp. 237-276; y previamente yo también me he ocupado de la cuestión en TERUEL LOZANO, G. M., «Libertad de expresión en Internet, control de contenidos de las páginas web y sus garantías constitucionales», *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, n. 25, 2011, pp. 81-103; e ÍD., «El Legislador y los riesgos para la libertad de expresión en Internet: notas sobre las garantías constitucionales de la libertad de expresión en la LSSICE y en la Disposición Final Segunda del Proyecto de Ley de Economía Sostenible», en Cotino Hueso, L. (Ed.), *Libertades de expresión e información en Internet y las redes sociales: ejercicio, amenazas y garantías*, Publicaciones de la Universidad de Valencia, Valencia, 2011, p. 52-87: <http://www.derechotics.com/congresos/2010-libertades-y-20/e-libro-e-libertades-2010>.



sobre el derecho a crear los medios y soportes que permitan acceder a Internet; 3) también se puede tratar de controlar y limitar el derecho de los ciudadanos al *acceso a la información* existente en la Red. De ahí que sea sobre estos aspectos donde se debe fijar ahora la protección constitucional.

Asimismo, tan dañinos pueden ser para el ejercicio de esta libertad si estos controles son *impuestos por autoridades públicas como si vienen determinados por los propios operadores privados de Internet*, lo que tampoco puede ser desconocido desde el punto de vista de las garantías constitucionales.

Así las cosas, el contenido que a mi juicio debe definir las *garantías liberales* propias de la libertad de expresión, en particular de lo que es conocido como «censura», releídas en la Era digital según el contenido del «*ius communicationis*», debe venir definido por la salvaguarda frente a todo obstáculo (público o privado) a la libre circulación de ideas e informaciones, de forma que *cualquier persona pueda difundir y tener acceso al flujo comunicativo sin ningún límite*<sup>66</sup>. Junto a la protección de la *posición activa* de quien pretende publicar o difundir un determinado mensaje, la prohibición de la censura debe *proteger frente a todo obstáculo que restrinja cualquiera de las facultades comunicativas y amparar así el libre acceso de todo «mensaje comunicativo al proceso de comunicación pública»*<sup>67</sup> –lógicamente para que entre un mensaje en el proceso de comunicación pública será necesario que el mismo sea potencialmente accesible por los ciudadanos–. Al mismo tiempo que se debe dar garantía a otros derechos derivados como es el derecho a la creación de medios en los términos ya señalados. Por su parte, sólo la autoridad competente («preferiblemente»<sup>68</sup> *la autoridad judicial*) *en el correspondiente proceso puede impedir, sobre la base de la tutela de otros bienes*

<sup>66</sup> En este sentido, el Comentario General No. 34 sobre el Artículo 19 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, adoptado en la sesión 102.<sup>a</sup> (11-29 de Julio de 2011), por el Comité de Derechos Humanos de la ONU, donde se afirma: «43. Any restrictions on the operation of websites, blogs or any other internet-based, electronic or other such information dissemination system, including systems to support such communication, such as internet service providers or search engines, are only permissible to the extent that they are compatible with paragraph 3.»

<sup>67</sup> Vid.: VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., *Los derechos del público. El derecho a recibir información del artículo 20.1.d) de la Constitución española de 1978*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 103.

<sup>68</sup> No existe una restricción constitucional a que la Administración pueda controlar los excesos en el ejercicio de esta libertad, al menos a nivel de los textos internacionales. A nivel nacional habría que verificar aquellos Estados que más allá de la prohibición de censura previa recogen también la prohibición del secuestro administrativo de comunicaciones, proyectándose el mismo no sólo como una prohibición de un secuestro preventivo sino como una más amplia prohibición de intervención de la Administración. Vid.: VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., «Censura, secuestro y medidas cautelares en materia de libertad de información y expresión», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, n. 4, 2001.

*o valores dignos de protección, el acceso o difusión a contenidos expresivos, según lo previsto legalmente y sin que sean admisibles controles sistemáticos de la información*<sup>69</sup>. Aún más, enriqueciendo esta visión de las garantías a la libertad con los postulados del Estado social y democrático, la libertad de expresión *podrá justificar la imposición de cargas o de obligaciones a los sujetos privados* que participen del proceso comunicativo y amparará la *intervención estatal para corregir las disfunciones y facilitar la plena eficacia* de esta libertad para todos los ciudadanos y garantizar así tal espacio auténticamente pluralista.

### 3.2.2. La proyección de las garantías a la libertad de expresión sobre las nuevas formas de censura

Imponer obstáculos o tratar de censurar Internet puede parecer tanto como «tratar de poner vallas al campo», pero, como se ha adelantado, técnicamente es posible; de manera que corresponde ahora afrontar como última cuestión la forma en la que se deben hacer valer las garantías a la libertad de comunicación en relación con las nuevas formas de censura o control que pueden darse en la Red<sup>70</sup>. En concreto se van a afrontar las siguientes: A) Las autorizaciones para el acceso a Internet; B) El bloqueo del acceso a una concreta información en Internet y el cierre de páginas web; C) Los sistemas generales de filtrado y bloqueo de internet y su regulación; y D) Otros riesgos para el pluralismo en la Red derivados del «dominio empresarial» y formas de «censura privada». Dejo fuera de un estudio más concreto otras formas más agresivas de censura cuya ilegitimidad constitucional es patente en cualquier mínimo contraste con la libertad de expresión<sup>71</sup>. Es el caso, por ejemplo, de algunas medidas adoptadas en países autoritarios para impedir el acceso de los ciudadanos a Internet –por ejemplo Corea del Norte o Afganistán bajo el gobierno talibán–, de forma que el país se mantiene desconectado de la Red global; o, en sentido similar, como se vio en las revueltas de la primavera árabe, algunos gobiernos redujeron el «ancho de banda» disponible para bloquear así el acceso a la Red<sup>72</sup>.

<sup>69</sup> SCAMMELL, M., «Censorship and its history – a personal view», in *Information, freedom and censorship*, op. cit., p. 10.

<sup>70</sup> Vid.: OSCE, *Report Freedom of Expression on the Internet. A study of legal provisions and practices related to freedom of expression, the free flow of information and media pluralism on the Internet in OSCE participating States*, September 2010 and GARCÍA MORALES, M.<sup>a</sup> J., «La prohibición de la censura en la era digital», op. cit., pp. 237-276.

<sup>71</sup> Vid.: MACKINNON, R., *Consent of the networked*, op. cit., part. 2, chap. 3.

<sup>72</sup> Vid.: GARCÍA ORTA, M.<sup>a</sup> J., et alii, «Redes sociales y herramientas 2.0 en las elecciones de Iran», Congress «*Alfabetización mediática y culturas digitales*», 13-14 May 2010 in Seville: <http://www.gabinetecomunicacionyeducacion.com/files/adjuntos/>

a) Las autorizaciones para el acceso a Internet como formas de «censura previa»

Una medida técnicamente posible para controlar el acceso a la información en Internet sería el establecimiento de *sistemas de autorización o licencia previa para poder acceder a la Red* o, de manera algo menos incisiva, un «registro policial» de quienes sean usuarios de Internet. Tales medidas creo que resultan reprochables constitucionalmente desde la perspectiva del obstáculo que suponen para el libre acceso a las fuentes de información. A modo de ejemplo, se puede imaginar el revuelo que causaría que el Estado pretendiera imponer un sistema de autorizaciones previas para controlar aquellos que compran libros. Algo a todas luces intolerable.

Asimismo, estas *medidas de autorización o licencia previa* podrían pretender ser impuestas no sobre el acceso de los usuarios, sino sobre los *Proveedores de Servicios de Internet* (PSI) o sobre la *creación de medios de comunicación digitales*. Aquí se estaría obstaculizando el derecho a la creación de medios de comunicación, entendido en este caso como el derecho a crear y desarrollar los medios y soportes necesarios para la prestación de los servicios de comunicación e información. Aunque esta cuestión se vincula más directamente con la libre iniciativa económica, también tiene otra vertiente derivada de la libertad de expresión en la medida en que se está poniendo en juego la posibilidad de crear y desarrollar las infraestructuras necesarias para la comunicación y difusión de información. Es por ello que a mi juicio tampoco se debe admitir la constitucionalidad de medidas de autorización previa para desarrollar estas actividades. Este tipo de licencias puede ser admitido en el caso de la radiodifusión por las especiales características de tales servicios, las cuales sin embargo no concurren en el caso de Internet<sup>73</sup>. Así lo ha entendido el Legislador europeo que en el artículo 4º.1 de la Directiva de Comercio Electrónico<sup>74</sup> impone el «principio de no autorización previa» de manera general para los prestadores de servicios de la sociedad de la información<sup>75</sup>, y ello a salvo de los regímenes de autorización previstos con

Redes%20sociales%20y%20herramientas%202020en%20las%20elecciones%20presidenciales%20de%20Irán.pdf

<sup>73</sup> *Vid.*: Sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de 26 de junio de 1997, caso *ACLU v. J. Reno*, rec. núm. 96-511.

<sup>74</sup> Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico).

<sup>75</sup> «Los Estados miembros dispondrán que el acceso a la actividad de prestador de servicios de la sociedad de la información no pueda someterse a autorización previa ni a ningún otro requisito con efectos equivalentes» (art. 4.1 Directiva sobre comercio electrónico).

carácter general en el ordenamiento jurídico y que afecten a los mismos por el tipo de actividad de que se trate.

b) Contenidos ilícitos y la legitimidad del bloqueo del acceso a una información «determinada» en Internet y el cierre de «concretas» páginas web

Otra posibilidad para el control de los contenidos difundidos en Internet es el bloqueo del acceso a los mismos o directamente el cierre de las páginas web que los contuvieran, lo cual puede resultar necesario cuando se trate de evitar la difusión de contenidos ilícitos. A tales efectos, como presupuestos para considerar si tales restricciones pueden resultar legítimas a la luz de la prohibición de censura entendida en el sentido amplio aquí mantenido, creo que es importante considerar los siguientes extremos: 1) Como cuestión previa habrá que constatar que la páginas web o los contenidos bloqueados quedan dentro del ámbito *prima facie* protegidos por la libertad de expresión, ya que de no estarlo no serían de aplicación sus garantías (y, como ya he expuesto, a mi juicio no todas las páginas web merecen tal protección fundamental). 2) Que se trate del bloqueo de unos contenidos determinados y concretamente identificados, de forma que no resulta legítimo fijar una prohibición genérica de bloquear un tipo de contenidos o de webs<sup>76</sup>, algo que exigiría establecer sistemas genéricos de filtrado que, como ha advertido el Tribunal de Justicia de la UE<sup>77</sup>, resultarían contrarios al reconocimiento de la libertad de expresión, como se estudiará a continuación. 3) Que la decisión de bloqueo sea adoptada por

---

<sup>76</sup> Así, el Comentario General No. 34 sobre el Artículo 19 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, adoptado en la sesión 102ª (11-29 de Julio de 2011), por el Comité de Derechos Humanos de la ONU, reconoce: «*Permissible restrictions generally should be content-specific; generic bans on the operation of certain sites and systems are not compatible with paragraph 3*».

<sup>77</sup> SSTJUE de 24 de octubre de 2011, asunto *Scarlet Extended SA*, C-70/10; de 16 de febrero de 2010, asunto *Netlog NV*, C-360/10; y en particular de 27 de marzo de 2014, asunto *UPC Telekabel Wien GmbH*, C-314/12. En esta última, en un caso sobre una página web que ponía a disposición del público películas sin el consentimiento de los titulares del derecho de copyright, el Tribunal de Justicia ha declarado legítima la orden que impone al Proveedor de Servicios impedir el acceso a esta página web, pero con la condición de que las medidas que se adopten «no priven inútilmente a los usuarios de Internet de la posibilidad de acceder de forma lícita a la información disponible» (C-314/12, § 63). «A este respecto, las medidas adoptadas por el proveedor de acceso a Internet deben estar rigurosamente delimitadas, en el sentido de que deben servir para poner fin a la vulneración cometida por un tercero de los derechos de autor o de los derechos afines a los de autor, sin que se vean afectados los usuarios de Internet que recurren a los servicios de dicho proveedor para acceder lícitamente a la información. De lo contrario, la injerencia de ese proveedor en la libertad de información de dichos usuarios no estaría justificada a la luz del objetivo perseguido.» (C-314/12, § 56).

el órgano competente como resultado (aunque sea como «medida cautelar») de un proceso legalmente establecido en tutela de otros derechos o bienes que pudieran verse lesionados por la difusión de tales contenidos ilícitos. Es precisamente la existencia de este «proceso» en salvaguarda de otros bienes lo que diferencia del «puro» control de contenidos característico de la censura proscrita<sup>78</sup>. En cualquier caso, este género de «*interference by public authority*» en la libertad de expresión quedarán sometidas a un estricto test como ha afirmado el TEDH<sup>79</sup>.

- d) La ilegitimidad de la imposición pública de sistemas «generales» de filtrado y bloqueo de Internet. Principios para la adecuada regulación pública de los sistemas de filtrado en tutela de los jóvenes y menores frente a contenidos nocivos

Aunque Internet se caracterizaba por ser un medio esencialmente descentralizado en donde no existe un punto único de control, lo cierto es que sí que hay unos puntos neurálgicos a partir de los cuales se puede dominar la Red al menos en el marco espacial de un Estado. Éstos son los *Proveedores de Servicios de Internet* (PSI). Los ciudadanos necesitan de algún tipo de proveedor que les dé acceso a la Red y, por tanto, *controlando a éstos se puede controlar de manera indirecta el acceso de los ciudadanos a Internet*. A través de los mismos se puede *monitorizar cualquier acceso a Internet y también bloquear el acceso a una determinada páginas web o a la información que circula por la Red*. De esta manera, surgen así otras formas mediatas de control de Internet ejercidas a través de estos PSI. Entre estas formas de control

<sup>78</sup> Como afirma la Recomendación 2008/2160(INI), adoptada por el Parlamento Europeo el 26 de marzo de 2009, los Estados miembros deben condenar las formas de censura impuestas por los gobiernos sobre los contenidos que pueden circular por Internet, y manda «*to ensure that freedom of expression is not subject to arbitrary restrictions from the public and/or private sphere and to avoid all legislative or administrative measures that could have a 'chilling effect' on all aspects of freedom of speech*». Porque, como expresa la nota explicatoria de la «*Declaration on freedom of communication on the Internet*», adoptada por el Comité de Ministros el 28 de mayo de 2003: «*The absence of prior control by the State does not of course rule out measures being undertaken to remove content from the Internet or block access to it following a preliminary or final decision of the competent national authorities on its illegality, not only under penal law, but also under other branches of law such as civil or administrative law.*»

<sup>79</sup> Vid.: STEDH de 18 de diciembre de 2012, caso *Yildirim c. Turquía*, rec. núm. 3111/10, en relación a la orden preventiva de bloqueo dictada por las autoridades turcas de una página web considerada ofensiva, donde el Tribunal concluía «*that such prior restraints are not necessarily incompatible with the Convention as a matter of principle. However, a legal framework is required, ensuring both tight control over the scope of bans and effective judicial review to prevent any abuse of power*» (§ 64).

destacan los *software de filtrado y bloqueo*<sup>80</sup>, que pueden ser colocados en cualquier «punto de acceso» de Internet y a través de los que, por medio de una forma de clasificación<sup>81</sup> o de etiquetado<sup>82</sup>, se consigue el bloqueo de la información que se encuentra en Internet.

A pesar de que estos sistemas de filtrado y clasificación han sido acogidos como modelos para cohonestar la libertad de expresión con la protección en particular frente a contenidos nocivos, plantean problemas en cuanto a su diseño técnico y eficacia<sup>83</sup>, y, sobre todo, pueden terminar resultando una forma de censura según por quién vengan impuestos o quién se encargue de

<sup>80</sup> Sobre los distintos sistemas de filtrado, *vid.*: VILLATE, J., «Libertad de expresión en Internet», Observatorio para la CiberSociedad, 2001: <http://www.cibersociedad.net/archivo/articulo.php?art=37>

<sup>81</sup> Como indica FERNÁNDEZ ESTEBAN existen básicamente cuatro sistemas que permiten el bloqueo de la información: 1) *Sistemas de lista blanca*, que sólo permiten el acceso a determinadas direcciones que previamente han sido autorizadas; 2) *Sistemas de lista negra*, que no permiten el acceso a determinadas páginas web que previamente han sido excluidas; 3) *Sistemas de detección de palabras-clave*, a través de los cuales el programa bloquea el acceso a los sitios web que contengan determinadas palabras que hayan sido predefinidas como nocivas (ej. «sexo», «pecho»...); 4) *Bloqueo por parte de los proveedores de acceso a porciones de Internet* (FERNÁNDEZ ESTEBAN, M. L., «Limitaciones constitucionales e inconstitucionales a la libertad de expresión en Internet (Comentario a la Sentencia 96-511 del Tribunal Supremo Norteamericano de 26 de junio de 1997 que declara la inconstitucionalidad de la Ley de Decencia en las Telecomunicaciones del Congreso de los Estados Unidos)», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 53, 1998, p. 292). Entiendo que aquí la autora se estaría refiriendo al sistema de «zonificación» de los contenidos propuesto por LESSIG, *El Código...*, *op. cit.*, pp. 419. A través del mismo determinados tipos de contenidos quedarían «recluidos» –zonificados– en Internet, de manera que le estaría vedado el acceso a estos espacios virtuales a ciertas personas. Esto exigiría que toda persona, o al menos determinados tipos de personas, debieran identificarse al acceder a Internet de manera que el sistema, reconocidas estas personas, no les permitiera el acceso a esos contenidos que están en «zonas restringidas».

<sup>82</sup> Otro sistema que sin ser estrictamente de clasificación sí que está muy vinculado, es la *Platform for Internet Content Selection* (PICS). Este sistema se basa en la creación de «etiquetas» que informan del tipo de contenido de una página web. A partir de esa información se pueden crear entonces distintos sistemas de clasificación para poder permitir el bloqueo en función de las preferencias de aquel que los desarrolle. Así, por ejemplo, una asociación de corte religioso podría preparar un sistema de clasificación donde quedarán filtrados determinados tipos de contenidos contrarios a su doctrina. Toda la información al respecto de esta plataforma se encuentra en: <http://www.w3.org/PICS/>

<sup>83</sup> Muy contundente a este respecto es el informe de los grupos Cyber-Rights & Cyber-Liberties «Who Watches the Watchmen: Internet Content Rating system, y Privatised Censorship» (<http://www.cyber-rights.org/watchmen.htm>). También *vid.*: BEATTIE, S., *Community, Space and online Censorship. Regulatin Pornotopia*, *op. cit.*, *passim*. La propia Comisión Europea ha reconocido, además de que los padres y educadores no están todavía suficientemente familiarizados con ellos, el avance tecnológico en este campo todavía no es suficiente (Final evaluation of the implementation of the multiannual Com-

la clasificación y etiquetado de los contenidos nocivos o ilícitos<sup>84</sup>, y, además de la libertad de comunicación, pueden comprometer otros derechos y libertades fundamentales, muy especialmente la privacidad.

Así las cosas, importantes documentos de organismos internacionales consideran que debe ser rechazado al tratarse de una forma de censura la imposición sistemas generales de filtrado y bloqueo<sup>85</sup>, ya sea directamente por parte de los Estados o bien sea imponiendo la obligación a los PIS<sup>86</sup> de que sean éstos los que filtren<sup>87</sup>. Y es que, aunque este género de filtros no afectan a la «publicación» de contenidos, sí que *atentan directamente contra el derecho de los ciudadanos a acceder a la información de la Red*. En particular el TJUE ha rechazado la imposición de este tipo de sistemas de filtrado cuando éstos fueran sistemáticos aunque estuvieran dirigidos a prevenir la difusión de contenidos ilícitos por vulnerar la propiedad intelectual<sup>88</sup>.

---

munity action plan on promoting safer use of the Internet by combating illegal and harmful content on global networks –COM (2006) 663 final–).

<sup>84</sup> Cfr. Report Cyber-Rights & Cyber-Liberties (UK) «Who Watches the Watchmen: Internet Content Rating system, and Privatised Censorship» y «Fahrenheit 451.2: Is Cyberspace Burning?».

<sup>85</sup> Así, por ejemplo, el Comentario General n. 34 sobre el Artículo 19 del Pacto Internacional sobre derechos civiles y políticos, adoptado en la sesión 102.<sup>a</sup> (11-29 de Julio de 2011), el Comité de Derechos Humanos de la ONU ha sostenido: «<sup>43</sup>. [...] *Permissible restrictions generally should be content-specific; generic bans on the operation of certain sites and systems are not compatible with paragraph 3. [...]*»; o la «Declaration on freedom of communication on the Internet», adoptada por el Comité de Ministros el 28 de Mayo de 2003, también ha reconocido que: «*Public authorities should not, through general blocking or filtering measures, deny access by the public to information and other communication on the Internet, regardless of frontiers.*»; así como en la Resolución CM/Rec(2008)6 su Apéndice fija las guías para usar y controlar los filtros de Internet en aras de garantizar el completo ejercicio de las libertades de expresión y de información.

<sup>86</sup> Se añade a los PIS otros «servicios de intermediación» en Internet como son los buscadores de información sobre los cuales el Estado también puede imponer la obligación de que filtren las búsquedas de los usuarios.

<sup>87</sup> Éste es el sistema que mantienen algunos países como China y buena prueba de ello lo ha dado el reciente conflicto que ha enfrentado a las autoridades de este país con el metabuscador *Google*, el cual había tenido que admitir para operar en China la leonina condición de «filtrar» las búsquedas de sus usuarios. Sobre la censura de Internet en China, *vid.*: MACKINNON, R., *Consent of the networked*, *op. cit.*, Part. 2, Chap. 3.

<sup>88</sup> SSTJUE de 24 de octubre de 2011, asunto *Scarlet Extended SA*, C-70/10; y de 16 de febrero de 2010, asunto *Netlog NV*, C-360/10. También puede ser considerada la STJUE de 27 de marzo de 2014, asunto *UPC Telekabel Wien GmbH*, C-314/12. De tal suerte que, buscando el «justo equilibrio» entre los derechos en conflicto, a juicio del Tribunal de Justicia imponer a los PSI la obligación de filtrar de forma sistemáticas las comunicaciones que se dieran a través de los mismos para evitar que circularan materiales que vulneraran la propiedad intelectual, implicaría una vulneración de su libertad de empresa (C-70/10, § 48), pero, en lo que más interesa, reconocía que «el sistema de filtrado litigioso también puede vulnerar los derechos fundamentales de los clientes de

Sin embargo, tal conclusión no debe llevar a rechazar de plano las posibilidades que ofrecen los sistemas de filtrado sobre todo para controlar los contenidos nocivos que circulan en Internet. Como se ha señalado, el núcleo problemático está en quién etiqueta o clasifica y en quién autoriza y controla tales filtros. Así las cosas, cuando los filtros se presentan como formas de «autocontrol» de los propios usuarios de Internet, por más que puedan tener imperfecciones técnicas, son sistemas útiles para controlar aquella información a la que se quiere acceder y desde esta perspectiva no se puede plantear ninguna objeción constitucional<sup>89</sup>. El problema surge entonces cuando en relación con estos filtros interviene el Estado, de manera más o menos directa<sup>90</sup>. Porque en el momento en que estos filtros no son usados y configurados libremente por el ciudadano sino que son impuestos de arriba hacia abajo, se convierten entonces en una técnica de censura. Como de manera expresiva indica la *American Civil Liberties Union*, la tecnología de bloqueo en manos de los padres y de uso voluntario es una herramienta útil, pero en manos del gobierno es «*censorship in a box*»<sup>91</sup>.

Un supuesto particular es la imposición de estos sistemas de *filtrado en escuelas y bibliotecas públicas*<sup>92</sup>, sobre todo en relación a la tutela de la ju-

---

ese PAI, a saber, su derecho a la protección de datos de carácter personal y su libertad de recibir o comunicar informaciones, derechos que se encuentran protegidos por los artículos 8 y 11 de la Carta» (C-70/10, § 50). Y, en este punto, concluía que la imposición por orden judicial de tales obligaciones sistemáticas de filtrado vulneraría tanto el derecho a la protección de datos, ya que la recopilación y análisis de IP supone tratamiento de datos personales (§ 51) y «dicho requerimiento judicial podría vulnerar la libertad de información, dado que se corre el riesgo de que el citado sistema no distingua suficientemente entre contenidos lícitos e ilícitos, por lo que su establecimiento podría dar lugar al bloqueo de comunicaciones de contenido lícito. En efecto, es incontrovertido que el carácter lícito de una transmisión depende igualmente de la aplicación de excepciones legales a los derechos de autor que varían de un Estado miembro a otro. Además, en determinados Estados, ciertas obras pueden pertenecer al dominio público o los autores afectados pueden ponerlas gratuitamente a disposición pública en Internet» (C-70/10, § 52).

<sup>89</sup> En este sentido, la Declaración conjunta sobre la libertad de expresión e Internet (ONU, OCDE, OEA, CADHP), 1/06/2011, estableció: «*Content filtering systems which are imposed by a government or commercial service provider and which are not end-user controlled are a form of prior censorship and are not justifiable as a restriction on freedom of expression*».

<sup>90</sup> Con carácter general sobre esta cuestión, aplicado en particular a los filtros para evitar los contenidos pornográficos, *vid.*: BEATTIE, S., *Community, Space and online Censorship. Regulatin Pornotopia, op. cit.*

<sup>91</sup> *Report American Civil Liberties Union, «Censorship in a Box: Why Blocking Software is Wrong for Public Libraries», 2002: <http://www.aclu.org/technology-and-liberty/censorship-box-why-blocking-software-wrong-public-libraries>*

<sup>92</sup> Así, por ejemplo, la «*Declaration on freedom of communication on the Internet*», adoptada por el Comité de Ministros el 28 de mayo de 2003, explica que la prohibición constitucio-



ventud y de la infancia. A mi juicio este tipo de filtros podrán ser legítimos siempre y cuando no se trate filtros impuestos con carácter general para cualquier ciudadano que acceda a la red pública en la escuela o biblioteca, sino que se apliquen de manera selectiva a los usuarios cuya tutela se pretende –ej. mediante un sistema de identificación previa–. Pero incluso en estos casos debe destacarse que dadas las imperfecciones técnicas de los mismos, y habida cuenta de que existen otras posibilidades menos agresivas –políticas de uso, fomento de la educación y de cursos para el correcto uso de la Red, etc.–, la oportunidad de estos mecanismos resulta muy discutible<sup>93</sup>.

Por último, a modo de *propuesta sobre el establecimiento de sistemas de filtros para la protección de la juventud y de la infancia frente a contenidos nocivos*, creo que podría articularse un sistema que combinara las posibilidades de filtrado bajo el control y autorización de los propios padres, pero sostenidas sobre unas adecuadas exigencias legales de etiquetado o clasificación. A este respecto creo que, aunque todavía resulte técnicamente difícil, probablemente dentro de no mucho tiempo sea posible una aplicación «selectiva» de tales filtros, ya fuera en un sistema de «zonificación»<sup>94</sup> o en otro tipo de sistema de «clasificación» (particularmente el sistema PICS). En tal sentido, considero que un sistema regulativo adecuado constitucionalmente frente a los contenidos nocivos en complemento del software de filtrado debería basarse en los siguientes principios: 1) *El control del sistema de bloqueo y filtro debería quedar en manos del propio usuario*, que con la mayor claridad debería conocer el tipo de contenidos que estaría vetando. Son los propios usuarios los únicos que, en su caso, puedan a su voluntad convertir Internet en un «*family friendly medium, just like the BBC*»<sup>95</sup>, libre de cualquier carga nociva y depurado de aquellos contenidos que puedan no resultar de su agrado. 2) La imposición de obligaciones de etiquetado sólo podría imponerse para aquellos *contenidos que fueran definidos legislativamente como potencialmente nocivos (violencia, pornogra-*

---

nal de censura «*does not prevent the installation of filters for the protection of minors, in particular in places accessible to them, such as schools or libraries*». Éste era de hecho el ámbito de la *Safe Schools Internet Act*, aprobada en 1999 por el Congreso de los Estados Unidos.

<sup>93</sup> Vid.: «*Censorship in a Box: Why Blocking Sowers is Wrong for Public Libraries*» and «*Fahrenheit 451.2: Is Cyberspace Burning?*».

<sup>94</sup> Así lo denomina LESSIG, L., *El Código...*, *op. cit.*, *passim*, y consistiría en «recluir» aquellos contenidos que pueden resultar nocivos y por medio de un sistema de identificación del usuario restringir el acceso a los mismos a aquellas personas para las cuales no sean adecuados. Como el propio LESSIG reconoce, tal propuesta para resultar plenamente efectiva requeriría muy probablemente de una ley que la apoyara. A través de la regulación se debería obligar a los navegadores a que «*ofrecieran*» sistemas de identificación del usuario. También sería necesaria imponer la obligación de clasificar aquellos contenidos que deben estar zonificados.

<sup>95</sup> Cyber-Rights & Cyber-Liberties, «*Who Watches the Watchmen: Internet Content Rating system, and Privatised Censorship*».

*fia, etc.)*<sup>96</sup>. De esta manera no se gravaría innecesariamente a quienes publican unos contenidos que no sean potencialmente sensibles. 3) Sería necesario un acuerdo internacional para desarrollar un *sistema universal de etiquetado*, con las categorías y contenidos incluidos, y constituir un *organismo internacional* dependiente de la ONU<sup>97</sup>, incluso con un tribunal internacional específico para tratar dirimir los conflictos. 4) Sería preferible un sistema de «*autoetiquetado*» por quien publica los contenidos nocivos. Tal obligación de etiquetado podría reforzarse con un régimen sancionador y con la posibilidad subsidiaria de ser etiquetados por la autoridad competente en caso de incumplimiento o, en última instancia, se podría recabar la colaboración de organizaciones terceras para colaborar con el etiquetado. 5) En un momento en el que se ha producido una extraordinaria convergencia tecnológica, de servicios y de plataformas, se debería *pensar en acometer esa respuesta normativa de manera coordinada en todos los sectores comunicativos*<sup>98</sup>, evitando así agravios comparativos entre los diferentes medios que puedan degenerar en obstáculos competitivos<sup>99</sup>.

<sup>96</sup> Comparto con el *Conseil Constitutionnel* francés que tal labor de definición debe residir en el propio Legislador y no puede ser delegada en un órgano administrativo: «*Considérant que la loi a confié au Comité supérieur de la télématique le soin d'élaborer et de proposer à l'adoption du Conseil supérieur de l'audiovisuel, auprès duquel il est placé, des recommandations propres à assurer le respect par certains services de communication de règles déontologiques, sans fixer à la détermination de ces recommandations, au regard desquelles des avis susceptibles d'avoir des incidences pénales pourront être émis, d'autres limites que celles, de caractère très général, résultant de l'article 1er de la loi susvisée du 30 septembre 1986; qu'ainsi le législateur a méconnu la compétence qu'il tient de l'article 34 de la Constitution; que dès lors doivent être regardées comme contraires à la Constitution les dispositions du 1er alinéa de l'article 43-2 inséré dans la loi susvisée du 30 septembre 1986...*» (Décision n° 96-378 DC du 23 juillet 1996, § 28). De igual forma, tampoco creo que esa labor de definición de aquello que resulta nocivo deba quedar libremente en manos de los propios proveedores de servicios de la sociedad de la información, ya que supone darle una potestad extraordinaria para fijar sistemas de «censura privada» a los que posteriormente me referiré.

<sup>97</sup> A este respecto se puede plantear el reforzamiento de la International Telecommunication Union (ITU). *Vid.*: CUCURANAU, D., *Aspects of regulating freedom of expression on the Internet*, op. cit., *passim*; MACKINNON, R., *Consent of the networked*, op. cit., Part. 5.

<sup>98</sup> Creo que la regulación debiera hacerse en atención al tipo de contenidos –porno-graía, violencia...–, pero de manera común –al menos en línea de principios– para los distintos medios, sin perjuicio de que en determinadas cuestiones concretas de aplicación pudieran lógicamente adaptarse a la realidad técnica de cada medio. En el caso de la televisión digital, tales obligaciones probablemente debieran desarrollarse a través de los mecanismos que exija la tecnología del v-chip. En el caso de Internet, estas obligaciones se concretarían en las exigencias que fueran necesarias (ej. sistemas de identificación en los ordenadores, obligación de etiquetado por los usuarios...) para aplicar el sistema de zonificación o clasificación por el que se optara.

<sup>99</sup> FERNÁNDEZ ESTEBAN, M. L., «Internet y los derechos fundamentales», *Anuario jurídico de La Rioja*, n. 6-7, 2000-2001, pp. 321-356.

A grandes rasgos, consciente de todas las dificultades técnicas y jurídicas, ésta podría ser una propuesta coherente con el respeto a la libertad de expresión, por un lado; y la necesidad de proteger el buen desarrollo de los menores y de la juventud frente a contenidos que, por más que sean lícitos, pueden resultar nocivos para los mismos, por el otro. Aunque la misma difícilmente sea desarrollable en su plenitud, los principios que en ella se aplican sí que pueden servir de guía para la política legislativa sobre este particular.

d) Riesgos para el pluralismo en la Red: el «dominio empresarial» y la «censura privada»

Como se ha introducido, Internet ha roto con el modelo comunicativo propio de los medios de masas donde el dominio empresarial se presentaba como un grave lastre para el pluralismo y en principio el espacio virtual se abre como una nueva puerta a la participación. Con Internet parecía que iban a quedar corregidos esos «fallos del mercado» que obligaban a la intervención pública en aras de salvaguardar el pluralismo comunicativo.

Sin embargo, volviendo a la realidad actual que presenta Internet se observa una *tendencia poco halagüeña hacia un Internet «liberal»*<sup>100</sup>, en el que desembarcan las grandes empresas desplazando a esa pléyade de pequeños cibernautas que eran los que aportaban el valor añadido en la Red, y se imponen «*barreras de acceso*»<sup>101</sup> al idílico «mercado de las ideas». Al fin y al cabo, aunque suponga un avance el hecho de que casi cualquier ciudadano potencialmente pueda exponer al gran público sus ideas y pensamientos y participar en el libre mercado de las ideas, estrecha será la victoria si tales mensajes quedan perdidos en una selva de información donde sólo alcanzan visibilidad ciertos contenidos privilegiados<sup>102</sup>. De manera que puede ser ne-

<sup>100</sup> BOIX PALOP, A., «Libertad de expresión y pluralismo en la Red», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 65, 2002, pp. 133-180.

<sup>101</sup> ESCOBAR ROCA cifra las siguientes: 1) *Barreras económicas y culturales*, ante el coste de disponer de los medios necesarios para acceder a Internet; 2) *Barreras procedentes del sector público*, como determinados requisitos que impone la LSSICE de registro y potestades administrativas en el control de la Red; 3) *Barreras procedentes de intermediarios*, ante la posibilidad de que estos puedan impedir o dificultar el acceso a Internet y a sus contenidos; 4) *Barreras procedentes del mercado*, ante ciertas tendencias de concentración empresarial en Internet ESCOBAR ROCA, G., «Reflexiones en torno a los principios de la comunicación pública en el ciberespacio», en COTINO HUESO (Coord.), *Libertad en Internet. La red y las libertades de expresión e información*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 121).

<sup>102</sup> Como ha sido establecido en la Declaración conjunta sobre la libertad de expresión e Internet (ONU, OCDE, OEA, CADHP), 1/06/2011: «*There should be no discrimination in the treatment of Internet data and traffic, based on the device, content, author, origin and/or destination of the content, service or application*». Tanto que la Neutralidad

cesario recordar que la tutela de la libertad de expresión exige no sólo unas garantías frente a la injerencia pública, sino que la intervención estatal puede ser necesaria para lograr salvar esas barreras (económicas o culturales, procedentes de los intermediarios o impuestos por la estructura del mercado) que dificultan la garantía del pluralismo en la Red y el acceso universal a la misma. *Se hace valer así el derecho universal al acceso a Internet, pero además a un Internet plural.*

Por otro lado, debe destacarse el riesgo de que se establezcan sistemas de «censura privada» por los propios PSI –y por los buscadores de información en Internet–<sup>103</sup>. No cabe duda de la importancia que hoy día tiene estar sobre el mapa de Internet. En la jerga política norteamericana se decía que «aquello que no había aparecido en la CNN, no había sucedido». Pues bien, en la era de Internet «lo que no aparece en *Google*, no existe». Así las cosas, *que un operador en concreto filtrara contenidos resulta legítimo siempre y cuando exista variedad de PSI y los usuarios, conocedores del filtro, puedan decidir*<sup>104</sup>. A tales efectos, podría estar justificada la imposición de obligaciones

---

de la Red ha sido uno de los puntos conflictivos en el «NETmundial Multistakeholder Statement», 24 de Abril de 2014. Un ejemplo se encuentra con el acuerdo entre *Google* y *Verizon* que ha sido denunciado por el *New York Times* y por el cual ambas compañías habrían planteado establecer un sistema que permitiera «privilegiar» determinados contenidos en Internet mediante un sistema de pago. Se rompería con ello la *neutralidad en la Red* que venía manteniéndose como una exigencia de que las compañías que prestan servicios de provisión de Internet dieran un tratamiento «igual» a todos los contenidos. A este respecto, véase la noticia donde se destapó este acuerdo: <http://www.nytimes.com/2010/08/05/technology/05secret.html>. También es interesante la descripción que ofrece el propio *New York Times* sobre la problemática relativa al principio de neutralidad en la Red: [http://topics.nytimes.com/topics/reference/timestopics/subjects/n/net\\_neutrality/index.html?inline=nyt-classifier](http://topics.nytimes.com/topics/reference/timestopics/subjects/n/net_neutrality/index.html?inline=nyt-classifier).

<sup>103</sup> Podría plantearse un PSI que sin necesidad de obligación legal decidiera que su política comercial fuera ofrecer una Red limpia de cualquier género de contenidos, de manera que imponga a sus usuarios unos filtros de acuerdo con la política de esta empresa (por ejemplo, *Safety Net* y *SafeNet*). *Vid.*: VILLATE, J., «La libertad de expresión en Internet: Retos y amenazas», [http://www.une.edu.ve/~iramirez/te1/censura\\_internet.html](http://www.une.edu.ve/~iramirez/te1/censura_internet.html); y COTINO HUESO, L., «Algunas Claves para el análisis constitucional futuro de las libertades públicas ante las nuevas tecnologías...», *op. cit.*, pp. 61.

<sup>104</sup> En este sentido, la Recomendación CM/Rec(2014)6 del Comité de Ministros, «on a Guide to human rights for Internet users», de 16/04/2014, establece: «*your Internet service provider and your provider of online content and services have corporate responsibilities to respect your human rights and provide mechanisms to respond to your claims. You should be aware, however, that online service providers, such as social networks, may restrict certain types of content and behaviour due to their content policies. You should be informed of possible restrictions so that you are able to take an informed decision as to whether to use the service or not. This includes specific information on what the online service provider considers as illegal or inappropriate content and behaviour when using the service and how it is dealt with by the provider*».

públicas de transparencia sobre los PSI para que los usuarios pudieran conocer los filtros que se usan y la información cuyo acceso les queda bloqueada. También habría que controlar entonces la efectiva competencia y la diversidad de operadores. Por el contrario, sí que *puede ser problemático si tales filtros vienen impuestos por los PSI en cumplimiento de Códigos deontológicos sobre la base de los cuales se requiere el bloqueo de ciertos tipos de contenidos (ilícitos o nocivos)*<sup>105</sup>, ya que se dejaría en manos de entidades sin base democrática y con fines mercantiles definir aquella información que puede circular por Internet y se acabaría con la posibilidad de elección del ciudadano sobre el acceso a los contenidos nocivos. Y es que, si todos los PSI se acogen a tales códigos, se estaría imponiendo desde arriba aquello que es nocivo para un ciudadano, algo que como se ha sostenido puede constituir una forma de «censura privada» ilegítima constitucionalmente al limitar el libre acceso a la información.

Pero es que, además, estas medidas de «censura privada» pueden venir en muchos casos alentadas indirectamente por la legislación pública. Así, por ejemplo, una *regulación excesivamente rigurosa de la responsabilidad por los contenidos de Internet sobre los PSI* puede obligarles a tener que adoptar este tipo de prácticas, exigiéndoles en ocasiones actuar como «verdaderos» censores para valorar si un contenido puede o no ser considerado ilícito y en consecuencia retirarlo para quedar exentos de responsabilidad<sup>106</sup>. De ahí que se venga reclamando que no se puede imponer a los PSI la responsabilidad por aquellos contenidos que no son propios y, cuanto menos, se exija un «conocimiento efectivo» de la ilicitud de los mismos para poder basar cualquier responsabilidad contra éstos<sup>107</sup>.

---

<sup>105</sup> Vid.: OSCE, *Report Freedom of Expression on the Internet. A study of legal provisions and practices related to freedom of expression, the free flow of information and media pluralism on the Internet in OSCE participating States*, September 2010; CALVO GONZÁLEZ, J. C., «Libertad de expresión y weblogs», *Revista semestral de filosofía práctica*, Universidad de Los Andes, Mérida-Venezuela, 2009, pp. 53-94: <http://www.saber.ula.ve/bitstream/123456789/29414/1/articulo3.pdf>; BOIX PALOP, A., «Libertad de expresión y pluralismo en la Red», *op. cit.*, pp. 174; MACKINNON, R., *Consent of the networked*, *op. cit.*, Part. 4; DE LA QUADRA-SALCEDO, T., «Los derechos y las libertades de expresión, información y comunicación audiovisual en el nuevo entorno tecnológico», *Civitas. Revista española de derecho administrativo*, n. 152, 2011, pp. 787-822.

<sup>106</sup> Vid.: ESCOBAR ROCA, G., «Reflexiones en torno a los principios de la comunicación pública en el ciberespacio», *op. cit.*, pp. 124-128; y COTINO HUESO, L., «Nuestros jueces y tribunales ante internet y la libertad de expresión: el estado de la cuestión», en COTINO HUESO (Coord.), *Libertad en Internet. La red y las libertades de expresión e información*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 133-233.

<sup>107</sup> En este sentido, establece la Declaración conjunta sobre la libertad de expresión e Internet (ONU, OCDE, OEA, CADHP), 1/06/2011: «No one who simply provides technical Internet services such as providing access, or searching for, or transmission or caching of information, should be liable for content generated by others, which is dissemi-

Como expresa la *American Civil Liberties Union* debemos reaccionar ante el riesgo de que Internet pueda convertirse en un espacio homogéneo y blando en el que sólo aquellos que puedan pasar la «cortina de humo» de la autorregulación sean libres<sup>108</sup>. Y es que hoy día tanto la extensión de fórmulas de «censura privada» como el «desembarco empresarial» en la Red y la tendencia a la concentración pueden poner en peligro el pluralismo en este medio<sup>109</sup>. Ya nos advertía LESSIG que «la libertad de expresión viene limitada por algo más que el Estado»<sup>110</sup>.

#### 4. A MODO DE CONCLUSIÓN: LA NECESIDAD DE SALVAGUARDAR EL PLURALISMO EN LA RED Y LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO

Este trabajo ha reivindicado la necesidad de salvaguardar el pluralismo en la Red y las garantías constitucionales propias de la libertad de expresión en un Estado social y democrático. Así las cosas, se ha partido de una premisa que en principio no creo que necesite prueba: los cambios tecnológicos e Internet han impactado en el modelo social causando una verdadera revolución; revolución que, además, reclama entonces cambios en el Derecho.

Así las cosas, se ha apostado por la relectura de la libertad de expresión como un «*ius communicationis*», que tutela todo el proceso comunicativo, tanto la vertiente activa como la pasiva, y en particular los derechos de acceso a la información y a la comunicación. El contenido, los límites y las garantías a la libertad deben ser reinterpretados según la nueva realidad tecnológica y, también según los valores sociales hoy día en vigor, de tal suerte que la relectura de esta libertad puede aprovechar no sólo a su proyección en Internet sino también a su concepción general.

---

*nated using those services, as long as they do not specifically intervene in that content or refuse to obey a court order to remove that content, where they have the capacity to do so ('mere conduit principle')».*

<sup>108</sup> Vid.: Informe «*Fahrenheit 451.2: Is Cyberspace Burning?*».

<sup>109</sup> Como concluye BOIX PALOP, probablemente los esfuerzos públicos estén excesivamente centrados en encauzar los contenidos de Internet, cuando en realidad debiéramos también empezar a preocuparnos por aquellos otros fenómenos que pueden poner en grave peligro el pluralismo en la Red («Libertad de expresión y pluralismo en la Red», *op. cit.*, p. 179). En sentido similar, *vid.*: MUÑOZ MACHADO, S., *Los itinerarios de la libertad de palabra...*, *op. cit.* También *vid.*: OSCE, *Report Freedom of Expression on the Internet. A study of legal provisions and practices related to freedom of expression, the free flow of information and media pluralism on the Internet in OSCE participating States*, September 2010; y MACKINNON, R., *Consent of the networked*, *op. cit.*, part. 4.

<sup>110</sup> LESSIG, L., *El Código...*, *op. cit.*, p. 303.

Muy en particular, este estudio se ha centrado entonces en la revisión de las garantías de la libertad de expresión, concretamente de la prohibición de censura, y las nuevas formas en las que la censura puede presentarse. En tal sentido, se ha constatado la necesidad de actualizar la tradicional descripción de la garantía de prohibición de censura, clásicamente concebida como la protección frente a controles sistemáticos, ejercidos por el gobierno o la autoridad pública, como forma de restricción previa a la difusión de informaciones u opiniones; y se ha propuesto entonces una definición más amplia que abarque cualquier obstáculo (público o privado) a la libertad de circulación de ideas o informaciones de forma que cualquiera pueda publicar y acceder al flujo de la comunicación sin límites. Ello se traducía entonces, por ejemplo, en una crítica a cualquier género de registro previo o de autorización para el acceso a Internet; en el cuestionamiento al establecimiento público de sistemas de filtros y bloqueo, aunque se reconocían admisibles cuando se tratara de una orden concreta de bloqueo de una cierta información dictada por una autoridad pública en el correspondiente proceso previsto legalmente; y se realizaba una propuesta en aras de una adecuada regulación pública de estos filtros (auto-controlados, con auto-etiquetado, con una autoridad internacional garante...). Asimismo, se exigía transparencia y pluralidad en el caso de que tales filtros fueran impuestos por servidores o buscadores, para evitar formas privadas de censura.

En definitiva, en la Era digital y ante las formas de comunicación a través de Internet la libertad de expresión adquiere pleno vigor en su faceta como «*ius communicationis*», al tiempo que las garantías propias a esta libertad exigen una relectura vistas las nuevas formas de control y los peligros que surgen para el pluralismo en el nuevo medio. Hay que salvar nuevas formas de censura y control públicas y privadas, pero también barreras de acceso económicas y culturales que dificultan el pleno acceso al mundo virtual. Internet supone así un *nuevo «hábitat cívico»* que, con dimensiones planetarias, genera indudables posibilidades para el ejercicio de nuestros derechos y libertades fundamentales y nos abre la puerta a la aparición y compromiso por una verdadera «ciudadanía cosmopolita», que supere cualquier frontera, cualquier nación, cualquier diferencia de raza, de lengua, de sexo...<sup>111</sup>.

---

<sup>111</sup> PÉREZ LUÑO, A-E., «Internet y la garantía de los derechos fundamentales», en MURILLO VILLAR/BELLO PAREDES (Coords.), *Estudios Jurídicos sobre la sociedad de la información y nuevas tecnologías. Con motivo del XX aniversario de la Facultad de Derecho de Burgos*, Universidad de Burgos, Burgos, 2005, p. 13; y, en sentido general, *vid.*: VAN DEN HOVEN, J. and WECKERT, J., *Information technology and moral philosophy*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008. Personalmente me he posicionado a este respecto en TERUEL LOZANO, G. M., «Libertades y derechos de la persona en Internet: retos en materia de reconocimiento y tutela de los derechos fundamentales ante el paradigma tecnológico de la sociedad del siglo XXI», en *Desafíos para los derechos de la persona ante el siglo XXI: Internet y nuevas tecnologías*, Aranzadi, Navarra, 2013, pp. 39-58.

*TITLE: Freedom of expression and internet censorship.*

*RESUMEN: El objeto de este trabajo es, por un lado, releer la libertad de expresión en la Edad Digital como «ius communicationis»: un derecho a comunicar que incluye todo el proceso comunicativo, sean las dimensiones activa como la pasiva y los derechos de difundir, buscar, recibir y acceder a la información; y, por otro lado, se propone «traducir» las garantías a la libertad de expresión (en particular la prohibición de censura previa) a los nuevos medios de control (públicos y privados) en Internet.*

*ABSTRACT: The object of this paper is, on one hand, to rethink the freedom of expression in the Digital Age as a «ius communicationis»: a right to communicate which includes the whole communicative process, both active and passive dimension and the rights to spread, seek, receive and access information; and, on the other hand, It would «translate» the guarantees of freedom of expression (in particular prohibition of a previous censorship) to the new means of control (both private and public ones) in Internet.*

*RECIBIDO: 02.06.2014  
ACEPTADO: 26.11.2014*



# LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN ARTÍSTICA UNA PRIMERA APROXIMACIÓN

Víctor J. Vázquez Alonso

---

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN: LA LIBERTAD ARTÍSTICA COMO PROBLEMA CONSTITUCIONAL. 2. EL ARTE COMO COMUNICACIÓN. 3. LA DIMENSIÓN OBJETIVA DE LA LIBERTAD ARTÍSTICA. EL ARTISTA EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL. 4. EL ARTISTA Y EL DERECHO A LA IRREVERENCIA.

---

## 1. INTRODUCCIÓN: LA LIBERTAD ARTÍSTICA COMO PROBLEMA CONSTITUCIONAL

En ciertos ámbitos el derecho constitucional lo tiene difícil para ser una disciplina modesta. Abordar determinadas cuestiones constitucionales para las cuales el derecho no ha desarrollado una autonomía conceptual, a través de un mero lenguaje autorreferencial, o de una suerte de *talmudismo* jurisprudencial, no sólo supone incurrir en el viejo vicio que los humanistas imputaban a los jurisconsultos, de citarse a sí mismos como si su trabajo fuera el más arduo e interesante, sino que, inequívocamente, lleva implícito una suerte de soberbia disciplinar. Más modesto parece, en principio, aproximarse a estas materias constitucionales, dando por supuestas, no sólo las necesarias relaciones de vecindad con otras disciplinas afines, sino también, en ocasiones, con estudios directamente ajenos a lo jurídico. El problema, en estos supuestos, radica en que no es sencillo evitar adentrarse en debates sobre los cuales el constitucionalista está lejos de ser el más versado. La forma de equivocarse no es otra, en esta ocasión, que la de meterse en camisas de once varas. Es por esto que la solución más sensata en estos casos termina siendo la de marginar la cuestión, no porque su importancia sea menor, sino porque es muy difícil profundizar en ella sin pisar en falso. Pues bien, una de esas cuestiones tradicionalmente marginadas en los estudios de derecho constitucional es la libertad artística. Es difícil encontrar, en este sentido, referencias bibliográficas específicas a este derecho y, al mismo tiempo,

como veremos, es llamativa la forma en la que cual los jueces rehúsan entrar a definir constitucionalmente el ámbito protegido por esta libertad, que pasa por ser para los juristas, una suerte de hija bastarda y discreta de la libertad de expresión. El derecho a la libertad artística, o si se prefiere, la libertad de expresión artística<sup>1</sup>, ha sido a la postre un derecho que padece una carencia de autonomía conceptual con respecto a otras libertades de comunicación como son la libertad de expresión o la libertad de información, y que en gran medida a causa de ello, adolece de un protección jurídica de perfil bajo.

Obviamente, las razones de ello radican, en gran medida, en las propias dificultades que existen para definir en abstracto el contenido de este derecho. Dificultades que son inherentes, sin duda, al propio carácter escurridizo de la definición de arte, algo sobre lo que alguno podría decir que no se ha avanzado demasiado desde los intentos ilustrados hasta nuestros días<sup>2</sup>. Así, en ciertos casos, determinar cuándo nos encontramos ante una actividad artística o cuándo nos encontramos ante una obra de arte, son cuestiones que, especialmente desde las vanguardias, no resultan ni mucho menos pacíficas en los propios campos de la filosofía y de la estética<sup>3</sup>, lugares donde, en principio, el jurista podría acudir en busca de ayuda.

En cualquier caso, la intuición nos dice que puede establecerse una diferenciación entre la libertad de expresión, en tanto libre transmisión de ideas, opiniones y juicios de valor, de determinadas formas de expresión que, independientemente de que tras ellas subyazcan ideas u opiniones, están dirigidas a provocar una concreta emoción estética. La libertad artística podría ser vista, desde esta perspectiva, como una suerte de modalidad específica de la libertad de expresión que, aun siendo diferenciada de esta, en tanto a su concreta intencionalidad estética, es susceptible de ser objeto de una aproximación jurídica similar en su tratamiento, dado que en ambos casos subyace un valor jurídico común que sería la libertad de comunicación. Desde esta perspectiva, más que un marco conceptual propio, podría plantearse sin más la plena aplicación de la doctrina constitucional de la libertad de expresión a los supuestos donde esa expresión pueda calificarse de artística.

Sin embargo, la propia idea de que el arte es una actividad siempre comunicativa o discursiva no es siempre aceptada, y con ello, tampoco se admite que la doctrina judicial de la libertad de expresión haya de proteger en todo caso la obra de arte. Por ejemplo, el profesor Tushnet ha manifestado sus dudas acerca de si realmente puede considerarse que la obra del pintor expresionista abstracto Jackson Pollock transmite algún tipo de mensaje o discurso

---

<sup>1</sup> Aunque como veremos, hablar de expresión artística, en buena medida implica ya un enfoque determinado que repercute en el propio tratamiento jurídico de este derecho.

<sup>2</sup> Vid. ADLER, A. M., «The Folly of Defining Art», en *The New GateKeepers: Emerging Challenges to Free Expression in the Arts*, 2004.

<sup>3</sup> Vid. FREELAND, C., *But is it Art?*, Oxford, 2001.

que haya de estar amparado por la Primera Enmienda. En cierta medida, estas posturas se sustentan sobre la tesis filosófica de que el arte no es siempre cognoscitivo o comunicativo, sobre todo desde la irrupción de ciertas manifestaciones artísticas, propias de la modernidad y la post-modernidad, marcadas por el hermetismo o el subjetivismo radical.

En segundo lugar –y aquí nos movemos en un ámbito sin duda más cómodo para los constitucionalistas– buena parte de las voces críticas que rechazan la extensión de la doctrina judicial de la libertad de expresión a la libertad artística, lo hacen sobre el presupuesto de que en ningún caso puede considerarse que la dimensión institucional u objetiva de la libertad artística es asimilable a la de la libertad de expresión. Dicho de otra forma, para algunos autores, la posición jurídica privilegiada de la libertad de expresión se fundamenta en su contribución específica a la formación de una opinión pública libre, la cual adquiere su máximo exponente en aquellos supuestos que puedan ser subsumibles dentro del concepto de discurso político. Para estos autores, lo artístico ha de considerarse como un territorio autónomo de lo político, y, en cualquier caso, la contribución de la libertad de expresión artística a la opinión pública, no podría ser equiparable a la de la libertad de expresión. Una tesis que, como fácilmente puede deducirse, conduce a afirmar que las restricciones de esta libertad no han de someterse al estricto escrutinio judicial propio de las libertades de información y de expresión. Tesis que, como se verá más adelante, parece estar implícita en buena parte de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Como se ha dicho, la tarea de definir la libertad artística como derecho suele provocar la evasión del jurista, y, por supuesto, en estas páginas no se va a romper con esa prudente tradición. Serán además muchos los cabos sueltos y las cuestiones sobre las que no hay nada que decir, y muchas también las ideas sobre las que me reservo el derecho de cambiar de opinión. No obstante, si se va a intentar en este trabajo poner en cuestión algunos presupuestos en base a los cuales, los tribunales y parte de la doctrina rehúsan otorgar a la libertad artística la misma protección jurídica que al discurso político o a la libertad de información. En concreto, se intentará defender que, incluso en su versión más hermética y autorreferencial, propia de las vanguardias o de la postmodernidad, la obra de arte ha de ser considerada por el derecho como un fenómeno intrínsecamente comunicativo que no puede, por lo tanto, quedar al margen de la protección de la libertad de expresión. En segundo lugar, frente a las tesis que, aun extendiendo la protección de la libertad de expresión a la libertad artística, niegan que cualquier restricción a esta última haya de someterse a estricto escrutinio, al no ser subsumible la obra de arte dentro del concepto de *political speech*, intentaremos poner de manifiesto cómo la inequívoca dimensión institucional u objetiva de la libertad artística dentro del estado constitucional o, si se prefiere, dentro de la cultura del estado cons-

titucional, justifica un tratamiento judicial análogo al del discurso político o la libertad de información.

Finalmente, en la última parte de este artículo llamaremos la atención sobre algunas notas que caracterizan la libertad de expresión artística en relación a las libertades de expresión e información, especificidades que, en nuestra opinión, justifican una autonomía conceptual de esta libertad.

## 2. EL ARTE COMO COMUNICACIÓN

En un conocido ensayo, el profesor de Oxford, Quentin Skinner, defiende que, al contrario de lo que gran parte de los comentaristas habían sostenido hasta entonces, tras los frescos que Ambrogio Lorenzetti pintara para la *Sala dei Nove del Palazzo Comunale* de Siena no se esconde una síntesis de la filosofía aristotélico-tomista, sino una teoría republicana del buen gobierno, inspirada en los clásicos de la Antigua Roma, que pondría de manifiesto la consolidación en la época prerrenacentista de una filosofía política que se sustentaba sobre una serie de conceptos propios del pensamiento romano clásico, como la virtud, la concordia o la igualdad (*aequitas*)<sup>4</sup>. Obviamente, es difícil negar, sobre todo después de leer a Skinner, que esta obra artística, más allá de su excelencia técnica o estética, no constituya en sí misma una fuente de conocimiento y de reflexión política, y no sólo desde el punto de vista histórico, sino desde el punto de vista exclusivamente conceptual. Detrás de la obra de Lorenzetti, encontramos inequívocamente un discurso. Ahora bien, también es cierto que de los frescos de Lorenzetti a la obra Jackson Pollock que tanto preocupa a Tushnet<sup>5</sup>, o a la de Marcel Duchamp con sus váteres convertidos en fuentes, hay un espacio de tiempo en el que el arte, o por lo menos ciertas manifestaciones de lo artístico, han perdido su carácter objetual, su conexión con la tradición narrativa y figurativa, su carácter cultural, y su propia pretensión de verdad<sup>6</sup> e

<sup>4</sup> SKINNER, Q., *El artista y la filosofía política. El Buen Gobierno de Ambrogio Lorenzetti*, Ed. Trotta, Madrid, 2009.

<sup>5</sup> TUSHNET, M., «Art and the First Amendment», *Columbia Journal of Law and the Arts*, Vol. 35, 2012. La insistencia en Pollock no es casual, y es que en la conocida sentencia *Hurley v. Irish American Gay, Lesbian, and Bisexual Group of Boston*, sobre la prohibición de la participación de Gays y Lesbianas en la anual marcha de los irlandeses por Boston, el Juez Souter, defendió una visión digamos extrínseca de la libertad de expresión, tomando como referencia el receptor del mensaje, para lo cual no dudo en afirmar que los cuadros de Jackson Pollock están amparados por la Primera Enmienda. Asunto *Hurley vs. Irish American Gay, Lesbian, and Bisexual Group of Boston*, Sentencia del TS de EEUU de 1995 (515 U.S. 557)

<sup>6</sup> Sobre este abandono del artista de cualquier indagación científica a través de su obra, insiste Max Weber. En la frontera de la modernidad «los artistas experimentales del tipo Leonardo y de los innovadores musicales, la ciencia significaba el camino hacia el arte verdadero, que para ellos era también el de la verdadera naturaleza. Había que elevar

incluso de inteligibilidad<sup>7</sup>. En definitiva, usando la expresión de Gadamer, hay un momento en el que el arte no quiere ser otra cosa que arte<sup>8</sup>.

Todo esto podría llevarnos a la conclusión de que, en tanto pertenecientes a un mundo hermético y confuso, aquellas manifestaciones artísticas no comprometidas con la inteligibilidad –ni mucho menos esporádicas en nuestros postmodernos tiempos– no pueden ser analizadas en ningún caso desde la óptica de la libertad de expresión sin adular los contornos de este derecho. Tushnet, por lo tanto, estaría en lo cierto, y aplicar a un cuadro de Pollock la protección de la Primera Enmienda sería algo así como darle a un perro una flauta para que toque. Sin embargo, creo que la tesis de Tushnet no es fácil de asumir si partimos de un concepto extensivo acerca de qué tipo de actividades humanas son las que contribuyen a la definición de nuestra cultura política e, igualmente, si atendemos a la propia complejidad de la relación que los movimientos artísticos autorreferenciales y, en principio, ajenos a cualquier otro objeto que no sea el arte en sí han tenido con el poder político. Vayamos a ello.

La irrupción de la modernidad artística, que suele situarse en la obra de Baudelaire<sup>9</sup>, no sólo daría lugar a un culto de lo nuevo, sino también a una suerte heterodoxia moral del artista. Ciertamente, desde entonces, la conciencia del artista se va a forjar, en muchas ocasiones, en un concreto pathos marginal<sup>10</sup>, fascinado por la irreverencia, la negación de la tradición e, incluso, por el compromiso con la absoluta inutilidad de su obra. La modernidad bien puede resumirse, en este sentido, a través del aforismo de Jean-Luc Godard, «la cultura es la regla, el arte es la excepción»<sup>11</sup>. Desde luego, esta ruptura cultural, no sólo va a ser formal, y tampoco van a faltar ejemplos en los que el artista va a avalar su obra manifestando su absoluto rechazo a cualquier canon clásico de moralidad. Sin embargo, el hecho de que el arte se constituya en un espacio de reflexión autónoma no significa que no entre en

---

el arte a la categoría de ciencia, y esto significaba sobre todo que, por su rango social y el sentido de su vida, el artista tenía que ser equiparado con el doctor. Esta sería la ambición que late en el fondo del Tratado de la Pintura de Leonardo... Esto sonaría como una blasfemia en los oídos de la juventud. WEBER, M., *El político y el científico*, Ed. Alianza, Madrid, 2007, p. 206.

<sup>7</sup> Como señalara Ortega con la modernidad «no se trata de que a la mayoría del público no le guste la obra joven y a la minoría sí. Lo que sucede es que la mayoría, la masa no la entiende» Vid. ORTEGA Y GASSET, J., «La deshumanización del arte», en ORTEGA Y GASSET, J., *Obras Selectas*, Ed. Espasa Libros, Madrid, p. 408.

<sup>8</sup> Vid. GADAMER, H.-G., *La actualidad de lo bello*, Barcelona, 2010, p. 59.

<sup>9</sup> Vid. HABERMAS, J., «La Modernidad: un proyecto inacabado», en *El debate Modernidad- Postmodernidad*, Ed. Punto Sur, Buenos Aires, 1987, p. 131.

<sup>10</sup> BENJAMIN, W., «Charles Baudelaire. Un lírico en la época del altocapitalismo», en *Obras*, libro I/vol. 2, Madrid, pp. 92 y ss.

<sup>11</sup> Vid. GODARD, J.-L., *Historie(s) du cinema*, Gallimard, Paris, 1998.

contacto ni incida, a través de unas pautas propias, en la formación de la opinión pública y, con ello, en la definición de una determinada comunidad política. Así, incluso si consideramos el carácter autorreferencial y hermético de ciertas expresiones artísticas propias de la vanguardia, lo cierto es que éstas nunca han dejado de constituirse, aún desde su voluntaria marginalidad, en una suerte de espejo cóncavo de una sociedad política en un tiempo determinado, de tal forma que es difícil comprender ese tiempo —el que acoge la propia modernidad— sin acercarse a ellas. Al mismo tiempo, y aunque sea paradójico, es precisamente en el apogeo de la subjetivación y el hermetismo artístico, cuando, al mismo tiempo, como avanzara Malraux a través de su idea de *museo imaginario*<sup>12</sup>, la obra de arte adquiere su máxima publicidad, desprendida de cualquier otra utilidad que no sea la de su exhibición, y se multiplican asimismo las posibilidades de su reproducibilidad técnica<sup>13</sup>. En definitiva, el arte no referencial ni objetual no es, sin embargo, un arte introvertido, sino que es, podríamos decir, un arte radicalmente destinado a ser objeto de comunicación. Dicho de otra forma, aunque no sea siempre discurso (*speech*) el arte no va a dejar de ser expresión.

En cualquier caso, hay algo que, desde la perspectiva del derecho y, en concreto, del derecho constitucional, no puede ser pasado por alto, y es el hecho de que, incluso estas corrientes artísticas autorreferenciales y herméticas han constituido, en la práctica, y desde sus planteamientos exclusivamente estéticos, un quebradero de cabeza para distintos modelos políticos de sociedad antitéticos entre sí. Un ejemplo inmejorable de ello sería el de la difícil convivencia de las vanguardias artísticas con el socialismo, cuya proyecto de politización del arte se encontró desde el principio con la resistencia e movimientos también radicalmente antiburgueses, como el surrealismo<sup>14</sup> o el dadaísmo, pero que, desde sus presupuestos estéticos, consti-

<sup>12</sup> Vid. MALRAUX, A., *Les voix du silence. Le musée imaginaire*, Paris, 1951.

<sup>13</sup> Vid. BENJAMÍN, W., «La obra del arte en la época de su reproductibilidad técnica», en *Obras*, libro I/vol. 2, Madrid, pp. 12-47

<sup>14</sup> Valga como ejemplo la postura que defendieron Breton, Trosky y Diego Rivera en su célebre *Manifiesto por un arte revolucionario independiente*: «En cuestiones de creación artística, importa esencialmente que la imaginación escape a toda clase de imposiciones, que bajo ningún pretexto se deje imponer moldes. A quienes pretendan presionarnos, tanto hoy como mañana, para que consintamos que el arte se vea sometido a una disciplina que consideramos radicalmente incompatible con sus medios, oponemos un rechazo inapelable y nuestra voluntad deliberada de atenernos a la fórmula «toda clase de licencias para el arte». La imposibilidad de adecuar este compromiso libérrimo, en el molde del realismo socialista puede verse bien a la luz este párrafo cuyo autor es otro de los fundadores junto a Breton del Surrealismo, el poeta Louis Aragon, quien luego abrazó la ortodoxia del realismo socialista: «Basta con que falte uno solo de los elementos exigidos al escritor por el realismo socialista para que la obra pierda el carácter realista socialista, para que quede reducida al naturalismo, al populismo, a la vulgarización sociológica, para

tuían un desafío frontal al realismo socialista a cuyo servicio debería someterse el arte, según terminaría interpretando la tradición marxista<sup>15</sup>. En este sentido, creo que es esclarecedor de hasta qué punto el arte no necesita un discurso o una explícita vocación política para convertirse en una cuestión política, el ensañamiento con el que la Rusia soviética practicó la censura musical, utilizando como parámetro de control el propio concepto de realismo socialista, frente a aquellos compositores calificados de formalistas como Malher, Stravinsky o Schönberg... cuya música fue proscrita durante décadas en la URSS. Otro tanto podríamos decir de la Alemania nazi donde, como es conocido, en 1937, y bajo la dirección personal Goebbels, se organizó una exposición que mostraba el paradigma de la «música degenerada» a través de las grabaciones, entre otros, de Mendelssohn, Mahler o Schönberg<sup>16</sup>. Dos años antes, la exposición había versado sobre los paladines pictóricos de la degenerada modernidad, exhibiéndose entre otras tan aparentemente pacíficas y despolitizadas, en tanto herméticas, como las de Kandinsky o Paul Klee.

Pero sería un error pensar que las manifestaciones más autorreferenciales y herméticas de la libertad artística, propias de la modernidad, sólo han resultado incómodas para los regímenes totalitarios. Basta leer el trabajo clásico de Daniel Bell, sobre las debilidades de la sociedades capitalistas, para comprobar que para buena parte del pensamiento liberal-conservador, las vanguardias artísticas, con su carga desproporcionada de nihilismo, hedonismo e irracionalidad, habrían contribuido a socavar la ética protestante, basada en la responsabilidad, la racionalidad y el trabajo, y sobre la cual descansaría la prosperidad de las sociedades capitalistas<sup>17</sup>. En definitiva, por muy crítica que pueda ser una obra de arte de Pollock, parece que

---

arruinar, en definitiva, su carácter de obra de arte». Existe una antología contrastada de los textos estéticos de BRETÓN, A. y ARAGÓN, L., *Surrealismo frente a realismo socialista*, Ed. Tusquets, Barcelona, 1978.

<sup>15</sup> Puede verse un relato de relación entre vanguardia artística y pensamiento revolucionario, examinando las sinergias iniciales, y su progresivo distanciamiento hasta su enfrentamiento final, tras la Segunda Internacional, en HOBBSAWN, E., «El Socialismo y la Vanguardia», en *Gente poco corriente. Resistencia, rebelión y jazz*, Ed. Crítica, Barcelona, 2013, pp. 148-159.

<sup>16</sup> Puede verse, en extenso, el conocido libro de ALEX ROSS, *El ruido eterno*, en especial el capítulo II, en el que comprende los años entre 1933 y 1945, y analiza paralelamente las políticas culturales en la Rusia de Stalin, la América de Roosevelt y la Alemania de Hitler. La censura musical durante el siglo XX, fue el tema de discurso del músico Carlos Prieto al recibir el Premio de la Escuela de Música de la Universidad de Yale, el texto está disponible en <<http://www.letraslibres.com/revista/convivio/las-musicas-prohibidas-del-siglo-xx?page=full>>, última consulta: 11.11.2014.

<sup>17</sup> Vid. BELL, D., *Las contradicciones culturales del capitalismo*. Alianza Editorial. 2006, pp. 50 y ss.

la misma, cuanto menos, transmite una decisión conceptual acerca de lo que es el arte que es susceptible de molestar a alguien que tenga una visión política de la sociedad como Daniel Bell, y que también, hubiera tenido muchas papeletas para ser exhibida en la exposición de arte degenerado en la Alemania del 1935, o para no pasar satisfactoriamente el test del realismo socialista en la Unión Soviética.

Es por todo esto que en un modelo político propio de una sociedad abierta, que reconduce parte de su legitimidad a los procesos informales de comunicación que se dan en la sociedad, resulta difícil no extender los presupuestos normativos de la comunicación, y, en este caso, la protección jurídica propia de la libertad de expresión, a aquellas formas artísticas no figurativas, no narrativas ni objetuales, pero que, en cualquier caso, también participan, ya sea inconscientemente, en el proceso de reflexión que hace sobre sí misma una sociedad en un tiempo determinado. Como ha señalado el profesor Munkitrich, en su defensa de la música como una manifestación de la Primera Enmienda, aparte de apuntalar la propia individualidad, la expresión musical también puede promover la comunidad, introduce solidaridades y hay ejemplos más que evidentes de que puede erigirse en el elemento conductor y a su vez comunicativo de una cultura<sup>18</sup>. Para el estado constitucional, para una sociedad abierta, en definitiva, creo que no cabe otra comprensión del arte que la de un fenómeno comunicativo, a través del cual se participa de la propia cultura y que requiere por lo tanto de una protección jurídica que garantice esta libertad.

### 3. LA DIMENSIÓN OBJETIVA DE LA LIBERTAD ARTÍSTICA. EL ARTISTA EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL

Asumiendo que la obra de arte siempre presenta un elemento comunicativo o cognoscitivo, la cuestión sigue siendo la de si al no tratarse en pureza de una manifestación genuina de *political speech*, debe o no la libertad del artista de beneficiarse de la posición procesal privilegiada que los tribunales normalmente otorgan a las libertades de expresión y de información cuando éstas entran en conflicto con otros bienes jurídicos. Como es conocido, ha sido la jurisdicción de la Corte Suprema norteamericana la que más ha contribuido a que en el constitucionalismo occidental se asuma esta lectura democrática de las libertades de expresión e información, de la que se deduce que cualquier limitación a los mismos ha de ser sometida a un estricto escrutinio judicial. A este respecto, es también en la propia literatura norteamericana de la Primera Enmienda donde podemos encontrar esta reticencia a la hora de extender a la expresión artística las garantías judicia-

---

<sup>18</sup> Vid. MUNKITRICK, D., «Music as Speech. A First Amendment Category unto itself», *Federal Communication Law Journal*, Vol. 62, 2010, pp. 682-684.



les propias del *freedom of speech*. Así, un autor como Robert Bork ha sostenido que solo pueden extenderse las garantías propias de la Primera Enmienda a aquellos discursos que se dirigen a nosotros como ciudadanos, es decir, que versan sobre la concreta cuestión de cómo somos gobernados, sin que, por lo tanto, la expresión artística, como tampoco la puramente académica, deban estar amparadas por el derecho a la libertad de expresión de la Primera Enmienda<sup>19</sup>. En una misma línea, como hemos visto, Tushnet considera que la protección de la Primera Enmienda se proyectaría sobre el discurso, no sobre cualquier comunicación, y en cualquier caso, solo alcanzaría su máxima intensidad cuando este discurso verse sobre la forma en la que somos gobernados<sup>20</sup>. A este respecto, incluso en un autor como Meiklejohn, quien, como es conocido, defendió una *comprensión absoluta* de la Primera Enmienda que incluía también bajo su protección a la literatura y las artes, podemos encontrar una cierta reticencia a juzgar bajo un estricto escrutinio los límites a aquellas manifestaciones artísticas cuya dimensión, digamos política, no sea de alguna forma evidente. Y es que, para Meiklejohn, la protección ha de extenderse a toda forma de comunicación que pueda nutrir de conocimiento y sensibilidad crítica a los ciudadanos en relación al gobierno de la sociedad en la que viven, de tal forma que en aquellos supuestos donde pueda deducirse que lo que una determinada obra de arte transmite es completamente ajena a esta cuestión, se puede deducir que su protección constitucional bajo la Primera Enmienda deberá de ser de una intensidad menor<sup>21</sup>. En cierta medida, como señala algún autor, la libertad artística parece situarse en una suerte lugar intermedio en el grado de protección que le concede la Primera Enmienda de la Constitución americana, aproximándose a nivel máximo de protección sólo en aquellos supuestos en los que la obra de arte sirve de vehículo a un discurso político<sup>22</sup>. Supuestos en los que, en realidad, no se protegería la expresión artística en sí, sino este discurso al que da cuerpo y forma.

Esta ha sido, creo, la lógica a la que ha respondido buena parte de la escasa jurisprudencia en la que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha juzgado si ciertas medidas limitativas de la libertad artística contravenían el artículo 10 del Convenio. Si no me equivoco, la primera sentencia en la que el Tribunal entra a valorar si se ha producido una vulneración de la libertad

---

<sup>19</sup> BORK, R., «Neutral Principles and Some First Amendment Problems», *Indiana Law Journal*, Vol. 47, 1971, pp. 27.

<sup>20</sup> TUSHNET, M., «Art and the First Amendment», *Columbia Journal of Law and the Arts*, Vol. 35, 2012, pp. 208-216.

<sup>21</sup> Vid. MEIKLEJOHN, A., «The First Amendment is an Absolute», *Supreme Court Review*, 1961, pp. 246-256,

<sup>22</sup> Vid. NAHMOD, S. H., «Artistic Expression and Aesthetic Theory: The Beautiful, the Sublime and the First Amendment», *Wisconsin Law Review*, 1987, pp. 236-237.

artística tiene su origen en la condena por blasfemia en Reino Unido a la *Gay News* por la publicación del poema de James Kirkuk, *The Love That Dares to Speak its Name*, una composición en la cual se recrean escenas de sexo entre Jesús, sus discípulos y otros protagonistas de pasajes evangélicos como los centuriones romanos que custodiaron a Jesús de Nazaret o el propio Poncio Pilato. La Comisión no encontró en esta condena una injerencia en el artículo 10 del Convenio, dado que la protección de los sentimientos religiosos constituía un fundamento legítimo para la imposición de ciertos límites por parte de los Estados. Casi diez años más tarde, en *Müller v. Suiza*, la mayoría del Tribunal entendió que la condena por obscenidad impuesta a un artista que había exhibido una obra cargada de lascivia en un exposición de arte contemporáneo, no vulneraba el artículo 10 del Convenio, dado que los estados miembros disfrutaban de un amplio margen de apreciación nacional a la hora de circunscribir cuál ha de ser la protección de moral pública en una sociedad determinada. Un parámetro de análisis que se va a mantener en dos conocidas sentencias en las que, en este caso, el material comprometido era de carácter audiovisual. En la primera de ellas, *Otto Preminger Institute v. Austria*<sup>23</sup>, se entendió que las autoridades austriacas no habían vulnerado el artículo 10 del Convenio al impedir la exhibición en una sala de un cine de arte y ensayo de una película que satirizaba el cristianismo recreando, entre otras cosas, al Dios de los cristianos como un anciano senil y a Jesucristo como un deficiente mental. Para el Tribunal, el especial margen de apreciación que ha de conferirse a las autoridades nacionales en cuestiones relacionadas con la religión, donde las diferencias históricas y sociológicas entre los países miembros son evidentes, legitimaba a los jueces austriacos para prohibir la exhibición de una película que podía herir los sentimientos religiosos de una mayoría de la sociedad. En *Wingrove v. Reino Unido*<sup>24</sup>, la obra que había sido censurada, no concediéndosele licencia de exhibición, era una película sobre el éxtasis de Santa Teresa de Ávila, en la cual podía verse cómo la monja carmelita tenía experiencias eróticas con Jesucristo. Para el juez de Estrasburgo, su prohibición tampoco había supuesto una vulneración del Convenio, considerando nuevamente este especial margen de apreciación del que disfrutaban los estados en este ámbito.

Todas las sentencias que acabamos de ver están sin duda marcadas por la incidencia, a veces excesiva, que ha tenido la doctrina del margen de apreciación nacional en aquellas cuestiones que pueden cuestionar soluciones nacionales en ámbitos de especial sensibilidad para los Estados. Desde las conocidas *Hadyside v. Dinamarca y Kokinakis c. Grecia*<sup>25</sup>, tanto la moralidad pública

<sup>23</sup> Caso *Otto Preminger Institute vs Austria*, Sentencia del TEDH de 24 de septiembre 1994.

<sup>24</sup> Caso *Wingrove vs Reino Unido*, Sentencia del TEDH de 25 de noviembre de 1996.

<sup>25</sup> Caso *Kokinakis vs Grecia*, Sentencia del TEDH de 25 de mayo del 2003

como las propias relaciones del estado con lo religioso son cuestiones donde los estados miembros disfrutaban de un amplio margen de apreciación a la hora de determinar su marco normativo. Ahora bien, esta jurisprudencia evidencia también una circunstancia más relevante para el objeto de este trabajo y esa es la ausencia en la jurisdicción de Estrasburgo de un concepto libertad artística autónomo, que atienda a las peculiaridades que diferencian de esta forma de expresión de otro tipo de manifestaciones del espíritu. En realidad, como ya se dijo, lo que singulariza el tratamiento de la obra artística en esta jurisprudencia es precisamente el perfil bajo de su protección jurídica, en tanto no se le reconoce esa dimensión objetiva o institucional dentro de un estado democrático con la que normalmente se asocia a las libertades de expresión e información. Esta falta de reconocimiento es algo que creo puede constatarse si tomamos en consideración otros supuestos donde la protección de la moralidad o los sentimientos religiosos alegada por los Estados no sirvió para que el Tribunal admitiera como legítimas las injerencias en el artículo 10 del Convenio.

Este sería el caso, por ejemplo, de la sentencia *Ginewski c. Francia*<sup>26</sup>, en el cual, el Tribunal consideró que suponía una vulneración del artículo 10 del Convenio la sanción civil impuesta a un periodista que en un artículo de prensa había vinculado la doctrina de la Iglesia Católica con el antisemitismo y con el propio genocidio del pueblo judío. Y también de *Aydin Tatlav c. Turquía*<sup>27</sup>, una sentencia en la cual la mayoría de los jueces concluyen que Turquía había vulnerado el Convenio al condenar penalmente al autor de un libro que juzgaba con severidad la religión islámica<sup>28</sup>. En ambos casos, y al contrario de lo que acabamos de ver en *Otto Preminger* y en *Wingrove*, la contribución específica de la libertad de expresión a la formación de la opinión pública dentro de una sociedad democrática, conduce al Tribunal a afirmar la posición preferente de esta libertad frente a las tentativas de excluir del debate público ciertas opiniones que pueden considerarse ofensivas para determinados grupos religiosos.

En cualquier caso, y paradójicamente, si algo pone de manifiesto que en la jurisprudencia de Estrasburgo la libertad artística no posee la plusvalía propia de la libertad de expresión política o de la libertad de información, son aquellos supuestos en los cuales el Tribunal sí ha condenado a los estados por las restricciones impuestas a la libertad artística. En uno de ellos, *Bildender Künstler c. Austria*<sup>29</sup>, el material artístico cuya exhibición había sido prohibi-

<sup>26</sup> Caso *Ginewski vs Francia*, Sentencia del TEDH de 13 de Enero 2010.

<sup>27</sup> Caso *Aydin Tatlav vs Turquía*, Sentencia del TEDH de 2 de mayo 2006.

<sup>28</sup> Sobre esta jurisprudencia, véase, ampliamente, MARTÍNEZ TORRÓN, J., «La ofensa a la religión como límite a la libertad de expresión: la experiencia europea», en VV.AA., *Medios de Comunicación y Pluralismo religioso*, Consell de l'Audiovisual de Catalunya, marzo, 2010, pp. 79-100.

<sup>29</sup> Caso *Bildender Künstler vs Autriche*, Sentencia del TEDH de 25 de enero de 2007.

da por las autoridades austriacas dado su carácter obsceno era una pintura satírica en la que aparecían retratados en clara actitud sexual varios líderes del Partido Liberal Austriaco (FPÖ), entre ellos su en aquel entonces presidente M. Haider, junto con la monja Teresa de Calcuta. A diferencia de un supuesto similar como el juzgado en *Müller*, en esta ocasión la mayoría del Tribunal atiende a las particularidades de la tradición artística satírica y también a la propia dimensión pública de los políticos que habían sido satirizados. Dos circunstancias que, unidas al hecho de que la prohibición decretada por las autoridades judiciales austriacas no tenía ninguna limitación de tiempo y lugar, conducen a la mayoría del Tribunal a declarar que este caso sí se había producido una vulneración del artículo 10 de Convenio. La segunda de estas sentencias es *Karata c. Turquía*<sup>30</sup>, en esta ocasión, la obra que había dado lugar al litigio era poética, en concreto, se trataba de un poemario, *The song of a Rebellion*, una composición de marcado tono épico en la que el autor glorificaba la resistencia kurda contra el gobierno de Turquía, invitando al pueblo turco a la resistencia y a la lucha. Las autoridades turcas condenaron al autor de estos versos por un delito de difusión de propaganda separatista, una condena que la mayoría de los miembros del Tribunal consideró que era contraria al artículo 10 del Convenio. El Tribunal toma en consideración en su sentencia, el impacto reducido que puede tener la obra en cuestión en la sociedad, al tratarse de una composición poética, destinada a un público en principio minoritario, pero también, la propia dimensión política de la obra, valorando, en este sentido, la contribución específica que esta obra, o este tipo de obras, pueden hacer a una sociedad democrática. En definitiva, tanto en *Karata* como en *Bildender Künstler*, es la explícita dimensión política del discurso, pero no el soporte artístico de la expresión, lo que parece determinar la plusvalía de la libertad artística en el juicio de ponderación realizado por la Corte<sup>31</sup>. Podríamos decir que, al contrario del pensamiento vanguardista, el mensaje político explícito ennoblece para el Tribunal la obra de arte, por lo menos a los efectos de equiparar su tratamiento jurídico al de otras manifestaciones de la libertad de expresión, tradicionalmente objeto de una protección específica. A la manera de León Felipe, el Tribunal parece, no sé si maldecir, pero sí por lo menos, discriminar, la poesía de los que, de una u otra forma, no toman partido político expreso.

Desde mi punto de vista, este tratamiento de la libertad artística, como una libertad débil, siempre y cuando no pueda encuadrarse en el concepto de arte político, parte de un cierto desconocimiento o infravaloración de los réditos sociales que reporta una cultura artística en libertad. En primer lugar,

<sup>30</sup> Caso *Karata vs Turquía*, Sentencia del TEDH de 8 de Julio de 1999.

<sup>31</sup> Coincidimos, en este sentido, con PAUL KEARNS, quien realiza un detallado examen de esta jurisprudencia en «The Judicial Nemesis: Artistic Freedom and the European Court of Human Rights», *Irish Law Journal*, 2012, pp. 75-92.

jerarquizar el impacto social o político de las manifestaciones del espíritu puede ser en muchas ocasiones una operación apócrifa, y es que es difícil de valorar la incidencia –también en términos políticos– que puede tener una determinada obra en una sociedad a lo largo del tiempo. Obviamente, *Madame Bovary* o *De Profundis* no son trabajos literarios que se puedan circunscribir en el concepto de arte político, pero creo que nadie negaría que han tenido una incidencia real en la configuración de ciertos horizontes de emancipación en las relaciones humanas en una sociedad determinada<sup>32</sup>. No es extraño tampoco que el arte horade, de forma consciente o no, el terreno de lo simbólico desde un punto de vista político. Pese a que una obra artística nazca desde la más pura asepsia ideológica, en cierta medida su significado deja de ser propiedad del autor desde el momento en que la sociedad se apodera de ella, pudiéndola convertir en símbolo de algo completamente ajeno a la voluntad originaria de su creador. Desde luego ni la *Novena Sinfonía* de Beethoven ni la *Oda a la alegría* de Schiller nacieron para ser símbolos de la unión política de Europa. Los artistas, en definitiva, pueden coadyuvar en la legitimación o en la deslegitimación de las repúblicas, incluso sin querer. Del mismo modo, como señalamos en el artículo anterior, hay expresiones artísticas que precisamente por su carácter marcadamente apolítico, pueden ser observadas con especial atención desde el terreno propiamente político, sin que la ausencia de figuración o de inteligibilidad en el relato prive a la obra artística de esa posibilidad de transmitir a algunos una idea política e incluso una idea política compleja<sup>33</sup>.

En definitiva, la expresión artística penetra y afecta a la comunidad política. Puede fortalecer o cohesionar una determinada comunidad, del mismo modo que puede generar subculturas que pongan en cuestión o exterioricen las debilidades de la cultura política hegemónica. No obstante, también en ese sentido, o incluso, especialmente en este sentido, la libertad artística adquiere una importancia objetiva excepcional dentro del Estado Constitucional, en tanto, constituye una expresión visible de ciertas patologías sociales que en muchas ocasiones va a manifestarse en espacio de reflexión específico que es el arte que en la propia comunidad. Por ello, al igual que no puede existir un estado constitucional sin medios de comunicación libres, tampoco es imaginable sin artistas que realmente lo sean. Creo que lo que intento defender hasta ahora, un concepto fuerte de libertad artística dentro de la Constitución, equiparable a otras manifestaciones de la libertad de comunicación

<sup>32</sup> Sobre la incidencia de la pintura en el aprendizaje de la sexualidad, puede verse ARGULLOL, R., *Una educación sensorial. Historia personal del desnudo femenino en la pintura*, Barcelona, 2012.

<sup>33</sup> Como señala Peter Weiss en su *Estética de la Resistencia*, y en relación al *Gernika* de Picasso: «sin que ninguno lo comprendiéramos, vimos lo que ocurría en España». WEISS, P., *La estética de la resistencia*, Ed Hiru, Hondabarria, 1999, p. 378.

con las libertades de expresión e información, se puede condensar muy bien en la forma en la que un autor como Habërle ubica la libertad de creación artística entre los presupuestos del Estado Constitucional. La cita literal creo que vale la pena:

«Las garantías de defensa y de protección jurídica de la libertad artística y de la literaria junto con sus respectivos autores en particular despliegan todo su sentido político-constitucional específico en la medida en que con ello el propio estado constitucional se auto-protecte, es decir en la medida en que intenta garantizar la protección de sus propias premisas, ya que tanto la literatura como sus respectivos literatos son requisitos vitales de dicho Estado»<sup>34</sup>.

#### 4. EL ARTISTA Y EL DERECHO A LA IRREVERENCIA

Empezábamos este trabajo llamando la atención sobre la requerida modestia con la que el derecho constitucional ha de moverse en territorios conceptuales que no le son propios. Definir qué es arte, del mismo modo que definir qué es religión es demasiada tarea para un mero jurista<sup>35</sup>, y un buen consejo a seguir es el que diera el juez Holmes en *Bleistein v. Donalson*<sup>36</sup>, de evitar en lo posible definir en abstracto qué puede ser calificado de obra de arte. Para Holmes

«It would be a dangerous undertaking for persons trained only to the law to constitute themselves final judges of the worth of pictorial illustrations, outside of the narrowest and most obvious limits. At the one extreme, some works of genius would be sure to miss appreciation. Their very novelty would make them repulsive until the public had learned the new language in which their author spoke. It may be more than doubted, for instance, whether the etchings of Goya or the paintings of Manet would have been sure of protection when seen for the first time...».

Efectivamente, como señala Holmes, no han sido pocos los casos en los que lo que en un momento no fue considerado arte o incluso produjo la risa —como cuenta Bataille de la *Olympia* de Manet— luego pasa a la historia como una obra maestra, en definitiva como un canon de excelencia<sup>37</sup>. En cualquier caso, igual que sin necesidad de definir qué es religión podemos

<sup>34</sup> HABERLE, P., *Teoría de la Constitución como ciencia de la Cultura*, Ed. Tecnos, Madrid, 2000, p. 56

<sup>35</sup> Sobre estas dificultades, véase, en extenso, HAIGHT FARLEY, C., *Tulane Law Review*, Vol. 79, 2005, en especial, pp. 810-819.

<sup>36</sup> Asunto *Bleistein v. Donaldson Lithographing Company*, Sentencia del TS de EEUU de 1903 (188 U.S. 239).

<sup>37</sup> Vid. BATAILLE, G., *Manet*, Ed. Tecnic, Valencia, 2003, p. 34.

afirmar que hay iglesias y reconocerlas, también podemos, sin necesidad de adentrarnos en una definición jurídica de arte, afirmar que hay artistas y saber quiénes son. Incluso puede resultar cómodo aceptar como punto de partida, aquello que propone el historiador del arte Gombrich, que no existe propiamente el arte, que tan solo hay artistas<sup>38</sup>. Desde luego, esta postura sería acorde con los presupuestos de una sociedad abierta de intérpretes constitucionales, en donde habría que asumir que la interpretación de qué es la libertad artística es sobre todo competencia principal de los literatos, pintores, músicos... En definitiva, más que definir en abstracto el derecho que actos encajan o no en la definición, parece más modesto atender a la definición, al «plebiscito informal» que sobre este derecho llevan a cabo sus intérpretes, o si se prefiere, sus hacedores, naturales.

En este sentido, si tomamos en consideración a los artistas y «aquello que los artistas hacen», creo que hay varios aspectos que pueden tener relevancia de cara a dar un tratamiento jurídico autónomo a esta libertad. El primer aspecto está relacionado con la propia vinculación de la creación artística con la identidad del autor. Hasta ahora hemos podido ver cómo la libertad artística no era ajena a los dos valores que subyacen en la protección de la libertad de expresión: su contribución a la cultura política y a la existencia de un «libre mercado de ideas». Pues bien, la libertad artística está vinculada, y creo que de una manera especialmente intensa o única, a otro valor tradicionalmente adscrito a la libertad de expresión, como es el de la autonomía personal o el libre desarrollo de la personalidad. En buena medida, por suerte o por desgracia, desde el Romanticismo en adelante, la creación artística ha abandonado toda pretensión de verdad, y ha estado marcada por un subjetivismo radical. La hipertrofia del yo ha establecido en cierta medida el criterio de distinción entre el artesano y el artista<sup>39</sup>. A este subjetivismo, se ha unido lo que podríamos llamar una suerte de fe en la obra. Despojada de su labor cultural u ornamental, la creación artística, en el escenario del arte por el arte, y al margen de cualquier pretensión de utilidad práctica, adquiere en sí misma una suerte de trascendencia. En este sentido, como apunta Gadamer, hay algo de teología en el arte moderno igual que hay una cierta aura de mesianismo en la figura del artista<sup>40</sup>. Desde luego, lo que parece claro es que en la obra de arte el artista vuelca su yo de una forma única, hasta el punto que si tomáramos en consideración la distinción de Ortega entre ideas y creencias podríamos decir que el artista cree en la obra, está de alguna forma en ella.

<sup>38</sup> GOMBRICH, E., *Historia del Arte*, 1982, p. 113.

<sup>39</sup> Véase, las páginas que a ello dedica en un trabajo que considero imprescindible, OVEJERO DE LUCAS, F., *El compromiso del creador. Ética de la estética*, Ed. Galaxia Gutenberg, Barcelona, 2014, en especial, pp. 62 y ss.

<sup>40</sup> Vid. GADAMER, H.-G., *La actualidad de lo bello*, op. cit., p. 59-60. Sobre ello incide especialmente ARGULLOL, R., en su *estudio introductorio* a esta misma obra, pp. 10-212

Junto este subjetivismo radical, otro elemento que ha caracterizado gran parte del quehacer artístico ha sido la irreverencia, la desatención, en ocasiones ostentosa, hacia la moral establecida. «Mi superioridad reside en que no tengo corazón», diría Rimbaud, elevando esta irreverencia a su máxima expresión. Desde estos presupuestos, el artista se ha erigido en una suerte de violador natural del tabú en el seno de la sociedad, lo cual le ha situado, obviamente, en la frontera de la legalidad. El artista ha sido, en este sentido, uno de los principales blancos de ese *derecho de la moralidad* que defendiera Lord Devlin en su polémica con Hart<sup>41</sup>. Un derecho que se pone al servicio de la integridad moral de la sociedad, sancionando aquellos discursos que provocan un profundo y verdadero sentimiento de repugnancia y que por ello amenazan con desestructurar moralmente la comunidad. Las normas que protegen a la sociedad frente a lo obsceno o lo sacrílego han constituido los límites casi congénitos de un espacio, el artístico, que se ha comprendido a sí mismo sin rendir tributo a otros valores que no sean estéticos, o que no estén relacionados con la propia libertad del creador. Los protagonistas de este conflicto no han sido ni mucho menos de talla menor; si prestamos atención solo al ámbito de la literatura, la censura de la moralidad ha afectado a la obra de autores como Balzac, Flaubert, Joyce, Navokov o D. H. Lawrence, por citar sólo a algunos de los más reputados, sin olvidar que han sido también muchos los autores menores o mediocres, que confundiendo la excelencia con la transgresión han terminado al margen de este derecho de la moralidad. Obviamente, los primeros de alguna forma nos sirven como una señal histórica de alerta, y es que, aquello que un día fue considerado inmoral, con paso del tiempo, no mucho, puede convertirse en canon ya no sólo estético, sino en cierta medida también cultural de una determinada sociedad. Los artistas, y especialmente la literatura, pero no exclusivamente ella, han realizado en este sentido una suerte de labor de prospección moral que no se limita a la mera reflexión estética.

En cualquier caso, tampoco podemos descartar que los segundos, aquellos que confunden excelencia con provocación o trasgresión, puedan iluminarnos a la hora de comprender la dinámica jurídica de la libertad artística. Como diría un autor norteamericano, uno nunca sabe dónde se encuentran los héroes de la Primera Enmienda. En este sentido, la casuística de la libertad artística nos pone de manifiesto que esta forma de expresión no va a tener como límite, en la mayoría de los supuestos, normas que protegen frente a un peligro de daño real y cierto. Algo que, si se piensa, es en cierta medida lógi-

---

<sup>41</sup> DEVLIN, L., *The Enforcement of Morals*, Oxford, 1959.; HART, H.L.A., *Law, Liberty and Morality*, Oxford, 1963. Igualmente, una crítica clásica a la obra de Devlin, también desde presupuestos liberales, la podemos encontrar en DWORKIN, R., «Lord Devlin and the Enforcement of Morals», *Yale Law Journal*, Vol. 75, 1987, 1965-1966.



co, pues normalmente el arte como medio imaginativo no juega con lo real<sup>42</sup>. Es decir, nadie entiende que el escritor de novela negra que recrea con todo lujo de detalles una serie de asesinatos que han quedado impunes está incitando al asesinato o cantando a la impunidad, sino que lo normal es pensar que esa historia está escrita así porque de esa forma ha encontrado su autor un vehículo para provocar una determinada emoción en el lector. Es por ello que, si bien su influencia sobre la cultura o la opinión pública pueda ser muy intensa, resultan insólitos los supuestos en los que el arte pueda provocar un daño real y cierto en bienes jurídicos concretos. Es difícil, podríamos decir, encontrar supuestos en los cuales la expresión artística, que se mueve, por definición, en el territorio de lo figurativo y lo imaginado, pueda ser comprendida dentro del concepto de *fighting words*. Las balas del artista en este campo pueden ser consideradas balas de fogueo. Por ello son dos conceptos jurídicos tan indeterminados como la protección de la moralidad o de los sentimientos religiosos, y no derechos o bienes jurídicos concretos, los que han constituido los límites naturales a la libertad de expresión artística. Límites que creo que envejecen mal en el contexto de una sociedad pluralista.

En primer lugar, como afirma un autor como Waldron, quien no duda en defender la tipificación penal del discurso del odio, una cosa es defender a través del derecho lo que las personas son y otra lo que las personas piensan o creen<sup>43</sup>. Sin duda, en una sociedad pluralista, donde conviven distintas visiones de lo bueno y lo justo, lo segundo constituye un límite jurídico cuya fundamentación es mucho más débil. En este sentido, en relación con la protección de los sentimientos religiosos creo que es difícil no estar de acuerdo con la tesis que en su día avanzara el juez Frankfurter en la conocida sentencia *Joseph Burstyn, Inc. v. Wilson*<sup>44</sup>, en donde se trataba de valorar la adecuación a la Primera Enmienda de la prohibición que había decretado el Estado de New York contra la exhibición y distribución de la película del director italiano Roberto Rossellini *El milagro*. Para ello, el Estado de New York se había apoyado en una normativa educativa que vetaba la exhibición de contenido sacrílego. En concreto, lo sacrílego de la película «El milagro» era el relato que ésta hacía de cómo San José dejaba embarazada a una campesina demente, haciéndola luego creer que era la Virgen María. Pues bien, para la Corte Suprema, la Primera Enmienda de la Constitución no permite a los poderes públicos establecer restricciones previas a la libertad de expresión con el objetivo de proteger la religión o determinadas comprensiones religiosas de aquellas visiones de las mismas que puedan resultar incómodas.

---

<sup>42</sup> Sobre este tributo al compromiso artístico con la mentira, puede leerse a WILDE, O., *La decadencia de la mentira*, Madrid, 2000.

<sup>43</sup> WALDRON, J., *Harm in Hate Speech*, Harvard-Cambridge, 2012, pp. 118-131.

<sup>44</sup> Asunto *Joseph Burstyn, Inc. v. Wilson*, Sentencia del TS de EEUU de 1952 (343 U.S. 495).

La sentencia del Tribunal en *Joseph Burstyn, Inc. v. Wilson* avanzaba así una nueva comprensión, luego consolidada, de la obra cinematográfica como manifestación de la libertad de expresión<sup>45</sup>, al tiempo que rechazaba que el Estado pudiera esgrimir como interés legítimo para su limitación la salvaguarda del dogma religioso<sup>46</sup>. Pero, como decía, creo que las páginas más esclarecedoras de este litigio, en relación con la cuestión que nos ocupa, se encuentran en el voto particular concurrente del Juez Frankfurter, quien acude a la propia idea de pluralismo para fundamentar la imposibilidad constitucional de proteger lo sagrado en un contexto como el estadounidense. Para el juez, el estado de New York había dado sentido jurídico al concepto de «sacrilegio» a través, exclusivamente, de los textos de Agustín de Hipona y del padre Tomás de Aquino. Sin embargo, después de bucear por distintos diccionarios de la lengua inglesa para intentar dotar de un significado secular a este concepto, Frankfurter demuestra la imposibilidad de encontrar una idea común de lo «sacrilegio»<sup>47</sup>, en un lugar donde el pluralismo religioso es tan exacerbado que, parafraseando al juez Roberts en *Cantwell v. Connecticut*, resulta habitual que las creencias y las propias conductas religiosas de uno puedan resultar sacrílegas para su vecino<sup>48</sup>. En definitiva, si aceptamos que la moral y la religión son cuestiones que en un estado constitucional de cuño pluralista han de reconducirse al ámbito de lo privado, conceptos como el de obscuro o el de sacrilego no pueden ser comprendidos sino de forma débil a la hora de imponerse a un derecho como la libertad artística.

Tomando en consideración lo anterior, creo que es importante insistir en que categorías jurídicas como la de lo obscuro no pueden en ningún caso, no ya limitar, sino *delimitar* el derecho a la libertad de creación artística, de tal forma, que las manifestaciones susceptibles de ser consideradas como tales, es decir obscenas, queden fuera del ámbito amparado por el derecho. En realidad, pienso que el razonamiento ha de ir en un sentido contrario. Aquello a lo

---

<sup>45</sup> Con esta sentencia, la Corte Suprema deroga el precedente establecido en el Asunto *Mutual Film Corp. v. Industrial Commission*, Sentencia del TS de EEUU de 1915 (236 U.S. 230), una decisión en la cual la mayoría del Tribunal había interpretado que el cine era propiamente un producto industrial que, en ningún caso, podía verse amparado por la Primera Enmienda como una aquellas manifestaciones de la libertad de expresión que, de alguna forma, contribuyen a la formación de opinión pública.

<sup>46</sup> Sobre las muchas implicaciones, también económicas, de este cambio jurisprudencial, puede verse, en extenso, WERTHEIMER, J., «Mutual Film Reviewed: The Movies, Censorship, and Free Speech in Progressive America», *37 The American Journal of Legal History*, April 1993, pp. 158-189.

<sup>47</sup> (Frankfurter Concurring) *Joseph Burstyn, Inc. v. Wilson* 343 U.S. 507-540, (1952) «...in America, the multiplicity of the ideas of «sacredness» held with equal but conflicting fervor by the great number of religious groups makes the term «sacrilegious» too indefinite to satisfy constitutional demands based on reason and fairness».

<sup>48</sup> Vid. *Cantwell v. Connecticut*, 310 U.S. 296 (1940).

que pueda reconocérsele un valor artístico no puede ser censurado por su obscenidad, su lascivia o su indecencia. Este ha sido, en gran medida, el razonamiento judicial que se ha impuesto en la jurisprudencia de la Corte de Suprema de los Estados Unidos, a través del *obscenity test* que establece en la conocida sentencia *Miller v. California*<sup>49</sup>, y en virtud del cual, se excluye que puedan ser censuradas por obscenas, aquellas manifestaciones de la libertad de expresión que siendo subsumibles dentro del concepto de obscenidad, al ser valoradas en su conjunto muestren un serio valor artístico o literario<sup>50</sup>.

En definitiva, y por concluir, el derecho a la libertad artística necesariamente engloba lo que Vargas Llosa ha definido como el derecho a la irreverencia<sup>51</sup>. Sin esta posibilidad de atacar la moralidad, la libertad de artística no sólo deja de ser reconocible como tal, sino que en buena medida pierde esa capacidad prospectiva y emancipadora que le es propia dentro de una sociedad y que justifica, como se ha defendido en este trabajo, una protección jurídica equiparable a la de las libertades de expresión e información. En cierta medida, esta especial relación del arte con lo prohibido no deja de ser paradójica, ya que si bien la creación artística reclama un ámbito de máxima libertad, en muchas ocasiones podríamos decir, parafraseando a Eugenio D'Ors, que sus límites han sido su riqueza, y ello, en tanto, el culto a la transgresión necesita obviamente, normas que transgredir. En cualquier caso, el rifirrafe del creador con la moralidad o con el derecho de la moralidad en un determinado lugar y tiempo, siempre encuentra escenarios inéditos y casos difíciles que agitan a una sociedad y le hacen replantearse o refirmarse en sus ideas. Valga como ejemplo para terminar esta primera aproximación a la libertad artística, la reciente sentencia de la Corte Constitucional de Colombia anulando la prohibición de las corridas de toros en Bogotá, sobre la base de que ésta vulnera la libertad artística y afecta a una de las manifestaciones del pluralismo cultural del país<sup>52</sup>. Un caso difícil, sin duda, pero que también confirma aquel aforismo de José Bergamín, por extensión aplicable a todas las manifestaciones artísticas, de que los toros son un espectáculo inmoral y por ello educador de la inteligencia.

*TITLE: The Artistic Freedom. A First Approach.*

*RESUMEN: En el presente trabajo se va a defender una comprensión fuerte de la libertad artística como derecho constitucional. Para ello, se intentarán refutar algunas de las objeciones doctrinales y judiciales que se oponen a la extensión a este derecho del tratamiento jurídico de las liber-*

<sup>49</sup> Asunto *Miller v. California*, Sentencia del TS de EEUU de 1973 (413 U.S. 15).

<sup>50</sup> Asunto *Miller v. California*, Sentencia del TS de EEUU de 1973 (413 U.S. 15, 24-25).

<sup>51</sup> VARGAS LLOSA, M., «El derecho a la irreverencia», *El País*, 22 de febrero de 2006.

<sup>52</sup> Asunto T-296/13, Sentencia de la Corte Constitucional de Bogotá D.C. de 22 de mayo de 2013.

*tades de expresión y de información. En concreto, aquella que niega una igual importancia institucional de este derecho dentro del Estado Constitucional. Finalmente, se tomarán en consideración algunas especificidades de las manifestaciones de este derecho, como su irreverencia y su radical individualismo, para justificar un concepto autónomo de libertad artística, resistente a los límites del denominado derecho de la moralidad.*

*PALABRAS CLAVE: libertad artística, libertad de expresión, libertad de información, derecho constitucional, irreverencia.*

*ABSTRACT: In this paper we'll try to defense a strong constitutional concept of artistic freedom. First, we try to refute some of the doctrinal and judicial objections against the extension of the legal treatment of freedoms of speech and press to the artistic freedom. Specifically, the one denies the equal institutional and democratic relevance to the artistic works within the constitutional state. Finally, we will defense an autonomous concept of artistic freedom, especially against the limits based on obscenity law.*

*KEYWORDS: artistic freedom, freedom of expression, freedom of information, constitutional right, irreverence.*

*RECIBIDO: 11.11.2014*  
*ACEPTADO: 26.11.2014*

# LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

Miryam Rodríguez-Izquierdo Serrano

---

**SUMARIO:** 1. LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN EL DERECHO DE LA UNIÓN, EL CONVENIO EUROPEO, LA CARTA DE DERECHOS Y EL TRIBUNAL DE JUSTICIA. 2. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA. 2.1. *Libertad de expresión, libertades económicas y libre competencia.* 2.2. *Libertad de expresión y pluralismo en el sector audiovisual.* 2.3. *Libertad de expresión y control transnacional de contenidos.* 2.4. *Libertad de expresión y publicidad.* 2.5. *Libertad de expresión y protección de datos.* 2.6. *Libertad de expresión y derechos de autor.* 3. EL ARTÍCULO 11 DE LA CDFUE, INTERNET Y LA JURISPRUDENCIA DEL TJ.

---

## 1. LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN EL DERECHO DE LA UNIÓN, EL CONVENIO EUROPEO, LA CARTA DE DERECHOS Y EL TRIBUNAL DE JUSTICIA<sup>1</sup>

Como ocurre con el resto de los derechos fundamentales que tienen vigencia en el Derecho de la Unión, la primera aparición de la libertad de expresión en el escenario jurídico europeo se produjo en el seno de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Y así, como todos los derechos que han tenido algún tratamiento en la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, haya sido el mismo sustantivo o tan solo tangencial, la libertad de expresión

---

<sup>1</sup> El presente trabajo se enmarca en el proyecto de investigación «Construyendo un estándar europeo de protección de los derechos fundamentales: de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión a las Constituciones, pasando por el CEDH» (DER2013-41303-P), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

ha pasado en la doctrina del juez europeo por las etapas comunes a todos ellos. Primero han sido derechos que forman parte de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros y son, por tanto, principios generales del Derecho europeo<sup>2</sup>. En consecuencia, la libertad de expresión es acogida inicialmente por el Tribunal de Justicia como elemento indispensable de esas tradiciones y, casi sin solución de continuidad, o más bien superando resistencias iniciales, es puesta bajo el amparo del artículo 10 del CEDH<sup>3</sup>, mínimo común de la tradición común y siguiendo la interpretación que emana de la Corte de Estrasburgo<sup>4</sup>. Dentro de ese marco se ha mantenido la libertad de expresión en las alegaciones ante el Tribunal de Justicia, así como en las argumentaciones del mismo en respuesta y solución a los con-

<sup>2</sup> En la forja de los derechos fundamentales como principios generales del Derecho europeo el TJ siguió TJ a PESCATORE, cuando afirmaba en los años sesenta que, a pesar de la ausencia de derechos fundamentales en los Tratados, «en la realidad de las cosas, la constitución comunitaria contiene, al menos en germen, un sistema completo que puede servir de garantía a los derechos fundamentales». PESCATORE, P., «Les droits de l'homme et l'intégration européenne», *Cahiers de Droit Européen*, núm. 6, 1968, p. 636 (pp. 629-673). Así fue como el TJ alumbra esos derechos-principios generales que, para el TJ, son elementos propios del ordenamiento jurídico europeo, independientemente de que para su obtención el juez de Luxemburgo tuviera que inspirarse en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros –que no en sus constituciones–, y en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. AGUDO ZAMORA, M., «La protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea. Claves para entender la evolución histórica desde el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica hasta el Tratado que establece una Constitución para Europa», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 4, 2005, p. 395, (pp. 373-427).

<sup>3</sup> Ello a pesar de que en la primera sentencia en la que aparece una apelación al artículo 10 del Convenio, el TJ rehúsa entrar en la cuestión de la libertad de expresión alegando su falta de competencia para examinar la compatibilidad de una ley nacional con el CEDH. Se trataba de una ley francesa que restringía temporalmente la reproducción en vídeo de producciones cinematográficas y que, a juicio del TJ y en la medida en que daba el mismo trato a las producciones nacionales y a las extranjeras, no era contraria a la libre circulación y, por otro lado, perseguía la finalidad razonable de promover las creaciones cinematográficas. Asuntos C-60/84 y C-61/84, *Cinéthèque y otros vs. Fédération nationale de cinémas français y otros*, Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 11 de julio de 1985, Rec. 1985, p. 02605. Como veremos, esa determinación del juez europeo es sustituida en otros casos posteriores por un escrutinio directo sobre la base del artículo 10 del Convenio. Las sentencias del TJ se citarán a pie de página con su referencia completa, mientras que en el texto principal se citarán con el número de asunto y con el título abreviado en cursiva.

<sup>4</sup> Aunque señalaba Díez PICAZO que la ausencia de adhesión de la Unión al Convenio ha llevado a ciertas discrepancias en las respectivas jurisprudencias en relación con algunos derechos. Díez PICAZO, L.M., «La relación entre la Unión Europea y el Convenio Europeo de Derechos Humanos», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 15, 2004, p. 160, (pp. 159-170).

flictos planteados, hasta fecha muy reciente. El cambio se ha dado cuando esas referencias recurrentes han pasado a estar acompañadas por invocaciones directas al artículo 11 de la CDFUE, cuando no por fin centradas y encuadradas en esta norma propia del Derecho de la Unión<sup>5</sup>.

La entrada en vigor de la Carta renueva, sí, la vigencia de los derechos fundamentales en el complejo normativo de la Unión e incide, también, en la jurisprudencia más reciente del Tribunal de Justicia sobre libertad de expresión, aportando nuevos perfiles. Esto último ocurre quizás no tanto por la diferencia entre las dicciones literales de ambos preceptos, que aun así existe<sup>6</sup>, sino por el cambio de posición de esta libertad en el seno del complejo normativo de la Unión<sup>7</sup>. No obstante, siquiera por una razón temporal, aún

<sup>5</sup> Es algo que se observa en relación con otros derechos fundamentales, como es el caso del asunto *Digital Rights*, donde el TJ realiza un auténtico control de «constitucionalidad» de la Directiva, anulando partes de la misma por ser contraria los derechos a la intimidad y protección de datos de la Carta. En este asunto, sin embargo, el TJ no responde a la pregunta sobre la incidencia en la libertad de expresión del artículo 11 de la Carta por considerar que con sus respuestas a las cuestiones anteriores es suficiente. Asuntos C-293/12 y C-594/14, *Digital Rights vs. Irlanda*, Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 8 de abril de 2014, aún no incluida en el repertorio de jurisprudencia.

<sup>6</sup> La dicción literal de ambos preceptos es la siguiente: «artículo 11 CDFUE, libertad de expresión y de información. 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. 2. Se respetan la libertad de los medios de comunicación y su pluralismo»; «artículo 10 del CEDH, 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa. 2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial».

<sup>7</sup> Según señala LINDE PANAGUA cuando categoriza los derechos de la Carta en función de su relación con las competencias de la Unión, el alcance del derecho del artículo 11 de la Carta sería el mismo que el del artículo 10 del CEDH. LINDE PANAGUA, E., «El ámbito de aplicación: el talón de Aquiles de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 15, 2008, p. 39, pp. 27-44. Sin embargo, como se verá al final de este trabajo, se aprecia una cierta inflexión en la línea argumental del Tribunal de Justicia en relación con la libertad de expresión una vez incorporada la Carta al Derecho de la Unión, debido a ese cambio de posición del que hablaba-

queda mucho para que ese artículo 11 de la Carta alcance el volumen de citas que en un repaso cronológico acumula el artículo 10 del Convenio. En cualquier caso, la libertad de expresión y la jurisprudencia del TEDH ya habían venido sirviendo, y con solvencia, como parámetro de escrutinio de la adecuación *iustificadamente* de restricciones y afectaciones de los derechos de comunicación y opinión en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión. Y esto ha sido así porque, aunque la Unión no tenga competencia directa sobre derechos fundamentales<sup>8</sup>, cuestión que tras la entrada en vigor de la CDFUE queda expresamente aclarada mediante el artículo 51.2 de la misma<sup>9</sup>, lo cierto es que más de un ámbito de competencia europeo de dimensión económica ha probado tener incidencia indirecta sobre la libertad de expresión, mientras que más de dos, como la protección de datos o la propiedad intelectual, la afectan de manera especial. En esa medida, quizás los perfiles del reciente cambio en el parámetro de control, con el flamante artículo 11

---

mos. En cierto sentido, nos referimos a algo que ponía en evidencia Díez Pícazo cuando señalaba la falta de adhesión de la Unión al Convenio y cómo tal falta repercutía en la posición de los derechos fundamentales en la Unión. Decía el autor que la caracterización de los derechos fundamentales como principios generales agotaba la operatividad de los mismos en el derecho derivado y que esa realidad sería bien distinta si los derechos emanaran de manera directa de una adhesión al Convenio. Díez Pícazo, L.M., «La relación entre la Unión Europea y el Convenio Europeo de Derechos Humanos», *op. cit.*, p. 161. Sobre las relaciones entre los dos instrumentos, Carta y Convenio, véanse, entre nosotros y entre la abundante producción científica sobre la materia, el trabajo iniciático, con la Carta de Niza acabada de alumbrar, de Alonso García, R., «El triple marco de protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea», *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 13, 2001, pp. 13-43; el reciente, ya con la Carta y el Tratado de Lisboa en plena vigencia, de Gordillo Pérez, L. I., *Constitución y ordenamientos supranacionales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012, pp. 101 y ss; o el que reflexionaba sobre el estado de la cuestión en aquel momento de tránsito del Tratado Constitucional de Álvarez-Ossorio Micheo, F., «El Sistema Multinivel de Protección de Derechos Fundamentales. Un análisis desde la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea», en Carmona Contreras (dir.), *La Unión Europea en Perspectiva Constitucional*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2008, pp. 113-126.

<sup>8</sup> Como explica Gordillo Pérez: «el que la Comunidad tenga la obligación de respetar los derechos del hombre no implica que disponga de competencia para adoptar regulaciones específicas en este ámbito. En efecto, la carga que asume la Comunidad es la de asegurarse de que a la hora de aprobar una norma no se ven afectados los derechos humanos». Gordillo Pérez, L., *Constitución y ordenamientos supranacionales*, *op. cit.*, p. 132.

<sup>9</sup> Biglino Campos explica el significado de dicha exclusión expresa, estableciendo una comparación inversa con lo ocurrido en Estados Unidos con la decimocuarta enmienda, dejando claro que se niega que los derechos sean «un título competencial autónomo, que habilite a la Unión para dictar normas destinadas exclusivamente a garantizar su protección». Biglino Campos, P., «Derechos fundamentales y competencias de la Unión: el argumento de Hamilton», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 14, 2003, p. 66, (pp. 45-68).



vigente desde 2009, no sean tan llamativos como lo son otras cuestiones sobre las que vamos a llamar la atención y que justifican, o pretenden hacerlo, la manera en la que hemos estructurado este análisis.

Además de las cuestiones relativas al Convenio y la Carta, y a su interpretación por parte del juez europeo, en la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo sobre libertad de expresión interesa observar otros dos aspectos: por un lado las situaciones de hecho que originan los conflictos en torno a las libertades de comunicación que se elevan ante el TJ; y por otro las normas europeas de aplicación a los conflictos que se plantean. Desde nuestro punto de vista, son esos dos factores los configuran una aportación diferencial del juez europeo a la doctrina sobre la libertad de expresión. Y los mismos se deducen de las normas de Derecho estatal y de Derecho europeo que se barajan en las alegaciones de parte, en los planteamientos prejudiciales de los jueces nacionales y, cómo no, en las respuestas del Tribunal de Justicia. Como se pondrá de relieve, los contextos fácticos y normativos de ponderación en los que se inserta la libertad de expresión en tal sede jurisdiccional son distintos de aquellos a los que la justicia constitucional nos tiene acostumbrados<sup>10</sup>.

Lo habitual en los conflictos referentes a esta libertad pública, al menos en la jurisprudencia más conocida de nuestros Tribunales Constitucionales o del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, es encontrarnos ante una de estas dos situaciones: por un lado, una situación en la que la libertad de expresión, o cualquier otra libertad comunicativa<sup>11</sup>, está en un vértice, mientras

<sup>10</sup> Aunque algunos de estos «nuevos conflictos» sí son rastreables en la jurisprudencia y en el debate doctrinal sobre la Primera Enmienda en Estados Unidos, por ejemplo los relativos a la tensión entre libertad de expresión y derechos de autor, de los que es caso de referencia la Sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos *Eldred v. Ashcroft*, 537 U.S. 186 (2003). Acerca de las novedades que han surgido en los conflictos habituales sobre libertad de expresión ante el Tribunal Constitucional español, véase el trabajo de VÁZQUEZ ALONSO, V., «Trascendencia constitucional y libertades de expresión e información» en MORALES ARROYO, J. M. (dir.), *Recurso de amparo, derechos fundamentales y trascendencia constitucional*, Aranzadi, 2014, pp. 387-402.

<sup>11</sup> No ignoramos las diferencias existentes entre las distintas libertades de comunicación pública, tanto en el reconocimiento formal de las mismas como en la jurisprudencia constitucional, señalada, entre muchos, por BUSTOS GISBERT en BUSTOS GISBERT, R., «El concepto de libertad de información a partir de su distinción de la libertad de expresión», *Revista de Estudios Políticos, Nueva Época*, núm. 85, 1994, pp. 261-289. No obstante, a los efectos del análisis que llevamos a cabo en este trabajo, la libertad de expresión se utiliza como tipo abstracto de todos esos derechos de libertad, las libertades de comunicación pública, siguiendo las ideas de este mismo autor en BUSTOS GISBERT, R., «Los derechos de libre comunicación en una sociedad democrática», en GARCÍA ROCA, J. y SANTOLAYA MACCHETTI, P. (coords.), *La Europa de los Derechos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, p. 537, pp. 529-563. El concepto «libertad de comuni-

que los derechos de la personalidad –honor, intimidad y propia imagen– están en el otro, de manera que es necesario realizar un juicio de ponderación que facilite la decisión sobre el o los derechos a proteger, siendo así que los criterios de tal ponderación están determinados por factores como la relevancia informativa o la veracidad del contenido, la dimensión pública o particular de la persona aludida, la capacidad de difusión del medio transmisor o la neutralidad en la presentación de la noticia, entre otros; o, por otro lado, una situación en la que hay una injerencia en el ejercicio del derecho a la libre opinión o información a través de una actuación directa, o una afectación a su contenido a través de una regulación específica o relacionada con el ámbito de realización de la libertad. En la segunda situación, que caracteriza una afectación o vulneración del derecho derivada de la actuación de un poder público, lo que se exige es un juicio de constitucionalidad que aplique los criterios de escrutinio correspondientes, entre los que se encuentran, de nuevo entre otros, la necesidad de la medida, la medición de la proporcionalidad en el sacrificio del derecho, el respeto al contenido esencial o a los bienes y objetivos constitucionales protegidos por el derecho o, en los juicios más depurados, el efecto inhibitorio de la restricción<sup>12</sup>.

Sin embargo, cuando la libertad de expresión se esgrime ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la misma se enfrenta a situaciones bien distintas, sobre todo por ser situaciones en las que las competencias atribuidas a la Unión tienen un gran protagonismo y también porque es sencillo que actores privados, operadores económicos o usuarios de servicios, entren en el juego de las restricciones indirectas que amenazan la libre comunicación. Así, las libertades de opinión e información llegan a medirse, al igual que otros muchos derechos fundamentales de tradición constitucional

---

cación» –por su carácter inclusivo y por hacer referencia al proceso entero de la comunicación y no a uno solo de sus elementos– define mejor el contenido común de estas libertades. El adjetivo de «pública», añadido, hace referencia no a algo «oficial» o «relativo a los órganos de poder», sino que se utiliza como «lo contrapuesto a lo privado y secreto». Parafraseamos el trabajo de TORRES DEL MORAL, A. y NAVAS CASTILLO, F., «Encuadramiento terminológico de las libertades informativas», en TORRES DEL MORAL, A. (dir.), *Libertades informativas*, Colex, Madrid, 2009, p. 17, pp. 15-69.

<sup>12</sup> Aunque se ha llamado la atención acerca de la habitual confusión de técnicas de escrutinio, ponderación frente a test de convencionalidad, que en ocasiones se da, como ejemplo, en la jurisprudencia del TEDH. BARENDT, E., «Balancing Freedom of Expression and Privacy: The Jurisprudence of the Strasbourg Court», *Journal of Media Law*, núm. 1, 2009, p. 55, pp. 49-72. El por qué de esta confusión en la sede de Estrasburgo puede ser la posición de partida del derecho a la reputación, que en ocasiones es tratado como un interés particular en lugar de como un derecho protegido por el Convenio. SMET, S., «Freedom of Expression and the Right to Reputation: Human Rights in Conflict», *American University International Law Review*, Vol. 26/1, 2010, p. 201, pp. 183-236.

común, con las libertades económicas, es decir, con las libertades de circulación del mercado europeo en sus distintas variantes<sup>13</sup>. También se ven encuadradas en contextos de ponderación predefinidos en regulaciones europeas aplicables, como ocurre con las directivas sobre protección de datos, comercio electrónico o derechos de autor. Y para nuestras libertades protagonistas, como factor diferencial, las fronteras estatales que marcan los márgenes de apreciación de lo necesario y lo proporcional, así como de los sistemas de comunicación pública tradicionales<sup>14</sup>, aparecen alteradas por obra y gracia de la unidad del espacio europeo en su dimensión económica, cuando no más allá de cuestiones de mercado<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> Señala SARRIÓN ESTEVE que «si estudiamos los casos en los que el Tribunal de Justicia ha relacionado ambas categorías (libertades económicas y derechos fundamentales) podemos encontrar dos tipos de relación o interacción: una positiva o de apoyo; y otra negativa o conflictual». Como veremos algo más adelante, es exactamente lo que ocurre en los conflictos relativos a las libertades de comunicación pública. SARRIÓN ESTEVE, J., «Los conflictos entre derechos fundamentales y libertades económicas en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *Revista de Derecho Político*, núm. 81, 2011, p.382, pp. 379-412.

<sup>14</sup> La dimensión intrínsecamente estatal de los sistemas de comunicación pública, marcada en su origen por las barreras físicas a la distribución de la prensa escrita, se reforzó por parte de los Estados con acuerdos de la Unión Internacional de las Telecomunicaciones para proteger la soberanía estatal sobre los mismos. KELLER, P., *European and International Media Law*, Oxford University Press, Oxford-New York, 2011, p. 227 y p. 231. La Unión Europea, con la unidad de mercado, altera tales límites en Europa, siendo la prueba patente la regulación de la comunicación audiovisual, que arranca a finales de los ochenta con la Directiva de televisión sin fronteras. Posteriormente, internet acaba con las fronteras aún resistentes de los sistemas de comunicación pública estatales. Como expone POST «el ordenamiento jurídico internacional está fundado, en su base, en la existencia de un reconocimiento mutuo de las fronteras físicas que separan las comunidades legislativas soberanas e independientes –los estados nacionales- unas de otras. Estas fronteras importan en ese ordenamiento y hacen una función esencial. Pero en la red, la información se mueve de maneras que parecen prestar poca atención a esas fronteras, y proyectarlas sobre la actividad de la red es un reto profundamente difícil». POST, D. G., *In search of Jefferson's moose. Notes on the state of cyberspace*, Oxford University Press, New York, 2009, p. 163.

<sup>15</sup> La regulación del reconocimiento mutuo de sentencias civiles en el espacio de la Unión, en desarrollo de los preceptos de los Tratados relativos al Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, ha llevado a resoluciones por parte del TJ en las que establecen criterios de determinación de fueros jurisdiccionales para conflictos transnacionales entre libertades de comunicación pública y derechos de la personalidad que afectan, cuando no inciden de manera directa, en los propios criterios de ponderación entre unas y otros. Véanse las siguientes resoluciones: Asunto C-68/93, *Fiona Shevill y otros vs. Presse Alliance S.A.*, Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Sexta) de 7 de marzo de 1994, Rec. 1995, p. 415. Asuntos C-509/09, *eDate Advertising vs. X*; y C-161/10, *Olivier Martínez vs. GMN Limited*, Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 25 de octubre de 2011, Rec. 2011, p. 10269. Algunos tra-

Son estas singularidades, como veremos, las que confieren especial relevancia al análisis de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre libertad de expresión<sup>16</sup>. Todo ello sin perjuicio, insistimos, de la atención debida a la entrada en vigor de la Carta de Derechos, con su artículo 11, y a la manera en la que la misma haya podido influir en la doctrina del juez europeo en lo que a los derechos de opinión e información se refiere.

## 2. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA

### 2.1. *Libertad de expresión, libertades económicas y libre competencia*

Puede parecer extraño que el derecho a la libertad de expresión en ocasiones se encuentre inmiscuido en conflictos relacionados con las libertades de circulación, las míticas cuatro libertades comunitarias, y con la defensa de la competencia. La extrañeza se matiza si se trae a colación la faceta empresarial y la dimensión de «servicio», en su sentido económico, de los medios de comunicación social. Así, cuando los medios de comunicación cruzan las fronteras de los Estados miembros, las interferencias que se producen tienen repercusión tanto en los sistemas de protección del mercado como en los de transmisión y recepción de informaciones que pueden ser, o no, básicas para la creación de una opinión pública libre y plural.

En tal contexto, podemos señalar algunos casos en los que la relación entre la libertad de expresión y las libertades comunitarias es puesta de relieve en las cuestiones prejudiciales elevadas al Tribunal de Justicia. La conexión entre las libertades es, por tanto, central en la argumentación del caso.

---

bajos que analizan estas sentencias desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado son los siguientes: DE MIGUEL ASENSIO, P., «Competencia judicial y protección de los derechos de la personalidad en internet», *La Ley*, enero de 2012, consultado on line en <<http://eprints.ucm.es>>; TORRALBA MENDIOLA, E., «La difamación en la era de las comunicaciones: ¿Nuevas? perspectivas de Derecho Internacional Privado Europeo», *InDret*, <[www.indret.com](http://www.indret.com)>, enero de 2012; o LORENTE MARTÍNEZ, I., «Lugar del hecho dañoso y obligaciones extracontractuales. La Sentencia del TJUE de 25 de octubre de 2011 y el coste de la litigación en internet», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, núm. 1, vol. 4, 2012, pp. 277-301.

<sup>16</sup> Para la elaboración del presente trabajo se ha seleccionado un repertorio de jurisprudencia del TJ en el que las referencias y alegaciones sobre la libertad de expresión son recogidas en alguna medida por el Tribunal en su motivación, aunque no siempre sean elementos fundamentales del fallo. Por otro lado, las resoluciones elegidas son en todos los casos sentencias que resuelven cuestiones prejudiciales, pues hemos considerado de especial interés aquellos conflictos que tienen su origen en conflictos concretos. Queremos subrayar, por tanto, que no se trata de un análisis de jurisprudencia que agote toda la casuística ni los registros interpretativos del TJ en materia de libertad de expresión.

Por tanto, y así es como razona el TJ, en la medida en que sean casos que puedan resolverse sobre la base de los principios de libre circulación recogidos en el Tratado, no será necesario determinar si hay o no afectación a la libertad de expresión. En caso contrario, dependerá del contexto fáctico y normativo con el que se encuentre el Tribunal.

Dentro de ese esquema interpretativo que se acaba de esbozar hay, por consiguiente, modulaciones. Muy rotundo en ese sentido es el argumento del Tribunal de Justicia en el asunto C-352/85, *Bond van Adverteerders/Holanda*<sup>17</sup>. En el mismo hay una normativa holandesa que establece condiciones de emisión distintas para programas emitidos desde el extranjero, pero que usan las redes de cable local, y para las emisiones nacionales. Tales condiciones distintas son de dos tipos: una referida a la inclusión de publicidad directa y otra referida a la subtitulación que, indirectamente, destacaba mensajes publicitarios que aparecieran en los programas retransmitidos. Pues bien, para el Tribunal de Justicia tales condiciones son contrarias al principio de libre prestación de servicios y no pueden acogerse a ninguna excepción. En consecuencia, la invocación del artículo 10 del CEDH, efectuada por el juez remitente en sus preguntas prejudiciales, no es tomada en consideración a efectos de resolver las cuestiones principales, que ya han sido contestadas con la simple apelación a la libre circulación de servicios. Relacionada con esta, pero diferente, es la situación en la que la cadena de televisión TV10, instalada en Luxemburgo, pretende difundir contenidos en territorio holandés, como si de una cadena extranjera se tratase, cuando la realidad es que la ubicación de la empresa mediática en el Gran Ducado se ha hecho con la sola finalidad de burlar las restricciones que la legislación nacional, holandesa, pone a las cadenas locales con el fin de preservar el pluralismo informativo en ese país. Es la historia del asunto C-23/93, *TV10 SA*<sup>18</sup>, en cuya sentencia el razonamiento del TJ tomó cauces distintos de los vistos en C-352/85. El juez europeo consideró que la política holandesa, encaminada a preservar el pluralismo en el mercado mediático estatal, era conforme con el Tratado, como excepción prevista por el mismo y como parte de la política interna sobre medios de comunicación. No se vulneraba, por tanto, la libertad intracomunitaria de prestación de servicios, pero tampoco la libertad de expresión, principio general del Derecho europeo y norma del CEDH, pues precisamente la finalidad de la política holandesa de medios de comunicación era proteger dicha libertad garantizando el pluralismo. Y en una línea argumental re-

<sup>17</sup> Asunto C-352-85, *Bond van Adverteerders vs. Holanda*, Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de abril de 1988, Rec. 1988, p. 2085.

<sup>18</sup> Asunto C-23/93, *TV10 SA vs. Commissariaat voor de Media*, Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 5 de octubre de 1994, Rec. 1994, p. 4795.

lacionada, si bien en un supuesto de hecho algo diferente, está el asunto C-260/89, *Elliniki*<sup>19</sup>. En este se enjuicia la conformidad con el Derecho europeo de la situación, privilegiada por la ley griega, de la única empresa helénica de radiotelevisión, con derechos de emisión protegidos por un monopolio blindado. En ese caso, la libertad de expresión se consideraba aplicable, habiendo una relación directa con las normas del Tratado que protegen la libre competencia y la libre prestación de servicios. Para el juez europeo, si bien es cierto que hay ciertas excepciones en relación con estas libertades a las que pueden acogerse los Estados, dichas excepciones, en la medida en que establezcan obstáculos a la libre prestación de servicios, deben ser acordes con los derechos fundamentales, en este caso la libertad de expresión, como parte de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros y tal y como vienen recogidas en el artículo 10 del Convenio<sup>20</sup>. El TJ deja al juez nacional la valoración de tal conformidad.

Más delicado, y de distinto signo, es el asunto que se baraja en el caso C-159/90, *Grogan*<sup>21</sup>, relacionado con la libre prestación de servicios entre Estados miembros, pero sobre todo con una serie de folletos distribuidos en Irlanda por asociaciones de estudiantes. Los folletos informaban sobre clínicas, sitas en territorio del Reino Unido, donde poder realizar una interrupción del embarazo, algo prohibido, y a nivel constitucional, en territorio irlandés. Para el TJ, si bien los servicios ofertados por las clínicas se trataban, en efecto, de actividades protegidas por la libre prestación, el hecho de que la distribución de los folletos la hicieran estudiantes, sin ánimo de lucro, y sin ninguna conexión contractual ni comercial con las clínicas publicitadas, sacaba el asunto del ámbito de aplicación del Tratado. Y, en consecuencia, el juez europeo dejaba sin respuesta la cuestión relativa a la compatibilidad de la prohibición irlandesa con la libertad de expresión recogida en el CEDH.

Por lo visto hasta ahora, cuando la libertad de expresión aparece mezclada con elementos básicos de la integración económica, la pauta común parece ser la delimitación de hasta qué punto el asunto incide realmente, o no, en esos elementos básicos. En función de tal delimitación, una vez afirmada la competencia, el TJ entra a valorar el papel de la libertad de expresión en el

<sup>19</sup> Asunto C-260/89, *Elliniki Radiophonia Tiléorassi AE y otros vs. Dimotiki Etairia Pliroforissis y otros*, Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de Junio de 1991, Rec. 1991, p. 2925.

<sup>20</sup> SARRIÓN ESTEVE, J., «Los conflictos entre libertades económicas y derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», *Revista de Derecho Político*, núm. 81, 2001, p. 382, pp. 379-412.

<sup>21</sup> Asunto C-159/90, *The Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd vs. Stephen Grogan y otros*, Sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de octubre de 1991, Rec. 1991, p. 4685.

conflicto concreto, pero solamente lo hace si con la preceptiva y previa valoración de los referidos elementos básicos aún es posible que la libertad de expresión aporte un matiz adicional al caso. Sin embargo, en el asunto C-368/95, *Familiapress*<sup>22</sup>, que versa sobre difusión de publicaciones periódicas alemanas en territorio austriaco, el TJ va algo más allá. Vamos a verlo. La ley austriaca de defensa de la competencia prohíbe que se oferten bienes o servicios a los que se les vincule un premio sin ningún tipo de contrapartida. La publicación alemana que se difundía en Austria realizaba tal actividad, ofreciendo recompensas económicas para los que resolvieran ciertas adivinanzas y crucigramas. La cuestión prejudicial planteaba la posibilidad de que la ley austriaca fuera una medida de efecto equivalente a las restricciones a la libre circulación prohibidas por el Tratado, que solo son justificables por un objetivo de interés general. El Tribunal de Justicia admitió que la medida era restrictiva para el comercio intracomunitario, pero sobre todo para la libertad de expresión, no obstante lo cual procedió aplicar el test de necesidad y proporcionalidad del artículo 10 del Convenio en la medida en que la finalidad de la ley austriaca era, precisamente, favorecer el pluralismo mediático y con ello la libertad de prensa. El test de proporcionalidad, no obstante, no es directamente efectuado por el TJ, quien sí que traza el camino que debe seguir el juez nacional para hacerlo: realizar un análisis del mercado nacional de prensa afectado y comprobar que no existen medidas menos restrictivas que la adoptada, que era la total prohibición, para lograr el objetivo perseguido. No hay que perder de vista que en este asunto las publicaciones periódicas no son consideradas en sí mismas como vehículos de formación de la opinión pública, sino como bienes de mercado, por lo que, desde esa perspectiva, la protección otorgada por el TJ a la libertad de expresión, en aras de la protección de la libertad de mercado, resulta ser bastante garantista.

Como último caso de esta sección, quizás más cercano a la libertad de reunión que a la libertad de expresión, consideraremos el asunto C-112/00, *Schmidberger*<sup>23</sup>. Es una sentencia en la que el Tribunal de Justicia aboga desde el principio por la ponderación favorable a las libertades de expresión y manifestación por una sencilla razón: los hechos de los que traen causa la cuestión prejudicial, que no son otros sino los incidentes derivados de una manifestación ecologista que durante treinta horas interrumpió el tráfico de una carretera austriaca. Una empresa de transportes, dedicada a llevar made-

<sup>22</sup> Asunto C-368/95, *Vereinigte Familiapress Zeitungsverlags vs. Heinrich Bauer Verlag*, Sentencia del Tribunal de Justicia de 26 de junio de 1997, Rec. 1997, p. 03689.

<sup>23</sup> Asunto C-112/00, *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge vs. Republik Österreich*, Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de junio de 2003, Rec 2003, p. 5659.

ra de Alemania a Italia y acero de Italia a Alemania, se vio especialmente afectada por el corte de circulación y pidió a Austria una indemnización por la responsabilidad derivada del incumplimiento del Derecho comunitario, considerando que, al no prohibir la manifestación, las autoridades austriacas vulneraban la libre circulación de mercancías. En este asunto el TJ recurre de nuevo a los cánones interpretativos del TEDH, apelando a los márgenes de apreciación nacionales en materia de restricciones en el ejercicio de derechos fundamentales y, por otra parte, realiza él mismo el test de proporcionalidad determinando que el objetivo de los manifestantes no podía alcanzarse con medidas menos restrictivas de los intercambios comunitarios y, en consecuencia, de alguna manera acaba ponderando a favor de las libertades de reunión y expresión y en detrimento, en este caso, de la afectación a la libre circulación de mercancías, libertad que se da por afectada.

## 2.2. *Libertad de expresión y pluralismo en el sector audiovisual*

La protección del pluralismo de medios de comunicación en un contexto en el que la libre competencia es un principio fundamental, y que puede ir en detrimento de lo anterior, ha sido un elemento de contrapunto en la actividad reguladora de la Unión Europea desde la primera normativa relacionada con la televisión sin fronteras a finales de los ochenta. El carácter fundamental del pluralismo mediático se recoge en el artículo 11 de la Carta, confirmando la idea de que la libertad de expresión garantiza solo la posición de uno de los vértices del proceso comunicativo –el del emisor–, sino también la de los receptores, en aras de la construcción de una opinión pública libre y formada.

El Tribunal de Justicia también se ha encontrado con situaciones en las que había que hacer valer esos componentes consustanciales a los derechos de libertad comunicativa, en especial en relación con las comunicaciones audiovisuales. Ya en el apartado anterior hemos destacado algunos ejemplos, vinculados a la libre prestación de servicios y referentes a emisiones transnacionales y a empresas de comunicación audiovisual sitas en territorios de Estados miembros distintos de aquellos en los que se recibe la comunicación. Pero la casuística que ha llegado al TJ nos presenta otras temáticas, como la que incide en ciertas obligaciones de transmisión o «transporte» de contenidos –o *must carry*– que se imponen sobre las empresas que soportan y gestionan las infraestructuras del cable en los Estados miembros. Es lo que sucede en el asunto C-250/06, *United Pan-Europe Communications Belgium*<sup>24</sup>,

<sup>24</sup> Asunto C-250/06, *United Pan-Europe Communications Belgium SA vs. Bélgica*, Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 13 de diciembre de 2007, Rec. 2007, p. 11135.



que relata cómo el Estado belga distribuía las emisiones que debían ser transmitidas en función de criterios relacionados con la condición bilingüe del país. Habiendo un desacuerdo en este punto por parte de las empresas portadoras, que consideraban que tales criterios suponían una restricción a la libre prestación de servicios, el proceso prejudicial concluyó con la siguiente decisión por parte del juez europeo: el régimen de concesión belga podría considerarse como una excepción permitida por el Tratado a los principios generales relativos a la libre prestación de servicios ya que se trataba de la protección del interés general, concretamente en la garantía del pluralismo cultural e informativo propio del derecho fundamental a la libertad de expresión. Como en otras ocasiones, el TJ invitaba al juicio de proporcionalidad con un método de escrutinio en tres fases: las obligaciones de transmisión debían establecerse a través de procedimientos transparentes; la determinación de qué cadenas serían beneficiarias debían llevarse a cabo de acuerdo con criterios objetivos y no ser más de las necesarias para la garantía del pluralismo; y, finalmente, no podían contener criterios discriminatorios. En la misma línea, el asunto C-336/07, *Kabel Deutschland Vertrieb*<sup>25</sup>, resuelve un conflicto similar en la Baja Sajonia Alemana, con argumentos casi idénticos, pero con el matiz de que en este supuesto son de aplicación sendas Directivas europeas reguladoras de las comunicaciones electrónicas, y en concreto la que reserva a los Estados la posibilidad de establecer obligaciones de transmisión. No se trata, pues, de una excepción general del Tratado, sino de un elemento conformador del margen otorgado a los Estados para configurar las obligaciones de transporte. Es decir: si las obligaciones de transporte sirven al interés general, y si la Directiva incluye expresamente a la libertad de expresión como fin de interés general, entendiéndose que se refiere a la libertad de los usuarios de recibir informaciones de carácter plural, las obligaciones de transporte establecidas por la regulación estatal serán acordes con el Derecho europeo, incluido el derecho a la libertad de expresión. Por lo tanto, en este caso la tensión entre la libertad empresarial del prestador de servicio y la libertad de expresión se resuelve dentro de un contexto normativo que, al margen y además de la obligada apelación al artículo 10 de Convenio, incluye en su propio seno los elementos de la ponderación. Eso sí, en este caso se introduce una salvedad importante, que es la obligación de transporte del suministrador de la infraestructura de cable que no puede nunca derivar en consecuencias económicas no razonables que deba asumir el mismo. Ese último balance, el de lo irrazonable de las cargas económicas de la obligación

---

<sup>25</sup> Asunto C-336/07, *Kabel Deutschland Vertrieb und Service GmbH & Co. KG vs. Niedersächsische Landesmedienanstalt für privaten Rundfunk*, Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 22 de diciembre de 2008, Rec. 2008, p. 10889.

de transmisión, se deja en manos del juez nacional y constituye un elemento de especial interés, pues no solo deja claro que favorecer el pluralismo informativo y de contenidos no puede ser llevado más allá de ese límite, sino que propone un nuevo juicio de ponderación entre la libertad de expresión y los intereses comerciales de las empresas portadoras<sup>26</sup>.

El pluralismo del sector audiovisual es, según lo visto, un objetivo estatal que es respaldado por el Derecho europeo y que alcanza la categoría de objetivo de interés general conectado con el ejercicio de la libertad de expresión en su vertiente, sobre todo, pasiva. Es una concepción que, una década antes de las sentencias sobre los operadores de cable, ya está presente, por ejemplo, en el asunto C-148/91, *Veronica Omroep Organisatie*<sup>27</sup>. Ahí, una entidad holandesa de radiodifusión, *Veronica*, realiza una serie de actividades en Luxemburgo encaminadas a asesorar y montar una nueva emisora que podrá ser captada en Holanda. A la entidad *Veronica* se la sanciona conforme a la ley holandesa, que prohíbe actividades de tal tipo y desviar recursos a otros fines distintos de los estrictamente señalados en la ley de medios holandesa. Ante la posibilidad, de nuevo, de que la prohibición contravenga las libertades económicas, el TJ vuelve a señalar que se trataría de un objetivo acogido por el Derecho europeo, pues se trata de preservar el pluralismo en el sector audiovisual. En un sentido distinto, también es central el objetivo general de preservar el pluralismo mediático en el asunto C-288/99, *Gouda*<sup>28</sup>. La diferencia es que en este último caso el resultado de la ponderación es distinto,

<sup>26</sup> Es interesante observar la diferencia entre el escrutinio realizado por el Tribunal de Justicia y el realizado por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en un caso de idéntica factura: *Turner Broadcasting System, Inc. v. FCC*, 512 U.S. 622 (1994). El Tribunal Supremo estadounidense lo que hace es catalogar a la ley de protección al consumidor, que establece las obligaciones de transporte para los operadores de cable, dentro de la teoría de las restricciones neutrales a la libertad de expresión. Al ser una medida neutral, y no basada en el contenido, el test de constitucionalidad es menos exigente y está basado en el objetivo perseguido por la norma, que en el caso americano es nivelar o modular la competencia en el mercado televisivo, preservando el acceso a una televisión gratuita para el cuarenta por ciento de los ciudadanos que no disfrutaban de televisión por cable. En toda la argumentación del Supremo está presente la conexión de la libertad editorial del operador de cable con la imposibilidad de controlar los contenidos transmitidos, aunque el TS considera que no hay contradicción con la Primera Enmienda. Esa visión, la relativa a la libertad editorial del operador, se sustituyen en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia por la de la libertad económica del mismo como prestador de servicios. Ese es el motivo por el que la salvedad que hace el TJ, «salvo cargas económicas irrazonables», o entra dentro de la visión del TS de los Estados Unidos.

<sup>27</sup> Asunto C-149/91, *Vereniging Veronica Omroep Organisatie vs. Commissariaat voor de Media*, Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de febrero de 1993, Rec. 1993, p. 487.

<sup>28</sup> Asunto C-288/89, *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda y otros vs. Commissariaat voor de Media*, Sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de julio de 1991, p. 4007.

pues ese objetivo no justifica que se puedan imponer a operadores audiovisuales extranjeros requisitos legales relativos a la estructura empresarial de su organización, como tampoco justifica que se establezcan restricciones relativas a la publicidad si esas restricciones están encaminadas a proteger los intereses económicos de los operadores estatales en lugar de estar basadas en razones relacionadas con el pluralismo audiovisual.

### 2.3. Libertad de expresión y control transnacional de contenidos

El control del sector audiovisual por parte del Estado miembro acaba, por tanto, donde acaban los objetivos del pluralismo. Y, sobre todo, acaba donde termina la jurisdicción de ese Estado en materia de emisiones audiovisuales. En este sentido, es de especial interés, y merece este epígrafe aparte, el asunto C-244/10<sup>29</sup>, *Mesopotamia Broadcast*. En el mismo se plantea hasta qué punto un Estado miembro, en concreto Alemania, puede aplicar restricciones propias de su idiosincrasia constitucional a emisiones extranjeras, danesas en el caso, prohibiendo actividades que contravengan el principio de entendimiento entre los pueblos. Para el Tribunal de Justicia, siendo así que la Directiva de televisión sin fronteras establece que la jurisdicción que vincula a una sociedad emisora es la del lugar donde tiene su sede, en este caso Dinamarca, Alemania no tenía capacidad para enjuiciar o controlar las emisiones de la cadena, ni para prohibirlas en Alemania, ni siquiera teniendo en cuenta que los mensajes difundidos, y motivo de controversia, eran clasificables, y así lo determina el propio TJ, dentro de la categoría de incitación al odio que sanciona la propia Directiva. Aunque la emisión nociva alcance el territorio alemán, solo en Dinamarca puede determinarse si, dentro del ámbito de aplicación de la Directiva, existe, o no, incitación al odio como tal. Otra cosa es, y así se señala al final de la sentencia, lo que pueda ocurrir en caso de que Alemania aplique restricciones a la sociedad emisora si se trata de actividades que entran dentro de ámbitos de actividad distintos de aquellos cubiertos por la Directiva y si las prohibiciones no afectan a la retransmisión en sí misma. El ejemplo que se da es el siguiente: proyectar los programas nocivos en un recinto público, un estadio deportivo, podría ser una actividad susceptible de ser restringida al quedar fuera del ámbito de aplicación de la Directiva.

En conclusión, un Estado miembro no puede alterar la libertad de las entidades audiovisuales extranjeras de emitir sin fronteras, pues esa libertad en la Directiva está conectada no solo con una libertad económica, sino precisa-

<sup>29</sup> Asuntos C-244/10 y C-254/10, *Mesopotamia Broadcast y Roj TV vs. Alemania*, Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 22 de septiembre de 2011, Rec. 2011, p. 8777.

mente, también, con la libertad de expresión. Sin embargo, el Estado es libre de impedir actividades relacionadas con esas emisiones que contravengan principios de orden constitucional, y restrictivos de los flujos de comunicación pública, siempre que dichas actividades no entren dentro del ámbito de aplicación de la normativa europea.

#### 2.4. *Libertad de expresión y publicidad*

Otra de las materias sobre las que la Unión Europea tiene competencia y que puede hacer aflorar conflictos con la libertad de expresión es la publicidad comercial. Bien en relación con la protección de los consumidores, bien en relación con la garantía de la libre competencia, bien en relación con la recepción de emisiones televisivas, las regulaciones europeas que inciden en la publicidad han sido puestas en cuestión en alguna ocasión ante el Tribunal de Justicia por su posible contradicción con las libertades informativas. En general, la causa a favor del amparo de la publicidad comercial bajo el paraguas de la libertad de expresión está más bien perdida antes de comenzarla, al menos si se adopta la perspectiva clásica según la cual el mayor nivel de protección de tal libertad se relaciona con su contribución a la formación de la opinión pública. Eso sí, parece lógico que en todo caso haya que escrutar o ponderar si una restricción a la actividad publicitaria pudiese llegar a ser limitativa de las libertades de comunicación pública.

Ese es el sentido con el que la libertad de expresión ha aparecido alegada en algunos asuntos relativos a restricciones publicitarias ante el Tribunal de Justicia. Un caso claro es el C-71/02, *Karner*<sup>30</sup>, en el que la legislación austriaca de publicidad prohíbe que se publiciten como bienes procedentes de la masa de una quiebra, que son muy golosos para los compradores, aquellos bienes que ya no están en tal masa, aunque tal fuera su origen. Para el Tribunal de Justicia dicha prohibición austriaca no vulnera la libertad de expresión en la medida en que el artículo 10 del Convenio permite excepcionarla y en especial hacerlo cuando esta no se ejerce en el sentido clásico arriba indicado. Al no tratarse de un debate de interés general, en el que la libertad de expresión alcanzaría un nivel máximo de protección, lo único que se requiere es cerciorarse de que hay proporcionalidad en la prohibición establecida, cosa que el juez europeo encuentra en el simple hecho de que la ley austriaca busca la protección de los consumidores y la lealtad en las transacciones comerciales, es decir, en una ponderación con los intereses protegidos por la norma.

---

<sup>30</sup> Asunto C-71/02, *Herbert Karner Industrie-Auktionen GmbH vs. Troostwijk GmbH*, Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 25 de marzo de 2004, Rec. 20004, p. 3025.

La del asunto *Karner* es la pauta general de la argumentación del TJ en asuntos sobre publicidad y libertad de expresión, que *grossa modo* son de dos tipos: los que se refieren a restricciones relacionadas con la publicidad de medicamentos, en los que la ponderación se establece en relación con la protección a la salud de los consumidores, y casi siempre se inclina a favor de esta última; y los que derivan de regulaciones sobre publicidad en emisiones televisivas, ya que tales regulaciones establecen topes máximos temporales de mensajes publicitarios en aras de la protección de los receptores de la información.

En el primer grupo se hallan las sentencias de los asuntos C-219/91, *Teer Voort*, C-316/09, *Sharp & Dohme*, y C-421/07, *Damgaard*<sup>31</sup>. En común tienen dos cosas: que en todos ellos la cuestión de la libertad de expresión de presenta de forma bastante oscura, en relación con el concepto de publicidad y la interpretación de la Directiva que establece un código común para la comercialización de medicamentos; y que en ninguno de ellos encuentra el juez europeo vulneración o limitación de la libertad de expresión. Lo que sí se deduce de los tres, por lógica inversa, es que la publicidad comercial no puede ser restringida absolutamente sin chocar con los límites de esa libertad fundamental, si bien los escrutinios que se realizan en los diferentes casos son bastante superficiales. En el asunto C-219/91, *Teer Voort*, se pregunta si la definición de un producto como medicamento, siguiendo lo establecido en una Directiva, podría ser contraria a la libertad de expresión de un tercero no comerciante. En el C-316/09, *Sharp & Dohme*, se especula sobre la aplicación de la Directiva que establece un código común para la comercialización de medicamentos, y restringe su publicidad comercial. Se trata del artículo 88 de la Directiva, que prohíbe la publicidad de los medicamentos que requieren prescripción médica, y de una información que reproduce en internet lo escrito en el prospecto de un medicamento de ese tipo. El Tribunal de Justicia elude abiertamente entrar a considerar si el artículo 88 de la Directiva es conforme o no con la libertad de expresión, considerando que no se trata de una cuestión prejudicial de validez sino de interpretación, y resuelve que la reproducción literal del prospecto o la fiel del envase del medicamento, accesibles a solicitud del interesado, no entraría dentro del ámbito de prohibición del artículo 88. Por fin, en el asunto C-421/07, el señor *Damgaard* alega que una condena penal por publicidad de medicamentos prohibidos en Dinamarca sería contraria a la libertad de expresión, a lo que el Tribunal de

<sup>31</sup> Asunto C-219/91, *Johannes Stephanus Wilhelmus Ter Voort*, Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 28 de octubre de 1992, Rec. 1992, p. 5485; Asunto C-316/09, *MSD Sharp & Dohme GmbH vs. Merckle GmbH*, Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 5 de mayo de 2011, Rec. 2011, p. 3249; Asunto C-421/07, *Frede Damgaard*, Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 2 de abril de 2009, Rec. 2009, p. 2629.

Justicia responde con la aplicabilidad de la misma Directiva que el caso anterior y con la proporcionalidad de la sanción, que es escrutada directamente por el propio juez europeo al considerar que el objetivo de protección de la salud de los consumidores la hace, por sí misma, proporcional.

En el grupo de sentencias relacionadas con la frecuencia de la publicidad en emisiones televisivas, pueden señalarse las de los asuntos C-245/01, *RTL Television*, y C-234/12, *Sky Italia*<sup>32</sup>. Los resultados del escrutinio del TJ son aproximadamente los mismos que los obtenidos en relación con los medicamentos: la protección de los espectadores, defendiéndolos de una invasión de publicidad, justifica las limitaciones temporales en la emisión de la misma. Las limitaciones están permitidas en una sociedad democrática, siguiendo el artículo 10 del Convenio, si son proporcionales y en ambos casos lo son. En el asunto C-245/01, *RTL Television*, se trata de una serie de películas con interrupciones publicitarias programadas, que se venden así para televisión, cuya emisión es alterada al lanzarse en abierto. Por lo que a la libertad de expresión se refiere, lo único que llama la atención es el inciso en el que el TJ explica que una restricción que no incide en el mensaje, es decir, en el contenido, sino solo en la temporalidad de su emisión apenas tiene incidencia en el ejercicio de la libertad. En el asunto C-234/12, *Sky Italia*, se especula sobre si la normativa de publicidad televisiva italiana, que permite menos publicidad en las cadenas de pago, puede ser contraria a la libertad de expresión y a la libre competencia. En ambos casos el TJ concluye que no lo es, aunque en realidad el juez europeo pasa por delante de la cuestión de la libertad de expresión cuando se le plantea una posible incompatibilidad de la regulación italiana aplicable con el artículo 11 CDFUE. Para zafarse del espinoso asunto, que le hubiera obligado a realizar un control de *iusfundamentalidad* de una norma estatal, el TJ expone que le faltan datos sobre el mercado concreto, el audiovisual italiano, por lo que no puede determinar si esas restricciones publicitarias establecidas para las cadenas de pago, y no para las cadenas privadas, afectan a la libertad de expresión y al pluralismo mediático.

## 2.5. Libertad de expresión y protección de datos

La protección de datos de carácter personal tiene algo en común con la libertad de expresión: ambas gozan del estatus de derechos fundamentales.

---

<sup>32</sup> Asunto C-245/01, *RTL Television GmbH vs. Niedersächsische Landesmedienanstalt für privaten Rundfunk*, Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 23 de octubre de 2003, Rec. 2003, p. 12489; Asunto C-234/12, *Sky Italia Srl vs. Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni*, Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 18 de julio de 2013, pendiente de inclusión en el recopilatorio.

Por supuesto lo hacen a nivel europeo, pues ambos se recogen en la Carta de Derechos, pero también al del constitucionalismo de los Estados miembros. Sea por méritos propios, sea por su carácter instrumental para la protección de otros derechos de la personalidad, lo cierto es que el *habeas data* ha alcanzado en el espacio constitucional europeo un importante grado de protagonismo, por no decir de protección, en el que las directivas relativas a la protección de datos han tenido mucho que ver y, al menos en el caso español, se han superpuesto a una jurisprudencia previa sobre protección de datos que la ha elevado de garantía de otros derechos a derechos fundamental autónomo. Precisamente por ello, los conflictos entre protección de datos y libertad de expresión e información tienen en el Tribunal de la Unión Europea al intérprete de mayor autoridad, puesto que la jurisprudencia del TJ sobre la interpretación de las directivas es sin duda imprescindible para entender el funcionamiento de la protección de datos en el espacio europeo. La interpretación de la Directiva de protección de datos, en particular, ha demostrado ser el eje de argumentación del Tribunal de Justicia en los distintos conflictos que sobre el conflicto entre *habeas data* y libertad de expresión se han planteado.

Para arrancar podemos citar, el caso *Lindqvist*, C-101/01<sup>33</sup>, que nos lleva a Suecia, donde una catequista, quizás en ejercicio de sus libertades comunicativas, cuelga en la página web de su parroquia, que además estaba enlazada a la de la Iglesia sueca, información personal relativa a los distintos catequistas que colaboraban con ella. Su intención era facilitar las inscripciones de los catecúmenos y la organización de las actividades propias de la formación de los mismos, pero la señora Lindqvist fue denunciada por sus correligionarios y se le impuso una sanción por haber publicado aquella información sin consentimiento de los titulares de los datos. El Tribunal de Justicia, al ser preguntado sobre la corrección de tal sanción conforme al Derecho europeo, afirmó expresamente que el asunto requería una ponderación entre libertad de expresión, la de la señora Lindqvist, y la tutela de la intimidad de las personas cuyo nombre había sido incluido en la página web. La ponderación se efectúa, no obstante, sobre la base de los parámetros aportados por la Directiva. Así, al ser un tratamiento de datos in consentido, y al ser datos referidos a la religión que están especialmente protegidos por la norma, la balanza se inclina desde el primer momento a favor de los catequistas. Sin duda no se trataba de cuestiones de relevancia pública general, y sin duda la señora Lindqvist tampoco era una profesional del periodismo. Por eso, en el contexto de referencia, y tratándose de catequesis y de listas informativas, una actividad particular sin dimensión económica, es llamativo que el TJ no considere ni el ámbito de proyección de la Directiva ni los objetivos de la misma, que, desde

---

<sup>33</sup> Asunto C-101/01, *Bodil Lindqvist*, Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea 6 de noviembre de 2003, Rec. 2003, p. I-12971.

su punto de vista, no serían suficientemente atendidos si se ponderara de otra manera<sup>34</sup>.

Caso distinto, en el que sí hay un tratamiento periodístico de los datos de carácter personal, es el del asunto *Satakunnan*, C-73/07<sup>35</sup>. Se trata de una publicación controvertida aparecida en el diario finlandés *Veropörssi*, en la que se desvela información fiscal relativa a varias personas que entablan un proceso judicial para proteger sus derechos. Cuando el asunto es elevado ante el TJ, de nuevo parece claro desde el primer momento que la ponderación entre libertades de comunicación pública y protección de datos es el centro del conflicto. La diferencia es que, en este supuesto, hay la transmisión de datos con fines exclusivamente periodísticos, aun realizadas con ánimo de lucro, por lo que estas se encuadran naturalmente en las excepciones y exenciones potenciales que para ese tipo de información se recogen en el artículo 9 de la Directiva de protección de datos. También afirma el TJ que la transmisión de información de interés público se considera efectuada con fines periodísticos independientemente del soporte, incluido internet, por el que se transmita. En este asunto, la *sensibilidad* de los datos es menor, al no estar tratada como tal en la Directiva, por lo que la balanza, en su inclinación, va en sentido distinto que en el caso anterior.

Por tanto, parece que cuando el artículo 9 de la Directiva hace posible que, por motivos relacionados con la libertad de información, se excepcionen las exigencias de la normativa de protección de datos, hace igualmente viable la ponderación de los derechos enfrentados en situaciones específicas. La confirmación de este proceder la encontramos en la reciente sentencia del asunto C-131/12, *Google Spain*<sup>36</sup>, que parte de la reclamación de un ciudadano español ante la Agencia de Protección de Datos contra *Google* y contra un diario nacional, con edición digital, por hacer accesible una información, publicada originariamente en 1998, que daba cuenta de la subasta de bienes muebles en la que dicho ciudadano se había visto inmerso a causa de un embargo por deudas. La deuda estaba liquidada hacía tiempo y la reclamación contra la editorial del diario fue desestimada al tratarse de prensa institucionalizada, siguiendo la directriz marcada en la Directiva. Sin embargo, la reclamación contra el motor de búsqueda pros-

<sup>34</sup> GERRERO PICÓ, M., «El derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal en la Constitución Europea», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 4, 2005, p. 300, (pp. 293-332).

<sup>35</sup> Asunto C-73/07, *Tietosuojavaltutettu vs. Satakunnan Markkinapörssi Oy y Sata-media Oy*, Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 16 de diciembre de 2008, Rec. 2008, p. I-09831.

<sup>36</sup> , Asunto C-131/12, *Google Spain SL y Google Inc. vs. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) y Mario Costeja González Google Spain*, Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 13 de mayo de 2014, aún no incluida en el recopilatorio de jurisprudencia.



peró, instándosele a adoptar las medidas necesarias para retirar los datos de su índice e imposibilitar el acceso futuro a los mismos. Como consecuencia de tal resolución, *Google Spain* interpuso el recurso administrativo que acabó como cuestión prejudicial ante el TJ. Y, en su sentencia sobre el caso, el TJ sentó algunos criterios de ponderación de derechos de especial interés para la libertad de expresión. En primer lugar, el juez europeo determinó que la Directiva de protección de datos era plenamente aplicable a la actividad de indexación llevada a cabo por el motor, aunque se tratara, como en el caso concreto, de información aparecida previamente en un medio de comunicación y amparada por una excepción legal. En consecuencia, para el Tribunal de Justicia era evidente la responsabilidad del motor de búsqueda frente a las lesiones de los derechos de la personalidad, protegidos por los derechos de autodeterminación informativa, del ciudadano. En segundo lugar, el TJ aclaró que los derechos a ponderar en torno a estas cuestiones eran por un lado los del interesado, titular de los datos, y por otro los derechos a recibir información de los internautas, dejando al margen consideración alguna sobre el ejercicio por parte del motor de búsqueda de libertades informativas o de expresión. A *Google* solo se le atribuían intereses económicos. En tercer lugar, el Tribunal estableció que en la ponderación entre derechos dos aspectos eran igualmente determinantes: el perjuicio causado al titular de los datos y la relevancia pública del mismo, es decir, su proyección mediática. A mayor relevancia pública del titular de los datos, mayor sería el peso del derecho de los receptores de la información. Y viceversa. En cuarto y último lugar, el TJ afirmaba la existencia de un derecho al olvido para el titular de los datos en relación con la actividad de los motores de búsqueda. Ese derecho existiría siempre y cuando la ponderación previa de derechos en conflicto, los del titular de los datos frente a los de los internautas, receptores de contenidos, así lo hicieran deducir. Como puede observarse, el TJ introduce un nuevo modelo de ponderación para conflictos entre libertades comunicativas y protección de datos, situando en un vértice a los derechos de la personalidad y en otro a los derechos, difusos, de un público receptor a acceder a la información excepcionada por la Directiva<sup>37</sup>. Sin duda es algo de relevancia en la configuración de la dimensión subjetiva de la libertad de expresión, que no significa, por supuesto, que ese tipo de derechos difusos sea accionable ante los tribunales. Por ahora.

<sup>37</sup> Una interesante crítica a la manera en la que se presenta la ponderación en esta sentencia, contraponiendo derechos de privacidad con derechos de los receptores que, en la argumentación del TJ, son tratados como «interés del público» puede encontrarse en FRANTZIOU, E., «Further developments in the right to be forgotten: The European Court of Justice's Judgment in case C-131/12, *Google Spain, S.L. v Agencia Española de Protección de Datos*», *Human Rights Law Review*, vol. 4, 2014, p. 9, (pp. 0-17).

## 2.6. Libertad de expresión y derechos de autor

Por último, nos acercamos al sugerente escenario de colisión entre libertades comunicativas y derechos de autor, un conflicto que concita gran número de discusiones sobre los límites que los segundos pueden imponer sobre los primeros. A diferencia de lo que ocurre con la protección de datos de carácter personal, los derechos de autor no tienen el mismo rango que la libertad de expresión como derechos fundamentales. Por más que haya teorías que los conectan con la libertad de expresión artística, lo cierto es que solo en esa medida podría considerarse que los derechos de autor alcanzan tal nivel, pues, aunque a nivel europeo se los menciona expresamente en el artículo 16 de la Carta de Derechos, dicha mención se encuentra en sede de derecho de propiedad y no, como ocurre con la expresión artística en la Constitución Española, de libertades comunicativas.

El hecho de que la Unión haya llevado a cabo un desarrollo cualitativa y cuantitativamente importante de la protección de los derechos de autor, tiene como consecuencia que el Tribunal de Justicia haya tenido que resolver conflictos entre estos derechos y la libertad de expresión en más de una ocasión. Como ocurre en otros ámbitos de conflicto, también en la tensión entre propiedad intelectual y libertades de comunicación el TJ recurre a la idea de equilibrio entre las libertades de usuarios de las obras, que ejercerían la libertad de expresión, y los titulares de los derechos protegidos. Esto se comprueba inicialmente en el asunto C-479/04, *Laserdisken*<sup>38</sup>, relacionado con la venta de DVD, y en el que se impugnaba la validez de la Directiva por considerar que se privaba al autor y a los receptores de las obras de su libertad de expresión al establecer el agotamiento de los derechos de autor en el consentimiento prestado para la primera venta. El TJ desestima tan pretensión bajo la consideración, en el caso del autor, de que ya ejerce su libertad con la primera cesión de derechos y, en el caso de los receptores, de que la potencial limitación de su derecho a recibir información encuentra justificación en la necesidad de proteger la propiedad intelectual. La ponderación, según se comprueba, no tiene apenas posibilidades de actuación ante tal tipo de impugnación.

Un paso más allá es el que da el TJ en el asunto C-145/2010, *Painer*<sup>39</sup>. Los hechos se refieren a la publicación por parte de varios diarios alemanes y austríacos de la fotografía de una niña desaparecida. La finalidad de la publicación era dar a conocer el suceso y contribuir a la búsqueda de la niña, pero las imágenes concretas habían sido tomadas por una fotógrafa profesional,

<sup>38</sup> Asunto C-479/04, *Laserdisken ApS vs. Kulturministeriet*, Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 12 de septiembre de 2006, Rec. 2006, p. 8089.

<sup>39</sup> Asuntos C-145/10, *Eva-Maria Painer vs. Standard VerlagsGmbH y otros*, Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 1 de diciembre de 2011, Rec. 2011, p. 12533.

estaban protegidas por derechos de autor, y en las publicaciones no se hizo referencia a tal autoría. La Directiva aplicable establece excepciones potenciales en materia de derechos de autor, entre otras, por cuestiones de seguridad pública. Esa fue la excepción a la que se agarraron los diarios demandados por considerar que, al hacer pública la foto de la niña, estaban realizando una acción relativa a la seguridad pública. El problema es que dicha excepción se refiere a la difusión de las obras protegidas por parte de las fuerzas de seguridad del Estado y no directamente por la prensa. Así, el TJ consideró que los diarios demandados no pueden acogerse a dichas excepciones, ni siquiera invocando el artículo 11 de la Carta de Derechos de la Unión, pues el mismo no otorga a la prensa la misión de proteger la seguridad pública. Lo llamativo del caso es que, si bien es cierto que la prensa no tiene esa misión constitucional por sí misma, el TJ sea reactivo a concederle a la publicación de la foto el grado de protección frente a los derechos de autor propio de la información de relevancia o interés público. Otra cuestión es la de la veracidad, puesto que en esa línea sí que se perfila una protección indirecta a la actuación de la prensa por parte del juez europeo. En efecto, el hecho de que la fotografía hubiera sido distribuida por las fuerzas de seguridad no resultaba baladí, puesto que al ser así no solo era posible que la prensa colaborase con las autoridades en la tarea de seguridad pública, sino que también era excusable el hecho de que la fotografía hubiera sido publicada sin hacer referencia a la autoría de la misma, en la medida en que la fuente de la que había sido obtenida no hubiera facilitado tal referencia. Como puede deducirse del complejo razonamiento, la situación en la que queda la libertad de prensa frente a los derechos de autor es muy distinta de la que hubiera resultado en una ponderación no condicionada por los márgenes de la Directiva. No parece muy descabellado afirmar que una ponderación no condicionada podría haber tratado la publicación como un supuesto de ejercicio veraz y relevante de la libertad de información, cuyo alto valor como elemento imprescindible de la formación de una opinión pública libre habría avalado su carácter preferente. Es significativo que en este caso no se desarrolle el habitual escrutinio que, sobre la base del artículo 10 del Convenio, el Tribunal de Justicia efectúa en otros casos que hemos analizado anteriormente. No es fácil decir si esa ausencia se debe al factor diferencial que aportan los derechos de autor, como derechos de propiedad intelectual, o si la diferencia se encuentra en que esta sentencia ya se elabora en función de la apelación al artículo 11 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión.

Sobre excepciones también trata la sentencia del asunto C-201/13<sup>40</sup>, *Deckmyn*, en este caso sobre la excepción que la Directiva de derechos de autor

---

<sup>40</sup> Asunto C-201/13, *Johan Deckmyn y Vrijheidsfonds VZW vs. Helena Vandersteen*, Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 3 de septiembre de 2014, no incluida aún en el repertorio de jurisprudencia.

admite para la difusión de obras que sean parodias realizadas en observancia de las buenas costumbres. Al parecer en un calendario avalado por un partido político se había incluido un dibujo de portada que, reproduciendo los personajes y actitudes de otro dibujo publicado en 1961, ironizaba sobre el alcalde de Gante y la manera en la que, supuestamente, este manipulaba a la población inmigrante de origen árabe o de raza negra. Resulta bastante claro para el Tribunal de Justicia que estamos ante una parodia cuya finalidad es expresar una opinión, permitiéndose el juez europeo, incluso, desarrollar el concepto de «parodia» como un concepto propio del Derecho europeo<sup>41</sup>. Siendo posible, por tanto, apelar a la excepción, le queda al TJ la difícil tarea de perfilar una particularidad muy llamativa del caso, pues desde el punto de vista del autor del dibujo original la parodia descrita tenía tintes discriminatorios, por razón de raza y religión, y eso le perjudicaba adicionalmente en la medida en que su obra, el dibujo original, podía acabar siendo asociada a ese mensaje discriminatorio. El TJ, sin embargo, no resuelve esa cuestión, sino que invita al juez nacional a tener en cuenta el necesario equilibrio entre los intereses del autor y los del usuario de la obra original, dejando abierta la posibilidad de inclinar la balanza hacia un lado o hacia el otro. No entran en su argumentación cuestiones referentes al valor preferente de la crítica política en la sociedad democrática, como no lo hicieron antes, en el asunto *Painer*, las relativas a la relevancia pública de la fotografía controvertida.

En definitiva, parece que el ámbito de los derechos de autor es, junto con la protección de datos, el nuevo campo de batalla para las libertades de comunicación pública. Y resulta que el Tribunal de Justicia, en virtud de la competencia que sobre tales cuestiones le da su posición, tendrá mucho que decir sobre este tipo de conflictos, sobre todo cuando, como se verá a continuación, la batalla tenga que decidirse en el complejo, escurridizo, transnacional y multifuncional país de internet.

### 3. EL ARTÍCULO 11 DE LA CDFUE, INTERNET Y LA JURISPRUDENCIA DEL TJ

Como hemos podido comprobar, la libertad de expresión tenía ya toda una trayectoria como derecho fundamental perteneciente a las tradiciones consti-

---

<sup>41</sup> «La parodia tiene por características esenciales, por un lado, evocar una obra existente, si bien diferenciándose perceptiblemente de ésta, y, por otro, plasmar una manifestación humorística o burlesca. El concepto de «parodia», en el sentido de [la excepción de la Directiva], no se supedita a requisitos que impliquen la necesidad de que la parodia tenga un carácter original propio, más allá de la presencia de diferencias perceptibles con respecto a la obra original parodiada, pueda razonablemente atribuirse a una persona que no sea el propio autor de la obra original, incida sobre la propia obra original o mencione la fuente de la obra parodiada». Asunto C-201/13, *Deckmyn*, *op. cit.*, párrafo 33.

tucionales comunes de los Estados miembros, y como derecho reconocido por el Convenio, cuando la Carta de Derechos Fundamentales entró en vigor e introdujo, con su artículo 11, una definición específica de la libertad de expresión para el espacio de la Unión<sup>42</sup>. Si se toma en consideración la jurisprudencia más antigua al respecto del Tribunal de Justicia, y se la compara con la más reciente, nada parece haber cambiado. El juez europeo se ha acostumbrado a no tratar con los derechos fundamentales, y entre ellos la libertad de expresión, si no es en relación con las competencias de la Unión y en eso lo lógico es que, ahora con más razón, su posición ante el artículo 11 respete fielmente los límites marcados por el artículo 51 de la Carta: ceñir su interpretación sobre libertades de opinión y prensa a aquellos casos en los que realmente se estén ejerciendo competencias de la Unión o se esté en ámbito de aplicación del Derecho europeo; y no dar por asumidas competencias derivadas de los derechos fundamentales que no hayan sido atribuidas a la Unión.

Por su parte, en los ámbitos de competencia de la Unión que inciden en la libertad de expresión, el Tribunal de Justicia se adentrará en el fondo de los conflictos en la medida en que así esté previsto en la regulación europea aplicable, bien porque dicha regulación introduzca excepciones que contemplen la prioridad de las libertades informativas, bien porque de la misma se derive una exigencia de ponderación. Y, a su vez, esa regulación de ámbitos competenciales diversos, como la protección de datos o los derechos de autor, va a repercutir de forma directa sobre la interpretación y ponderación que el TJ haga de la libertad de expresión. No se barajarán, por tanto, criterios de escrutinio singulares derivados del artículo 11 de la Carta, que podrían dar valor preferente a las libertades informativas de una manera directa, sino que más bien se seguirán los parámetros de ponderación consignados en las regulaciones aplicables. El resultado de esto, si se sigue la pauta que se ha llevado hasta ahora, será que el Tribunal de Justicia mantendrá en sus escrutinios sobre libertad de expresión argumentos propios de la interpretación teleológica a la que nos tiene acostumbrados, con los cuales construye un muro de contención ante cualquier amenaza para la consecución de los objetivos del Derecho de la Unión. Pero puede ser que la aplicabilidad del artículo 11 de la Carta, combinada con situaciones inéditas, provocadas por los avatares de la comunicación a través de internet, traiga nuevas formas de razonamiento a la jurisprudencia del TJ.

Del mismo modo, a partir de ahora también será importante observar en qué medida las apelaciones al artículo 11 de la Carta van a ir sustituyendo a las del artículo 10 del Convenio. Teniendo en cuenta lo habitual que ha sido que el Tribunal de Justicia copie la dinámica de interpretación del TEDH,

---

<sup>42</sup> Nos remitimos a la nota 5, en la que se recogen las dicciones literales tanto del artículo 11 de la Carta como del artículo 10 del Convenio, y a la reflexión que ahí se anticipa sobre la novedad del artículo 11.

aplicando a las restricciones de las libertades de comunicación el test de necesidad y proporcionalidad, será importante analizar si el TJ modifica en alguna medida esa pauta ajena y si introduce alguna novedad que signifique la adopción de una doctrina propia sobre libertad de expresión.

En este sentido, es imprescindible hacer referencia a sendas sentencias relativamente recientes, que versan sobre derechos de autor en internet y requerimientos judiciales para la protección de la propiedad intelectual, en las que no se aplican los clásicos test del artículo 10 del Convenio, y sí se hace una lectura directa de la Carta. Una de ellas es la del asunto C-360/10, *Sabam*<sup>43</sup>, en la que, en relación con la interpretación de varias regulaciones sobre propiedad intelectual y comercio electrónico, se pregunta al TJ si un juez estatal puede dictar una orden de cesación, conforme a la legislación procesal estatal, que obligue a un intermediario de internet a implementar un sistema de filtrado de la información que se aloje en sus servidores. El fin de ese sistema de filtrado sería identificar los archivos que vulnerasen derechos de autor y propiedad intelectual y bloquear su procesamiento. En su respuesta, el juez europeo considera que tal actuación vulneraría la libertad de información, ya que el sistema no podría diferenciar contenidos lícitos e ilícitos y se acabarían bloqueando contenidos lícitos o libres de derechos de autor. Más refinado aún es el fallo del asunto C-314/12, *Telekabel*<sup>44</sup>, en el que se pide una orden judicial para bloquear el acceso de los internautas a un sitio web en el que se ofrecía material cinematográfico protegido por derechos de autor. El Tribunal de Justicia plantea en este caso, y más allá de los elementos normativos de las Directivas aplicables, que tiene que haber una armonización de los distintos derechos fundamentales protegidos por la Carta, entre los que están tanto la libertad de información como la propiedad intelectual. Habla el Tribunal de un justo equilibrio, exigido por el artículo 52 de la Carta, que permite, por una parte, que se adopten medidas de bloqueo, sin que las mismas puedan, por otra parte, llegar a ser privativas del derecho a acceder a información lícita por parte de los usuarios de internet. Ese es el ejercicio de ponderación que el Tribunal de Justicia invita a hacer al juez nacional y que supone, como se ha sugerido, una innovación sustantiva en la forma de proceder del juez europeo en cuestión de libertad de expresión. El camino para una jurisprudencia importante sobre los conflictos entre libertades de comunicación, protección de datos y derechos de autor en internet está abierto para el Tribunal de Luxemburgo.

<sup>43</sup> Asunto C-360/10, *Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM) vs. Netlog NV*, Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 16 de febrero de 2012, Rec. 2012.

<sup>44</sup> Asunto C-314/12, *UPC Telekabel Wien GmbH/Constantin Film Verleih GmbH y Wega Filmproduktionsgesellschaft mbH*, Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 27 de marzo de 2014, aún no incluida en el recopilatorio.

*TITLE: Freedom of speech and the Case Law of the Court of Justice of the European Union.*

*RESUMEN: El artículo 11 de la Carta de Derechos Fundamentales incorpora formalmente a la libertad de expresión en el ámbito del Derecho de la Unión Europea. No obstante, como parte de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, así como a través del artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, la libertad de expresión era ya un derecho fundamental europeo que se mezclaba con las libertades económicas, con regulaciones relacionadas con la comunicación audiovisual, con la protección de datos, con la propiedad intelectual y con el comercio electrónico. El presente artículo analiza la situación de la libertad de expresión en ese contexto normativo y en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.*

*PALABRAS CLAVE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea; Libertad de expresión; Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea; Convenio Europeo de Derechos Humanos.*

*ABSTRACT: Article 11 of the Charter of Fundamental Rights officially inserts freedom of expression in the scope of European Union Law. But this freedom was a European fundamental right already, as a part of the common constitutional traditions of the member states and also through article 10 of the European Convention of Human Rights. At EU level, freedom of expression has been mixed up with economic freedoms and competition law, as well as with regulations on audiovisual communications, on data protection, on intellectual property rights and on electronic commerce. This article analyses the situation of freedom of expression in such regulatory framework and in the case law of the European Court of Justice.*

*KEYWORDS: European Court of Justice; Freedom of expression; European Union Charter of Fundamental Rights; European Convention of Human Rights.*

*RECIBIDO: 07.11.2014*

*ACEPTADO: 26.11.2014*





# LA PROTECCIÓN DE LAS FUENTES DE INFORMACIÓN: LA INTEGRACIÓN DEL MODELO ESPAÑOL CON LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH

Arancha Moretón Toquero

---

**SUMARIO:** 1. EL SECRETO PROFESIONAL DE LOS PERIODISTAS: UN DILEMA RECURRENTE. 1.1. *Un nuevo supuesto de alegación del secreto profesional de los periodistas: el denominado «caso Tellería».* 1.2. *El secreto profesional como trasfondo constitucional del asunto.* 2. EL SECRETO PROFESIONAL DE LOS PERIODISTAS EN ESPAÑA: UN MODELO PROPIO. 2.1. *Las modalidades de secreto profesional. El secreto profesional de los periodistas no es una modalidad más de secreto profesional.* 2.2. *El secreto profesional de los periodistas en el art. 20.1.d) CE: un derecho, no un deber.* 2.3. *La relación entre el secreto profesional y la libertad de información.* 2.4. *El secreto profesional y el requisito de la veracidad de la información.* 2.5. *Otras consecuencias derivadas de una concepción jurídico-constitucional del secreto profesional de los periodistas.* 2.5.1. *La cuestión de los límites del secreto profesional de los periodistas.* 2.5.2. *El secreto profesional y la divulgación de información secreta (filtraciones).* 3. EL DESARROLLO DEL SECRETO PROFESIONAL DE LOS PERIODISTAS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. 4. BIBLIOGRAFÍA.

---

## 1. EL SECRETO PROFESIONAL DE LOS PERIODISTAS: UN DILEMA RECURRENTE

La invocación del secreto profesional en el ámbito informativo por lo general se materializa en la contradictoria posibilidad de que el periodista pueda servirse del silencio con la finalidad de sacar a la luz una información relevante de interés general o bien, con la de garantizar que la que in-

formación que ofrece al público se aproxima al máximo a la «verdad informativa», entendida como relato de hechos apegado a la realidad.

Frente a la publicidad, y en la frontera con la privacidad, se ubica una figura jurídica de perfiles tan poco claros como el secreto profesional que, a día de hoy, transcurridos más de treinta años desde su incorporación a nuestro texto constitucional, continúa siendo una *vexata quaestio* merecedora de atención desde las más diferentes ópticas pero, sobre todo, desde la jurídica.

Con frecuencia se menciona lo paradójico de que el periodista (cuya profesión consiste en informar) sea protegido para que pueda ocultar la identidad de su fuente. Pero paradójico resulta también, que esta posibilidad de ocultar las fuentes de información, tan esencial para el ejercicio del periodismo (particularmente del periodismo «de investigación») sea, sin embargo, merecedor de un tratamiento jurídico tan confuso y que, particularmente en España, a pesar de que cuenta con reconocimiento constitucional expreso, aún no goce (o padezca –según criterios–) de regulación jurídica que lo desarrolle.

En el ámbito jurídico esta figura ha merecido una atención más bien escasa en España y, hasta hace poco tiempo, también en Europa (lo que contrasta con la numerosa literatura norteamericana); y generalmente la óptica de estudio predominante venía atendiendo a su dimensión profesional y deontológica, ámbito en el que tiene su origen. Pero aún dentro de los estudios específicos de carácter jurídico, también se aprecian importantes diferencias de configuración y alcance, derivadas de la también diversa naturaleza jurídica que se le atribuye a esta figura (como deber, en menor medida como derecho y, en ocasiones, bajo la discutida configuración jurídica del derecho-deber) diferencias que quizá tienen que ver con la inercia de un planteamiento anclado en su dimensión ética, mucho más desarrollada.

Esta escasa atención que el secreto profesional ha merecido como objeto de estudio desde el punto de vista jurídico, contrasta con la relativa frecuencia con que los medios de comunicación se hacen eco de situaciones en las que los profesionales de la información alegan este derecho como medio de defensa en el ámbito (sobre todo) judicial y, en el último tiempo también, en relación con ciertas actuaciones de la autoridad gubernativa.

Efectivamente, es en el ámbito judicial donde con mayor frecuencia desenvuelve sus efectos el secreto profesional aunque, si partimos de la concepción jurídica que ofrece nuestro ordenamiento, y sentado que el periodismo se ejerce, por lo general<sup>1</sup>, en el seno de los medios de comunicación, puede

---

<sup>1</sup> Esta afirmación merece ser matizada, sobre todo teniendo en cuenta la generalización de Internet como cauce de expresión, pero también de información. En este nuevo espacio, no solo tiene cabida el fenómeno que se ha dado en llamar «periodismo ciudadano» (que es dudoso que se pueda equiparar al periodismo), sino muchas otras actividades informativas en realidad no tan diferentes a las que se desarrollan en los medios escrito o

desplegar también su eficacia en la relación interna entre particulares, es decir, en la relación laboral o profesional que une al periodista con el medio de comunicación para el que trabaja.

Como es sabido, el secreto se compadece mal con la democracia, a la que es consustancial la transparencia. De hecho el secreto profesional, como excepción a la transparencia, actúa como límite<sup>2</sup>. El secreto es una técnica instrumental<sup>3</sup> que encuentra su justificación en que sirve para proteger o garantizar otros intereses subyacentes como pueden ser: la protección de un derecho –generalmente la intimidad–, la eficacia de la actuación pública, asegurar un *status* especial a un colectivo profesional, etc. Este carácter instrumental también es predicable del secreto profesional de los periodistas y se justifica en que la prensa (los profesionales de la información, a quienes se reconoce el secreto profesional) y los medios de comunicación en general, realizan la misión, en palabras del TEDH, de «perro guardián de la democracia».

Pero aún cuando el secreto profesional es, en general, excepción al principio de transparencia, en el caso de los periodistas, por su particular configuración, actúa paradójicamente a su servicio. El secreto de los periodistas encuentra precisamente su justificación en que sirve de vehículo para que informaciones relevantes, de interés público, vean la luz y, por tanto, puedan ser objeto de escrutinio.

No obstante, si bien el recurso al secreto se justifica por los fines que pretende realizar, no es menos cierto que esta técnica se encuentre rodeada de sospecha o recelo pues históricamente el secreto ha operado como un importante instrumento de poder, sustrayendo de control cierta información. Más aún, si (como en el caso de los periodistas) se configura jurídicamente como un derecho fundamental y se deja, por tanto, en manos de su titular su ejercicio.

---

audiovisual pero en las que en ocasiones falta uno de los sujetos (el medio de comunicación propiamente dicho). Todas estas manifestaciones merecen una consideración separada y específica que excede del objeto del presente trabajo, atendiendo a que no son realidades equiparables entre sí, ni tampoco revisten todas las notas predicables del ejercicio profesional. Estos aspectos los he tratado en «La cláusula de conciencia y el secreto profesional del periodista en Internet», en CORREDOIRA, L. y COTINO, L. (coords.), *Libertad de expresión e información en Internet. Amenazas y protección de los derechos personales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2013, y en algún extremo también, «El estatuto de los profesionales de la información en la prensa digital», en GAVARA DE CARA, J.C.; DE MIGUEL BÁRCENA, J. y RAGONE, S. (eds.), *El control de los cibermedios*, JM Bosch Editor, Barcelona, 2014.

<sup>2</sup> En este sentido, por ejemplo, *vid.* art. 14, apartado j) de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno (BOE 10 de diciembre de 2013).

<sup>3</sup> El secreto *per se* carece de valor, salvo que sirva a un fin.

Por otro lado, también es cierto que el secreto profesional de los informadores puede servir de cobertura a conductas de revelación indebida de información que, por uno u otro motivo, han de permanecer ocultas por tener carácter secreto. Efectivamente, una buena parte de los supuestos en los que los periodistas alegan su secreto profesional tiene que ver con la indagación de la identidad de quien, incumpliendo su deber de custodia o reserva, filtra a un medio de comunicación la información sobre la que existe interés, público o privado, en que permanezca oculta. En estos casos de filtraciones de documentos o informaciones, quien entrega o suministra el documento o la información, es al tiempo la fuente de la noticia de manera que, el secreto profesional se mueve en este caso en una «zona gris», a caballo entre la protección del interés público en conocer la información, y el interés del titular o depositario de la información en que su identidad permanezca oculta como para evitar las consecuencias del incumplimiento de su deber de secreto.

En este escenario, cuando la reserva de información se encuentra garantizada legalmente, se plantea el dilema de identificar y eventualmente sancionar al autor de la filtración y, al mismo tiempo, garantizar el debido respeto del derecho del periodista a silenciar esta identidad en aras de la libertad de información.

### 1.1. *Un nuevo supuesto de alegación del secreto profesional de los periodistas: el denominado «caso Tellería»*

El caso así bautizado por la prensa tiene su origen remoto en la publicación en varios diarios de unas informaciones relativas a una presunta trama de corrupción y espionaje a políticos y empresarios.

Uno de los imputados en los hechos objeto de investigación judicial, interpuso denuncia por presunto delito de revelación de informaciones secretas contra varios periodistas y sus respectivos medios de comunicación, sobre la base de que, mientras se estaba tramitando la pieza separada de diligencias previas bajo secreto de sumario (es decir sin que las partes personadas pudieran tener conocimiento de las mismas) simultáneamente varios periódicos estaban publicando una buena parte de la información sumarial reservada, conducta en la que se apreciaba indicio de revelación de secretos.

En la fase de investigación de estos presuntos delitos de revelación del secreto sumarial, los periodistas autores de las noticias publicadas en varios medios de prensa escrita, fueron llamados a declarar sobre dichos hechos, primero en calidad de imputados<sup>4</sup> por delito de revelación de secretos, y posteriormente, tras acoger parcialmente en este extremo el recurso del Ministerio Fiscal, como testigos de la causa<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> Cfr. Auto de 24 de agosto de 2010, del Juzgado de Instrucción nº2 de Vitoria.

<sup>5</sup> Cfr. Auto de 27 de septiembre de 2010, del Juzgado de Instrucción nº2 de Vitoria.

Todos estos profesionales, acogiéndose a su derecho a no revelar sus fuentes de información, se negaron a contestar a las preguntas referentes al origen de la información, manifestando algunos de ellos que, incluso conocían que lo que publicaban se encontraba bajo secreto del sumario.

Sin perjuicio de otras cuestiones relevantes, y en lo que afecta al secreto profesional, en varias de las resoluciones recaídas en este proceso se contiene no solo (y como excursus) una referencia a la ausencia de regulación y a la complejidad de determinación de lo que sea el secreto profesional de los periodistas, sino una inevitable remisión a los criterios establecidos por el TEDH en varias de sus sentencias, sin referencia al modelo español constitucionalmente establecido, a falta de regulación legal.

En este asunto se plantean varias cuestiones que, desde la óptica del secreto periodístico merecen especial atención: una primera cuestión de carácter sustantivo, como es la de si los periodistas pueden ser o no autores (directos o cooperadores necesarios) del delito de revelación de actuaciones judiciales secretas (tipificado en el art. 466 CP) que conocemos como «filtraciones» informativas; y otra cuestión de orden procesal, pero también y, sobre todo, con un fuerte trasfondo constitucional (que es el que aquí consideramos): la cuestión de la eficacia y alcance de la alegación por los periodistas de su secreto profesional ante la autoridad judicial para no revelar las fuentes de las informaciones publicadas. En este último sentido, también se suscita la necesidad de resolver la colisión entre el derecho al sigilo y el deber de justificar la veracidad de la información, así como la eventual posibilidad de excluir la operatividad del secreto profesional cuando estamos ante la publicación de datos secretos.

## 1.2. *El secreto profesional como trasfondo constitucional del asunto*

Tanto la cuestión de la antijuricidad y la justificación de la conducta imputada a los periodistas en este caso, como la relativa a la alegación del secreto profesional para no reportar a la autoridad judicial los datos solicitados, reavivan una vez más la cuestión de la delimitación de las prerrogativas de las que gozan los profesionales de la información<sup>6</sup> en defensa del ejercicio de su propia libertad profesional, en primer término, pero sobre todo, como instrumento de la libertad de información «del público al público», en general.

En definitiva, se trata de ponderar bienes jurídicos de tanta relevancia como el interés en la eficacia de la investigación del delito, o el interés del correcto ejercicio de la administración de justicia, la efectividad de la protec-

---

<sup>6</sup> No obstante esta es una cuestión debatida por una parte de la doctrina y por alguna jurisprudencia estadounidense, partidaria de extender esta prerrogativa a los informadores no profesionales, cuestión que se suscita, sobre todo, atendiendo al ejercicio de la libertad de información en Internet.

ción de las informaciones declaradas secretas frente a la filtración, o la libertad de información en su doble vertiente de dar y recibir información veraz.

Volviendo al caso expuesto que hemos tomado como hilo conductor de este trabajo, y tal como se relata en una de las resoluciones, la defensa de los periodistas frente a la imputación del delito de revelación de informaciones sumariales declaradas secretas, se fundamenta en la aplicación de la eximente de ejercicio de un *deber* del art. 20.7 CP en relación con el art. 20.1.d) de la Constitución española, que garantiza el derecho a difundir información veraz reconociendo el secreto profesional.

Este motivo, que finalmente encuentra acogida, merece una consideración detallada por parte del órgano judicial, que hace bascular su respuesta en la libertad de información y en el secreto profesional, en el que hace especial hincapié, anticipándose de algún modo a la solución finalmente adoptada en el auto de sobreseimiento de la causa<sup>7</sup>.

Los argumentos expuestos en el segundo auto, quizá deberían haberse centrado no obstante, en la apreciación de la concurrencia de los parámetros constitucionales del ejercicio de la libertad de información protegida por el art. 20.1.d) CE, o en la profesionalidad de sus agentes para encontrar amparo en las causas de justificación segunda y tercera del art. 20. 7 CP (ejercicio de un derecho u oficio), sin embargo se polarizan en la consideración del secreto profesional alegado, recalcando la indeterminación de su consideración jurídica.

Esta indeterminación se pone de manifiesto en las resoluciones citadas en las que, con razón, se menciona expresamente que se trata de «una cuestión compleja que no está resuelta de modo unánime», sobre todo, en lo relativo a la naturaleza del secreto profesional, su eficacia y extensión, que merecen un análisis más detallado y, a falta de jurisprudencia y regulación legal, una construcción jurídica que pueda ofrecer una mayor seguridad. La falta de unanimidad, sin embargo, generalmente suele venir motivada por la consideración de esta figura desde su dimensión de deber deontológico, y no tanto, de su dimensión jurídica, si bien en este extremo también hemos señalado algunas de las posiciones divergentes.

## 2. EL SECRETO PROFESIONAL DE LOS PERIODISTAS EN ESPAÑA: UN MODELO PROPIO

### 2.1. *Las modalidades de secreto profesional. El secreto profesional de los periodistas no es una modalidad más de secreto profesional*

Nuestra Constitución contiene una diversidad de menciones, directas e indirectas al secreto, si bien, las que se refieren al que se desenvuelve en el

<sup>7</sup> Cfr. Auto de 15 de septiembre de 2011, del Juzgado de Instrucción n.º 2 de Vitoria.

ámbito profesional, se contienen en los artículos 20. 1. d) CE, relativo al «secreto profesional de los periodistas», y en el art. 24 CE, que contiene una referencia genérica al «secreto profesional».

La doble mención constitucional obliga a plantear la cuestión del significado y funcionalidad de cada una de ellas, así como la posibilidad de conexión entre ambas.

El secreto profesional, antes que en el ámbito del periodismo tuvo reconocimiento en profesiones diferentes, singularmente las profesiones liberales (medicina y abogacía) y, *mutatis mutandis*, en el ámbito religioso (*sigillum confessionis*). En cada uno de estos ámbitos la protección del secreto tiene un fundamento diferente: bien la protección de la intimidad, el mantenimiento de la confianza de quien suministra la información, o también el principio *alterum non laedere*... Pese a todo, se puede afirmar que existen algunas características comunes, por diferentes que sean los ámbitos en los que se acoge, como son: su configuración con la doble vertiente de derecho-deber, la responsabilidad derivada de su incumplimiento y la falta de desarrollo legislativo.

Es preciso considerar, en una primera aproximación, que las dos menciones constitucionales al secreto profesional se desarrollan en ámbitos bien distintos: mientras que el art. 24 CE recoge las llamadas «garantías procesales» (referidas principalmente al proceso penal), el art. 20 CE regula las «libertades informativas» (a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión en el ejercicio de las cuales, la ley regulará el derecho al secreto profesional). Es decir, mientras que el contenido del art. 20 CE tiene un carácter material, el art. 24 CE se refiere fundamentalmente al ámbito procesal y presupone, además, una razón o motivo previo a la exención («por razón de», dice expresamente): la existencia de un deber, en este caso, de carácter profesional.

## 2.2. *El secreto profesional de los periodistas en el art. 20.1.d) CE: un derecho, no un deber*

En el caso expuesto, los periodistas apelaron para fundamentar la exención de responsabilidad por su actuación en relación con las presuntas filtraciones del contenido del sumario, a las causas previstas en el n.º 7 del art. 20 CP.

Las causas de exención de responsabilidad previstas en este apartado 7, tienen la naturaleza de causas de justificación de la conducta penalmente relevante fundamentada<sup>8</sup> no solo en el carácter de *ultima ratio* propia del Derecho Penal sino, sobre todo, en la evitación de las contradicciones que pudie-

<sup>8</sup> Vid. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, M. I., «Art. 20.7», en GÓMEZ TOMILLO, M. (coord.), *Comentarios al Código Penal*, Ed. Lex Nova, 2010.

ran eventualmente producirse entre la norma penal y la conducta de quien actúa en el ejercicio legítimo de un derecho, una profesión o un deber amparado por la ley.

En este sentido, la apelación por la defensa de los periodistas al art. 20.7 CP debe circunscribirse al ejercicio de un derecho (y un derecho fundamental) como es la libertad de información, o al ejercicio de una profesión, como es la periodística que, llevada a cabo dentro de los parámetros que la Constitución establece (y esto entra en el campo valorativo) podría servir de justificación a la conducta. Ello sin perjuicio de que, como garantía de esa libertad, los sujetos que profesionalmente la ejercen, los periodistas, puedan además acogerse a la protección que les brinda su secreto profesional para oponerse a medidas de investigación judicial (o policial, en su caso) como el interrogatorio, el registro o el secuestro de ciertos materiales, con la finalidad de preservar la identidad de sus fuentes.

Sin entrar a valorar la pertinencia o no de la concreta causa de justificación alegada y la posibilidad de otras opciones, dado que todas ellas se encajan en el art. 20.7 CP (y tuvo acogida favorable en el fallo), las argumentaciones contenidas en estas resoluciones tienen un gran interés, no solo por el esfuerzo argumentativo de la resolución sino también y, sobre todo, porque invitan a una reflexión más profunda acerca de las instituciones y derechos en juego.

El art. 20.1 CE, al tiempo que consagra el derecho a dar y recibir información veraz reconoce y remite al legislador el reconocimiento del derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional de los periodistas «en el ejercicio» de esas libertades.

Esta previsión constitucional parece remitir, *prima facie*, a una institución clásica del periodismo escrito, directamente conectada con la libertad de información y con el comportamiento ético del periodista: el respeto del compromiso contraído por el periodista con su fuente para mantener oculta su identidad y con ello salvaguardarla de posibles represalias o simplemente, para respetar su deseo de no ser identificado.

Sin embargo, este concepto de secreto profesional, si bien sigue siendo válido, desde un punto de vista estrictamente jurídico queda en gran medida desplazado por la necesidad de una construcción conforme con la previsión constitucional que, solo en apariencia, encaja con la concepción «tradicional» indicada, lo que, desde mi punto de vista.

A este respecto, el secreto periodístico considerado en su concepción «tradicional», como deber ético, no sería apto (y esta es una cuestión pacífica en la doctrina y jurisprudencia) para justificar una conducta penal como la revelación de información protegida por el secreto del sumario, pues el precepto indicado se refiere a un deber jurídico, impuesto por la norma, y no al deber que cae en el campo de la ética, la moral o, en su caso, el ámbito religioso.



En el supuesto de que el secreto profesional fuera la causa justificativa<sup>9</sup>, solo el secreto profesional, con valor jurídico, concebido como derecho, podría justificar esa conducta.

Pero, en realidad, la justificación de la conducta se encuentra, no tanto en el cumplimiento de un deber (el secreto profesional, que como deber queda en el ámbito de la ética), sino en el ejercicio (y, en este caso, ejercicio profesional) de la libertad de información del periodista dentro de los parámetros constitucionales, con independencia de que en garantía de esta libertad, la propia Constitución también proteja el derecho al secreto profesional, es decir, el derecho a no revelar a terceros la identidad de las fuentes de información

En relación con esta cuestión, si bien es cierto que la Constitución consagra en el art. 20.1.d) el secreto profesional pero ni define ni delimita su contenido, los amplios márgenes de incertidumbre que ello suscita vienen motivados seguramente por la inercia del que ya he destacado como «concepto tradicional», anclado en el campo de la deontología profesional (que concibe el secreto como un deber) así como en la ausencia de un modelo jurídico-constitucional de secreto profesional que encaje en el art. 20 CE, al servicio no de la protección individual del periodista, sino como garantía misma de la libertad de información.

En este sentido, por su cercanía, puede ser aplicable al secreto profesional del periodista la afirmación contenida en la STC 199/1999, de 8 de noviembre, referida directamente a la cláusula de conciencia: la de que «el reconocimiento de la cláusula de conciencia al profesional de la comunicación en el ejercicio de su libertad de información no puede entenderse exclusivamente como un derecho particular de aquél; sino, al tiempo, como garantía de que a su través se preserva igualmente la satisfacción del carácter objetivo de dicha libertad, de su papel como pieza básica en el sistema democrático y de su finalidad como derecho a transmitir y recibir una información libre y plural.»

### 2.3. *La relación entre el secreto profesional y la libertad de información*

Sentada la configuración del secreto profesional en nuestro ordenamiento jurídico-constitucional como un derecho, queda pendiente de precisar la razón de su «fundamentalidad» así como su relación con la libertad de información, pues es ahí donde encuentra su verdadero sentido y justifica la superación de una concepción puramente ética.

---

<sup>9</sup> En este caso, la apelación al ejercicio legítimo de la libertad de información quizá sería suficiente para fundamentar la justificación de la conducta. La apelación al secreto profesional, íntimamente ligada al ejercicio profesional de la libertad de información por estos profesionales, encuentra (aunque no exclusivamente) un campo de acción abonado en la práctica procesal, como medio de defensa, sin perjuicio de su naturaleza sustantiva como derecho fundamental.

La ubicación «geográfica» del secreto profesional en el art. 20 CE, y su reconocimiento «en ejercicio» de las libertades informativas clarifica su naturaleza de derecho fundamental, si bien está por determinar su relación con dichas libertades. Como bien señala FERNÁNDEZ-MIRANDA, «una adecuada interpretación del artículo 20.1.d) CE exige, una vez determinado cuál es el bien jurídico protegido, analizar la exacta posición que ocupa en el ordenamiento jurídico, porque el alcance de un derecho instrumental, como es el derecho al secreto profesional, está en íntima dependencia del significado jurídico de los derechos sustantivos que garantiza: los derechos informativos»<sup>10</sup>.

Efectivamente, a diferencia del secreto profesional reconocido en el ámbito de otras profesiones, la fundamentación del secreto del periodista no se encuentra en «la protección de la intimidad ni en un deber jurídico de sigilo de la fuente, sino en el derecho a la información como derecho cuya titularidad corresponde a la sociedad, siendo el periodista un mero pero imprescindible intermediario»<sup>11</sup>.

La importancia de la función que desarrollan los profesionales de la información para la configuración de una opinión pública libre ha determinado, sin duda, la constitucionalización del secreto periodístico de forma diferenciada del secreto profesional que opera en relación con otras profesiones.

En el caso de los periodistas, el derecho a ocultar la identidad de la fuente se dirige a proteger, en última instancia, la opinión pública, intentando evitar la manipulación y facilitando el flujo informativo así como su origen plural lo que, en última instancia redundará en una mayor riqueza y objetividad informativa.

Así concebido, los informadores gozan de un derecho no tanto en beneficio propio personal sino, en todo caso, de su profesionalidad en la medida en que, en última instancia, y dado que son intermediarios naturales en el proceso comunicativo, este beneficio se tornará en un beneficio colectivo o social. Una de las manifestaciones de este derecho (aunque no la única) es la de no revelar cierta información a terceros, particulares o poderes públicos y entre ellos, singularmente, a la autoridad judicial.

Por tanto, la previsión del secreto periodístico como derecho, independiente de la mención del art. 24 CE, permite afirmar por un lado, que su naturaleza no tiene solo carácter procesal y, por otro, que tiene un contenido propio que trasciende al proceso.

Esta autonomía e identidad propia del secreto profesional de los periodistas como derecho fundamental, se predica también de la libertad de información, pese a la intensidad de los lazos que les unen. De esta forma, la delimitación

<sup>10</sup> FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, A., *El secreto profesional de los informadores*, Tecnos, Madrid, 1990, p. 104.

<sup>11</sup> *Ibidem*.

tación de los distintos elementos que configuran el secreto profesional no necesariamente habrán de coincidir con la libertad informativa aunque esta le sirva de presupuesto.

Así las cosas, podríamos decir que la Constitución «inaugura» una configuración del secreto profesional como derecho y como medio de defensa de los profesionales de la información, pero también como una figura independiente de los intereses de la fuente.

Se trata de un derecho que hipotéticamente, aún cuando no existiera su reconocimiento constitucional expreso, bien podría haberse deducido del art. 20.1 d) CE (de manera similar a como opera el TEDH en relación con el *Convenio Europeo de Derechos Humanos*) como una garantía del pluralismo o del acceso a la pluralidad de fuentes de información, al servicio de la verdad y la objetividad informativa pues, como señala Ignacio VILLAVARDE, «controlar las fuentes es una forma sibilina de manipulación informativa»<sup>12</sup>.

A diferencia de lo que ocurre en el ordenamiento español, que prevé expresamente el secreto periodístico, en el ámbito europeo no se encuentra expresamente mencionado ni en la *Declaración Universal de Derechos Humanos*<sup>13</sup>, ni en el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*<sup>14</sup>. Tampoco se realiza mención ni en la *Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea*<sup>15</sup> ni en el *Convenio Europeo de Derechos Humanos*<sup>16</sup>, donde se consagra la libertad de expresión e información de modo general, pero sin referencia expresa a su ejercicio por los profesionales de la información y las especialidades que esto comporta.

<sup>12</sup> VILLAVARDE MENÉNDEZ, I., El secreto profesional de los periodistas. Informe de su régimen jurídico en España, inédito, 1997.

<sup>13</sup> DUDH de las Naciones Unidas, de 10 de diciembre de 1948.

<sup>14</sup> PIDCP, de 19 de diciembre de 1966 (ratificado por España el 13 de abril de 1977).

<sup>15</sup> CDFUE, de 18 de diciembre de 2000 (*Diario Oficial n.º C 364 de 18/12/2000 p. 0001 c 0022*).

<sup>16</sup> El CEDH, de 4 de noviembre de 1950 (ratificado por España el 26 de septiembre de 1979) no se refiere al secreto profesional. En relación con la libertad de expresión, su artículo 10 dispone: «Artículo 10. Libertad de expresión. 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas, sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión, a un régimen de autorización previa. 2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial».

No obstante, la falta de reconocimiento explícito en el *Convenio Europeo de Derechos Humanos* no ha sido obstáculo para que el TEDH, en su jurisprudencia, lo haya deducido del artículo 10 del Convenio<sup>17</sup> considerando que se encuentra implícitamente contenido en el mismo y que, por tanto, la libertad de recibir información comporta la protección absoluta de las fuentes de los periodistas.

Los ya numerosos pronunciamientos del Tribunal Europeo han tenido, por otra parte, una influencia innegable en el desarrollo normativo que se ha producido, con especial intensidad, sobre todo en esta última década, en la mayor parte de los países miembros, anticipándose al legislador español a pesar del mandato constitucional. Esto ha ocasionado que a falta de regulación, los criterios y la construcción del TEDH sean un referente para integrar el contenido del art. 20.1.d) CE.

El reconocimiento constitucional del secreto profesional de los periodistas fue pionero en España pero paradójicamente, a falta de regulación legal, en la actualidad el modelo se ha visto superado por aquellos países que, aunque inicialmente carecían, incluso, de reconocimiento jurídico de esta figura, ya han iniciado un proceso legislativo intenso sobre la materia, incorporando la jurisprudencia del TEDH al más alto nivel, lo que, en nuestro caso, a falta de ley de desarrollo, tiene lugar por la vía del art. 10 CE.

La previsión constitucional española, en su momento sin parangón en los países de nuestro entorno, se anticipó y desmarcó de la regulación existente acogiendo una concepción del secreto profesional anclada en su aspecto ético o deontológico. Sin embargo, la evolución de la jurisprudencia del TEDH ha venido a adoptar una configuración más cercana a la nuestra que a la de otros países europeos, de forma que encuentra hoy en nuestro ordenamiento una mejor posibilidad de acomodo que en esos otros ordenamientos, que han precisado un cambio profundo por vía legislativa pero, sobre todo, jurisprudencial, para colocarse en la línea de la doctrina del Tribunal de Estrasburgo y reconocer de manera efectiva este secreto profesional. En definitiva, en nuestro país, el reconocimiento constitucional paradójicamente ha actuado, en cierta medida, como freno al desarrollo normativo de esta figura.

#### 2.4. *El secreto profesional y el requisito de la veracidad de la información*

La cuestión de la compatibilidad entre el secreto profesional y el cumplimiento del requisito de la veracidad de la información es una cuestión a la

---

<sup>17</sup> Entre las sentencias del Tribunal Europeo que se ocupan del secreto profesional se encuentran, por todas: Casos *Roemen y Schmidts. Luxemburgo*, recurso núm. 51772/99, Sentencia del TEDH de 25 de febrero de 2003, caso *Damman vs. Suiza*, Sentencia del TEDH de 25 de abril de 2006, y más recientemente, caso *Sanoma vs. Holanda*, recurso núm. 38224/03, Sentencia del TEDH de 14 de septiembre de 2010.

que se hace referencia específica en el Auto de sobreseimiento provisional de este caso.

El secreto profesional, como derecho, se encuentra reconocido junto con la cláusula de conciencia «en el ejercicio de estas libertades», dice la CE, que no son otras que las libertades de «comunicar o recibir libremente información», mencionadas con anterioridad en ese mismo apartado. Por tanto, es en este marco de la libertad de información (y no de expresión) donde el secreto profesional tiene cabida y despliega sus efectos actuando como presupuesto de ejercicio de este derecho.

La posibilidad de ocultación de información hay que entenderla referida a las fuentes de la información no lógicamente, a la expresión, que es un acto puramente subjetivo o valorativo cuyo origen está en su autor y no requiere de la veracidad. Ello sin perjuicio de que la expresión tenga como origen remoto una información o que, en la práctica, efectivamente información y expresión se muestren entremezcladas y no sea posible deslindar con precisión quirúrgica las fronteras entre una y otra (en cuyo caso habrá que acudir, como ya es criterio asentado, al elemento preponderante del mensaje).

Dicho esto, y sentado que el secreto profesional opera sobre el presupuesto de un acto de información de interés general y relevancia pública, habría que afrontar, de manera particular, la cuestión de la veracidad como atributo de la información merecedora de la protección constitucional, puesto que la libertad de información actúa como presupuesto de ejercicio del secreto profesional, y la relación entre ambos se articula fundamentalmente a través del requisito de la veracidad.

En su acepción subjetiva, como parámetro de actuación diligente del informador, la veracidad, requisito de la información constitucionalmente protegida, no necesariamente coincide con la forzosa identificación de las fuentes. Efectivamente, en algunas ocasiones la vía más rápida y segura de cumplir con el requisito constitucional sea la identificación del confidente, pero precisamente el reconocimiento del derecho a guardar el secreto faculta para ocultar esta información y ofrecer otros medios de prueba que, al menos indiciariamente, muestren que se hizo lo oportuno y exigible para contrastar la información.

Ciertamente el periodista que quiere ocultar sus fuentes, antes de ofrecer la información, se guardará de contar con otros medios distintos con los que cumplir con el requisito de la veracidad o, en otro caso, asumirá las consecuencias que pudieran derivarse del incumplimiento de este requisito (que no debe confundirse con la no acogida del secreto profesional).

Una cabal concepción del funcionamiento de esta figura debería, por tanto, contribuir a minorar la desconfianza que frecuentemente le rodea, dificultando que se pueda afirmar a priori que *per se*, el secreto profesional fomenta la difusión de chismes o rumores; antes bien, su correcto acogimiento no solo exige su alegación en el ámbito de la libertad de información que cumple con los

parámetros que le hacen merecedora de protección constitucional<sup>18</sup>, sino que tampoco exonera al profesional de cumplir con el requisito previo de la veracidad y demostrar su diligencia a través de otros medios a su alcance.

Esto quiere decir, en definitiva, que lo mismo que no se protege constitucionalmente la información a ultranza, tampoco se protege de forma ilimitada el secreto profesional, pues no está previsto que sirva a la propagación de rumores o falsedades garantizando la impunidad del periodista<sup>19</sup>, o como vehículo o instrumento para la manipulación informativa por parte de la fuente.

De esta forma, no cabe alegar con eficacia el secreto profesional para amparar, por ejemplo, al periodista que informa sobre asuntos banales, chismes, o asuntos puramente privados de una persona, sin trascendencia informativa. La eventual negativa a desvelar su fuente podría tener otra justificación como la protección de la intimidad o, simplemente, la propia protección del periodista o del medio para el que trabaja, o la exclusividad de su información pero, en cualquier caso, esta finalidad cae fuera de la protección que brinda el secreto profesional y, por tanto, no puede beneficiarle.

No estamos, por tanto, ante un límite sustancial o material del secreto profesional, sino ante la definición misma de su contenido.

En definitiva, no se trata de una colisión entre un derecho (el secreto profesional) y un deber (la veracidad) sino, más bien, ante la necesidad de constatar que, quien alega el secreto profesional lo haga dentro de los parámetros constitucionales: en el ejercicio constitucional de la libertad de información (y por lo tanto, con respeto a la veracidad informativa) que actuará como presupuesto.

## 2.5. *Otras consecuencias derivadas de una concepción jurídico-constitucional del secreto profesional de los periodistas*

El reconocimiento deserto profesional de los periodistas en el art. 20 CE no solo disipa las dudas acerca de su existencia como institución de carácter

---

<sup>18</sup> La jurisprudencia constitucional ha declarado repetidamente (por todas, la STC 199/1999 de 8 de noviembre) que la libertad de información reconocida en el art. 20.1 d) CE se refiere a la transmisión de manera veraz de hechos noticiables, de interés general y relevancia pública (*vid.* también, SSTC 105/1983, de 23 de noviembre, FJ 11.º; y 6/1988, de 21 de enero, F.J. 5.º), de manera que, fuera de esos límites, la información no goza de la protección constitucional.

<sup>19</sup> Sirva, por todas, la STC 6/1996, de 16 de enero, en la que se lee (FJ 4.º): «no es ocioso recordar que este Tribunal ha repetido en numerosas ocasiones que el contenido constitucional del artículo 20.1, d) CE consiste en suministrar información sobre hechos que se pretenden ciertos, por lo que la protección constitucional de su reconocimiento se extiende únicamente a la información veraz (entre muchas otras, SSTC 6/1988, 20/1990, 105/1990, y 133/1995). De este modo, determinar qué debe entenderse por veracidad es de especial importancia para establecer si la conducta del informador responde al ejercicio de un derecho constitucional o si su actuación se sitúa fuera del campo de protección del mismo».

jurídico sino que le atribuye la fuerza y garantías propias de su naturaleza constitucional, y más aún, de derecho fundamental, en orden a su protección y eficacia.

La de la eficacia del secreto profesional es, sin duda, una de las escasas cuestiones sobre las que existe acuerdo en la doctrina española<sup>20</sup>, que viene admitiendo pacíficamente su operatividad, de modo absoluto, en lo tocante a su alegación frente a las personas (físicas o jurídicas) e instituciones de carácter privado y, con algunas limitaciones y diferencias de opinión, en relación con las personas de carácter jurídico público.

Y es que las situaciones en las que eventualmente el periodista se puede encontrar interpelado acerca de la identidad de sus fuentes informativas, puede ser de lo más variado: desde el interrogatorio judicial, al requerimiento de una comisión de investigación en sede parlamentaria, por ejemplo o, de forma más inmediata, el requerimiento formal por parte de sus superiores, incluido el director del medio al que pertenece. Ello sin contar que, además de esa vía directa, existen otras de carácter indirecto a través de las cuales también se puede violentar el secreto profesional, como son, por ejemplo, el registro del domicilio, despacho o lugar de trabajo, enseres, materiales y notas, *etc.*, (supuestos tenidos en cuenta en varias sentencias del TEDH).

### 2.5.1. La cuestión de los límites del secreto profesional de los periodistas

El secreto profesional de los periodistas, se desenvuelve en un «hábitat propio», que ya he descrito, fuera del cual es difícil afirmar su pervivencia. En efecto, fuera de ese ámbito natural, aparece una «zona gris» en la que el secreto periodístico coexiste con otros intereses, también protegidos jurídicamente que, por tanto, han de ser tomados en consideración y que, en tal medida, pueden poner en discusión, si no la existencia, sí la eficacia del secreto profesional en algunos supuestos.

En el «caso Tellería», como justificación de la limitación del secreto profesional como consecuencia de las diligencias acordadas por el juez acordando la declaración de los profesionales, se dice que «la injerencia en el secreto profesional debe ser en todo caso necesaria y proporcional en relación con el interés social relevante en la noticia, la veracidad, la posibilidad de obtenerla por otros medios, *etc.*». Se admite que el secreto profesional pueda ser limitado por un interés legítimo relevante que deberá ser valorado en cada caso concreto.

---

<sup>20</sup> En este mismo sentido, FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, A., *El secreto profesional de los informadores*, *op.cit.*, p. 148; CARRILLO, M., *La cláusula de conciencia y el secreto profesional de los periodistas*, Generalitat de Catalunya, Centre d'Investigació de la Comunicació, Cuadernos Civitas, Civitas, Madrid, 1993, pp.176 y 205 a 206.

Efectivamente, como bien señala la resolución, las limitaciones han de ser entendidas con carácter restrictivo, pero esta afirmación es una consecuencia de la doctrina general de los derechos fundamentales que no puede considerarse de manera aislada: solo una concepción jurídica del secreto profesional como derecho fundamental superadora de ese otro concepto «clásico» al que me he referido, permite aplicar el criterio general favorable a su expansión y consecuentemente restrictivo de la interpretación de sus límites.

### 2.5.2. El secreto profesional y la divulgación de información secreta (filtraciones)

Otra de las cuestiones que se plantean en la causa, es la relativa a la posibilidad o no de invocar el secreto profesional en relación con la información declarada secreta. Efectivamente en el auto de sobreseimiento se acoge el criterio jurisprudencial del TEDH para admitir la posibilidad de amparo del profesional, aún cuando se trate de divulgación de información declarada confidencial o reservada. De esta forma, se diferencia lo que son los límites de la libertad de información de los contornos del secreto profesional de los periodistas, que por su individualidad, no tiene por qué coincidir.

En la apreciación de la extensión de la libertad de información, nuestra jurisprudencia constitucional<sup>21</sup> acude a la doctrina de la preeminencia de la libertad de información como herramienta esencial en el sistema democrático para afirmar su preferencia sobre otros derechos fundamentales como el honor, la intimidad o la propia imagen, eso sí, siempre que la información sea veraz y resulte de interés público.

En el lado opuesto, entre los límites específicos que dejarían sin efecto el secreto profesional, se podrían citar, por ejemplo, la evitación de un delito o de un daño a las personas (en cuyo caso, el periodista ni siquiera tendría un deber moral de callar sino, antes bien, mantendría su deber de denuncia), el conocimiento de la falsa imputación de un delito, la mala fe del periodista o su participación delictiva del en la obtención y difusión de la información. Otros bienes jurídicos que podrían ser invocados para hacer decaer el secreto profesional (reconocidos en la legislación comparada) son, por ejemplo, la seguridad colectiva, la defensa nacional, o la estabilidad económica.

Estas circunstancias limitadoras, como hemos reiterado, han de establecerse e interpretarse con carácter restrictivo, no solo por tratarse de un derecho fundamental sino, por su marcada dimensión institucional, y han de contar con todas las garantías, dentro de las cuales podemos citar la motivación de la medida limitadora. En este sentido, podría afirmarse que el secreto profesional de los periodista opera, a su vez, como límite a las medidas de

---

<sup>21</sup> Por todas, SSTC 46/2002, de 25 de febrero de 2002; y 129/2009, de 1 de junio de 2009.



investigación judicial (y, desde luego, policial) separando con ello la función periodística de la investigadora (ya sea policial o judicial).

En el caso particular examinado, en el ámbito de la investigación de un delito de revelación de secretos (de secreto sumarial), la juzgadora hubo de apreciar la colisión entre el interés público en la persecución del delito y el derecho a la ocultación de las fuentes que, en tanto derecho fundamental íntimamente ligado a la libertad de información, goza de una posición preeminente. Precisamente con apoyo en la doctrina constitucional que consagra la preeminencia del derecho a transmitir información (cita a este respecto las *SSTC 46/2002*; y *129/2009*) y atendiendo a que, en cualquier caso esta preeminencia no es ilimitada, sino que, en todo caso, la información debe ser veraz y resultar de interés público, valora que no concurren en el supuesto circunstancia de carácter “suficientemente vital y grave” como para que los periodistas vengan obligados a revelar la fuente, finalmente acuerda el sobreseimiento de la causa.

Aunque no se plantea abiertamente, sí cabría valorar la posición procesal de los periodistas en la causa, y también el efecto que eventualmente esto produce en relación con el secreto profesional, pues parece que esta es la razón que subyace en la motivación de la resolución del recurso del Ministerio Público. Con carácter general se aprecia la imposibilidad de alegación del secreto profesional por parte del periodista imputado reduciendo por tanto su ámbito de acción a los supuestos en que el periodista es llamado a declarar en calidad de testigo. Encuentro que esta opción resulta en exceso restrictiva y que obvia un dato fundamental como es la de que, en el caso del periodista imputado, la posibilidad de alegar el silencio es doble: de una parte, puede alegarlo en ejercicio de una prerrogativa profesional pero también, en el ejercicio de su derecho de defensa.

Por tanto, estimo que no se puede afirmar con rotundidad que el secreto profesional no opere en estos casos, sino que en el silencio del periodista se pueden solapar dos facultades de silencio, difíciles de deslindar: el ejercicio del secreto profesional y su derecho, también fundamental, a no declarar.

Por otra parte, no se puede perder de vista que encontramos en el ámbito de un proceso judicial en fase de investigación, y es aquí donde con más frecuencia se produce el cuestionamiento de la eficacia del secreto profesional y donde la necesidad de los límites aparece más patente<sup>22</sup>.

---

<sup>22</sup> En una de sus facetas, el secreto tiene una naturaleza dinámica, y defensiva «frente a» quien quiere conocer la identidad de quien suministra la información. De esta forma, el secreto profesional protege una parcela de información que se mantiene fuera del conocimiento de terceros, bien sean lectores, espectadores, o bien, poderes públicos.

Ahora bien, siendo esta su faceta más visible, el secreto profesional, en sentido amplio, supera esta dimensión protegiendo (como de hecho hace el TEDH en su jurisprudencia) la función, los materiales y lugares de trabajo, aún cuando no exista un requerimiento de información determinado, dirigido contra el periodista.

En cualquier caso, en su valoración, a falta de criterio legal, habría de tener en cuenta, entre otros, los siguientes aspectos:

- Por un lado, la naturaleza de derecho fundamental y la dimensión objetiva del secreto profesional como garantía de la libertad informativa.
- De otro, el paralelismo entre la actividad investigadora de la prensa y del órgano judicial, así como las diferentes herramientas y fines que cada uno de ellos persigue y que, no solo no tienen por qué ser coincidentes, sino que se ha de vencer la tentación de convertir (como reiteradamente se ha señalado por la doctrina) a los periodistas en confidentes de la policía o de la autoridad judicial.
- En tercer lugar, al menos, tomar en consideración que, precisamente la función informativa consiste en trasladar al público información veraz de relevancia social y, el deber de custodiar la información y la restricción de su publicidad es un deber que recae, en la propia Administración de Justicia<sup>23</sup>.
- Finalmente, como acertadamente pone de relieve Pilar OTERO, «de la existencia de ese deber o este derecho (de secreto profesional) no se deduce, automáticamente, el nacimiento de ninguna exoneración, como la dispensa del deber de declarar o de denunciar en el proceso penal»<sup>24</sup>.

Con todo ello, la polémica cuestión de establecer los límites en torno a lo que deba quedar oculto, se reconduce a la valoración y apreciación de la gravedad y relevancia de esos otros intereses o de las circunstancias que aconsejen el decaimiento del derecho fundamental, cuestión esta siempre

---

<sup>23</sup> En la *Caso Fressoz y Roire vs. Francia*, recurso núm. 29183/95, Sentencia del TEDH de 21 de enero de 1999 se pone de relieve que la conducta de los informadores que publican documentos con datos fiscales proporcionados por funcionarios violando su deber de reserva (es decir, de manera ilícita) no constituye *per se* un ejercicio ilegítimo del derecho a la información, de manera que la licitud o no de su conducta ha de valorarse teniendo en cuenta otros criterios como, por ejemplo, el interés público de la noticia, su veracidad, la posibilidad de obtener esa información por otros medios, *etc.*, sin que deban asumir responsabilidad alguna por no identificar a quienes les hubieran filtrado esos documentos (con independencia de la eventual responsabilidad de quienes los hubieran filtrado). En la *Craxi II vs. Italia*, recurso núm. 25337/94, Sentencia del TEDH de 17 de julio de 2003, en relación con la publicación de datos filtrados que pueden lesionar la vida privada de un tercero (como en el caso *Fressoz y Roire vs. Francia*) el Tribunal afirma que el Estado tiene, al menos, la obligación de iniciar una investigación para determinar las eventuales responsabilidades de los informantes. El juez Zagrebelsky, en su opinión disidente, pone de manifiesto que esta obligación del Estado puede ser imposible jurídicamente si, al mismo tiempo, hay que proteger el derecho al secreto profesional de los periodistas.

<sup>24</sup> OTERO GONZÁLEZ, M.<sup>a</sup> P., *Justicia y secreto profesional*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001, pp. 93 y 94.

difícil de apreciar y ponderar, que ha de efectuarse en cada caso concreto, y con criterio restrictivo.

Cuestión diferente es la relativa a la participación concreta del informador en el acto de revelación (lo que nos remite al problema de la obtención ilícita de información) pero esta es también objeto de investigación por el órgano judicial.

Las expuestas son, sin duda, algunas de las circunstancias que aconsejan una regulación legal de este derecho fundamental que venga a paliar la inseguridad jurídica de los profesionales y facilite la labor de ponderación de los jueces.

En definitiva, el «caso Tellería» refleja el nuevo compás de espera a la llegada de (en palabras de Tomás de la Quadra<sup>25</sup>) este «Godot constitucional» que, utilizando la «fórmula choque» del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, constituye la «piedra angular de la libertad de prensa» y contribuye a crear para el profesional un amplio espacio de libertad para administrar, como es evidente, la información, pero también el silencio.

Este espacio de libertad no significa inmunidad, y por ello encuentra su correlato en la debida responsabilidad en el ejercicio profesional, para que la libertad de prensa pueda cumplir, legítima y eficazmente, la función de garantía de la democracia a la que está llamada.

### 3. EL DESARROLLO DEL SECRETO PROFESIONAL DE LOS PERIODISTAS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Si bien es cierto que no se puede afirmar que el secreto profesional de los periodistas carezca en España de regulación jurídica (habida cuenta de su previsión constitucional expresa) no es menos cierto que la sola mención no es suficiente para delimitarlo. La ausencia de regulación legal (a pesar de los reiterados intentos) contribuye a alentar la inseguridad jurídica cuando se trata de aplicarlo al caso concreto, sobre todo, si tenemos en cuenta que la mayor parte de las veces este derecho se presenta en conflicto con otros derechos.

Los amplios márgenes de incertidumbre que el vacío legal deja en relación con esta institución, difícilmente se pueden llenar por referencia a otras figuras ajenas o en virtud de los antecedentes reguladores, por varias razones. En primer lugar, por la singularidad del secreto profesional de los informadores frente a otros secretos profesionales que sí tienen entre sí una configuración y un fundamento parejos; en segundo lugar, porque el secreto profesional existe con carácter inequívocamente jurídico y, como derecho, solo desde

---

<sup>25</sup> DE LA QUADRA SALCEDO, T., «La cláusula de conciencia, un Godot constitucional», *REDC*, núm. 22 y 23, 1988.

la Constitución española de 1978; en tercer lugar, el precedente más extendido es el de su configuración integrando las obligaciones deontológicas de la profesión, construcción que dista de la configuración jurídica y aún más, en muchos casos, contribuye a oscurecer esta última.

Por todo ello, aunque su reconocimiento constitucional expreso supuso en su momento un logro evidente, esto no es suficiente para garantizar su correcto ejercicio. Por ello es destacable la labor del TEDH profundizando en esta figura consagrando este derecho primero, y definiéndolo después, habida cuenta también del heterogéneo marco normativo europeo.

El reconocimiento del derecho de los periodistas a mantener la reserva de sus fuentes ya se produjo en una jurisprudencia temprana del TEDH, que lo dedujo del artículo 10 del Convenio, habida cuenta de la intensa vinculación de esta figura con la libertad de información (por todos, casos *Goodwin c. Reino Unido*, de 23 de marzo de 1996, *Fressoz y Roire c. Francia*, de 21 de enero de 1999).

En la reciente sentencia *Nagla c. Latvia*, de 16 de julio de 2013<sup>26</sup>, el Tribunal incorpora el concepto de secreto profesional de los periodistas recogido en la *R (2000) 7*, del Consejo de Europa que contiene una definición amplia de «fuente periodística» que incluye a «toda persona que proporciona informaciones a un periodista», así como la «información identificativa de una fuente», y lo extiende incluso a «la parte no publicada de la información proporcionada por un periodista» así como sus notas y apuntes. La sentencia citada también pone de manifiesto el efecto disuasorio que para las fuentes se derivaría en el caso de que los periodistas colaborasen en la identificación de fuentes anónimas.

Otra cuestión relevante es la de precisar el objeto del secreto profesional. Esencialmente el objeto del secreto es mantener el anonimato de las fuentes informativas, pero queda por determinar si esta facultad se limita solo a la protección puramente nominal de la identidad del informante, o si desde el punto de vista material se extiende para proteger todo aquel material que pueda indiciariamente identificarla o los lugares en que se depositan.

Como señala Azurmendi, «este de la ampliación del objeto del secreto profesional no es un asunto menor pues la legislación que no lo contempla, está siendo, de hecho, restrictiva en las garantías de la profesión periodística» y añade que «como con acierto señala la ley austriaca de 1981, no es lógico que a renglón seguido, por omisión, se deje abierta una puerta para su vulneración»<sup>27</sup>.

<sup>26</sup> Cfr. Caso *Nagla c. Latvia*, recurso núm. 73469/10, Sentencia del TEDH de 16 de julio de 2013, §81.

<sup>27</sup> AZURMENDI ADARRAGA, A., «El secreto profesional», en MALLÉN, I., CORREDOIRA y ALFONSO, L. (coords.), *Derecho de la información*, Bel Ariel, Barcelona, 2003, pp. 315 y 316.

Si en el asunto *Fressoz y Roire c Francia* el Tribunal no entró a pronunciarse acerca de si el secreto profesional amplía su protección a todo el material utilizado o creado por el periodista que indiciariamente pudiera conducir a la identificación de la fuente (como notas, grabaciones, documentos, etc.) lo cierto es que en otras resoluciones ha ampliado considerablemente el objeto en el sentido indicado (como por ejemplo en SSTEDH *Roemen y Schmit c. Luxemburgo*, de 25 de febrero de 2003, *Ernst y otros c. Bélgica*, de 15 de julio de 2003, *Tillack c. Bélgica*, de 27 de noviembre de 2007, *Sanoma II c. Países Bajos*, de 14 de septiembre de 2010, o más recientemente, *Nagla c. Latvia*, de 16 de julio de 2013, que se refiere expresamente a los ordenadores portátiles, memorias externas, tarjetas de memoria o discos duros, en definitiva, los nuevos soportes de información y almacenaje).

En estas resoluciones no solo se consideran dentro del ámbito de protección del secreto profesional los materiales sino, aún más, los lugares de trabajo, la residencia, o incluso los vehículos y unidades móviles de los informadores, apreciando injerencia en los derechos garantizados por el art. 10, apartado 1 del Convenio cuando los registros domiciliarios y de los locales profesionales fueron indiscriminados, o no gozaron de las debidas garantías también para el secreto profesional.

Abundando en esta ampliación, se matiza incluso que la ausencia de resultado de dichas diligencias por no haber podido obtener la información buscada no le priva de objeto ni sana la conducta. Recientemente, en la ya citada sentencia *Nagla c. Latvia*, de 16 de julio de 2013 (como anteriormente hiciera en *Röemen y Schmit c. Luxemburgo*, 2003) el Tribunal pone de manifiesto que los registros o intervenciones de la policía y aún los ordenados por la autoridad judicial, cuando van dirigidos a desvelar la identidad de las fuentes «constituyen un acto más grave que el propio requerimiento judicial al periodista para que lo haga». Por ello señala que las limitaciones a la confidencialidad de las fuentes periodísticas reclaman el mayor cuidado en el escrutinio por el Tribunal acerca de la consideración de si las razones que motivan las diligencias de registro son «razonables» y «suficientes» para justificar la limitación del derecho al secreto profesional.

Respecto de los límites del secreto profesional, es decir, los supuestos en los que no opera, en el caso examinado se hace especial énfasis en la eventual eficacia del secreto en el supuesto de las filtraciones periodísticas. Particularmente se refiere y adopta el criterio de la STEDH *Stoll c. Suiza I*, de 25 de abril de 2006.

Esta sentencia (y la posterior STEDH *Stoll c. Suiza II*, de 10 de diciembre de 2007) abordan la cuestión de la legitimidad de la publicación de diversos artículos periodísticos elaborados sobre la base de un documento diplomático interno clasificado como «reservado», transcribiendo parcialmente algunos de sus contenidos. En este caso no queda acreditado que el periodista haya tenido ninguna intervención en la filtración.

En realidad estas sentencias no se detienen en la cuestión del secreto profesional. Lo relevante aquí no es que el periodista no revele quién filtró la información, sino que esa información tenía carácter secreto o «reservado». Sobre este dato, el Tribunal aporta unos interesantes criterios que, a la postre, pueden servir en la práctica para corregir en parte el fenómeno de la filtración.

Resulta también de interés la referencia a que el hecho de que la divulgación de la información sobre una materia esté legalmente prohibida y que dicha limitación sea conforme con el *art. 10-2 CEDH* (que prevé como límite al derecho a la información la protección de la seguridad nacional) no implica que el periodista esté obligado a identificar al autor de la filtración, «pues no se pueden confundir los límites a la libertad de información con los límites al secreto profesional de los periodistas». Esta resolución recuerda también que «corresponde en primer lugar a los Estados organizar sus servicios y formar a sus agentes de manera que ningún dato confidencial o secreto se divulgue».

En relación con el requisito de la veracidad, resulta de interés la doctrina del Tribunal adoptada en la sentencia *Cumpână y Mazâré*, de 17 de diciembre de 2004 (aunque en este caso no se plantea la cuestión del secreto profesional de los periodistas más que de modo colateral, y de forma puntual) y después reiterado en la *STEDH Stângu y Scutelnicu c. Rumania*, de 31 de enero de 2006 (si bien, en esta ocasión, sí hubo alegación expresa del secreto profesional como causa de no poder probar totalmente la veracidad de los hechos).

En *Cumpână y Mazâré* se aborda un supuesto de condena a dos periodistas por delitos de injuria y calumnia por la emisión de expresiones críticas presuntamente ofensivas, así como por la atribución de hechos fundada (entre otras fuentes) en un informe del Tribunal de Cuentas que se hizo público un mes después del artículo periodístico.

Aunque los periodistas nunca alegaron expresamente el secreto profesional en relación con la prueba de la veracidad de sus afirmaciones, sí manifestaron ante la Corte de Estrasburgo que si no proporcionaron el informe del Tribunal de Cuentas como base de la acusación de estafa que realizaban en su artículo periodístico, ello se debió a «su deseo de no perjudicar a sus fuentes».

En el caso El Tribunal reitera los argumentos anteriormente utilizados en *Cumpână y Mazâré* acerca del importante papel que la prensa juega en una sociedad democrática, y recuerda que no se pueden traspasar ciertos límites, como los referentes a la protección de la reputación y los derechos de los demás, así como a la necesidad de impedir la divulgación de informaciones confidenciales<sup>28</sup>. También, como en dicha sentencia, reitera que el deber de

<sup>28</sup> *Cfr. STEDH Stângu y Scutelnicu c. Rumania*, de 31 de enero de 2006, § 4.

los demandantes de proporcionar una base factual sólida para las acusaciones enjuiciadas no implica la obligación de desvelar los nombres de las personas que habían facilitado dichas informaciones en las que se fundaban para redactar su artículo<sup>29</sup>.

Ciertamente los criterios sentados por el Tribunal no se limitan a los señalados sino que, en su ya numerosa jurisprudencia, ha venido adoptando soluciones en función de la variada casuística que se le ha presentado. Sin duda, la más rica se refiere a los criterios de ponderación en los casos en que el secreto profesional colisiona con otros intereses relevantes. No obstante, la heterogeneidad de criterios de los diferentes ordenamientos nacionales, sobre todo cuando se trata de la protección de información pública, dificulta la labor interpretativa y en último extremo, la posibilidad de su adopción de manera uniforme.

#### 4. BIBLIOGRAFÍA

- CARRILLO, M., *La cláusula de conciencia y el secreto profesional de los periodistas*, Generalitat de Catalunya, Centre d'Investigació de la Comunicació, Cuadernos Civitas, Civitas, Madrid, 1993.
- FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, A., *El secreto profesional de los informadores*, Tecnos, Madrid, 1990.
- LAZCANO BRÓTONS, I., *El secreto profesional en el periodismo*, Lete Argitaletxea, Bilbao, 2007.
- MORETÓN TOQUERO, A., *El secreto profesional de los periodistas: de deber ético a Derecho fundamental*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012.
- OTERO GONZÁLEZ, M.<sup>a</sup> P., *Justicia y secreto profesional*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001.
- VILLANUEVA, E., *El secreto profesional del periodista. Concepto y regulación jurídica en el mundo*, Fragua, Madrid, 1998.

*TITLE: The protection of information sources: integration of Spanish model with ECHR jurisprudence.*

*RESUMEN: La protección de las fuentes es un elemento esencial en el ejercicio del periodismo, al servicio del flujo informativo. Este instrumento de protección ha recibido durante mucho tiempo una atención escasa desde el punto de vista jurídico y, sin embargo, con frecuencia los propios medios visibilizan episodios de alegación o controversia en relación con sus elementos constitutivos. En su momento, España fue pionera constitucionalizándolo como derecho fundamental en el art. 20.1 d) CE. Sin embar-*

<sup>29</sup> Cfr. STEDH *Stângu y Scutelnicu c. Rumania*, de 31 de enero de 2006, § 52.

*go, la ausencia del desarrollo legal previsto en la Constitución lo mantiene como una cuestión abierta en nuestro país.*

*Este vacío normativo, en la práctica se ha venido a llenar recurriendo a los criterios adoptados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su jurisprudencia sobre el art. 10 CEDH, que en la última década ha sido especialmente abundante y ha venido a actualizar y definir los elementos fundamentales de esta figura.*

*PALABRAS CLAVE: secreto profesional, fuentes informativas, libertad de información, derechos fundamentales, transparencia, estatuto profesional.*

*ABSTRACT: The protection of sources is an essential element in the practice of journalism in the service of information flow. This instrument of protection has long been scant attention from the legal point of view; however, the media themselves often make visible episodes of claim or controversy regarding its components. At the time, Spain was a pioneer by including it as a fundamental right in Art. 20.1 d) EC. However, the absence of legal development under the Constitution as it remains an open question in our country. This regulatory vacuum has filled in practice using the criteria adopted by the European Court of Human Rights in its case law on Art. 10 ECHR, which in the last decade has been particularly generous and has come to update and define the key elements of this figure.*

*KEYWORDS: reporter's privilege, information sources, freedom of the press, fundamental rights, transparency, journalist's statute.*

*RECIBIDO: 09.11.2014*

*ACEPTADO: 26.11.2014*



# Estudios



# LOS DERECHOS POLÍTICOS DE LOS MIEMBROS DE LAS FUERZAS ARMADAS A LA LUZ DEL PRINCIPIO DE NEUTRALIDAD POLÍTICA

Ignacio Álvarez Rodríguez<sup>1</sup>

---

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL RECONOCIMIENTO DE DERECHOS POLÍTICOS A LOS MIEMBROS DE LAS FUERZAS ARMADAS. 3. LA REGULACIÓN LEGAL DE LOS DERECHOS POLÍTICOS DE LOS MIEMBROS DE LAS FUERZAS ARMADAS. 3.1. *El antecedente del antecedente: el Real Decreto-ley 10/1977, de 8 de febrero, por el que se regula el ejercicio de actividades políticas y sindicales por parte de los componentes de las Fuerzas Armadas.* 3.2. *El antecedente inmediato: la Ley 65/1978, de 28 de diciembre, de Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas.* 3.3. *El marco jurídico actual: La Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas.* 4. LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL RELATIVA A LOS DERECHOS POLÍTICOS DE LOS MIEMBROS DE LAS FUERZAS ARMADAS. 4.1. *Jurisprudencia constitucional sobre libertad de expresión.* 4.2. *Jurisprudencia constitucional sobre libertad de asociación.* 5. EL PRINCIPIO DE NEUTRALIDAD POLÍTICA COMO LÍMITE A LOS DERECHOS POLÍTICOS DE LOS MIEMBROS DE LAS FUERZAS ARMADAS. 5.1. *El deber de neutralidad política como una realidad en el Derecho Comparado.* 5.2. *El deber de neu-*

---

<sup>1</sup> El autor de estas líneas desea agradecer la inestimable ayuda que ha tenido para elaborar el presente artículo, tanto desde el ámbito civil como desde el militar. Vaya desde aquí, por ello, un sincero agradecimiento a D. Ignacio Torres Muro, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Complutense de Madrid y Letrado en excedencia del Tribunal Constitucional; a D. Luis Gálvez Muñoz, Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Murcia; a D. Andrés Dolón Payán, Coronel del Cuerpo General del Ejército del Aire; y a D. Tomás Buades González, Teniente Coronel del Cuerpo Jurídico Militar. El agradecimiento es extensible al personal de la Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad de Murcia, así como al personal civil y militar de la Biblioteca de la Academia General del Aire de San Javier. Huelga decir que todas las reflexiones, errores y omisiones que contiene el presente texto son de exclusiva responsabilidad del arriba firmante.

*tralidad política como límite permitido por la legislación internacional. 5.3. El deber de neutralidad política como una exigencia derivada de las funciones atribuidas a las Fuerzas Armadas. 6. CONCLUSIÓN.*

## 1. INTRODUCCIÓN

El objetivo de las siguientes líneas es estudiar algunos aspectos del régimen jurídico de los derechos políticos de nuestros militares. Es sabido que en fechas no lejanas entró en vigor la *Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de Derechos y Deberes de los Miembros de las Fuerzas Armadas*, norma que trajo una nueva regulación que, a tenor de su contenido y tal y como se pretende exponer más adelante, no se antoja especialmente novedosa. La misma ha reglado los derechos políticos de los militares españoles al calor de un postulado –el principio de neutralidad política– que ha atravesado todos y cada uno de ellos, con las consiguientes restricciones en su ejercicio.

Para llevar a cabo tal cometido se repasará cómo se ha venido regulando la cuestión en nuestro país, así como el juicio que algunos aspectos de la misma han merecido al Tribunal Constitucional; posteriormente se harán algunas consideraciones sobre dicho régimen, centradas a su vez en cuestiones relacionadas con el Derecho Comparado, con el Derecho Internacional –especialmente con el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos– así como con las exigencias que plantea el principio arriba aludido desde una óptica puramente interna<sup>2</sup>.

## 2. EL RECONOCIMIENTO DE DERECHOS POLÍTICOS A LOS MIEMBROS DE LAS FUERZAS ARMADAS

No parece que desde el constitucionalismo democrático moderno sea objeto de debate el hecho de que todos los ciudadanos –incluso los extranjeros en buena parte de ordenamientos– sean titulares de los derechos individuales más elementales. Estos, que suelen llamarse *derechos fundamentales*, responden a una idea estructural como es la dignidad humana, que actúa de base inexcusable para su reconocimiento<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> A partir de ahora se emplearán las siguientes abreviaturas. Constitución Española, CE; Tribunal Constitucional; TC; Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional, LODN. Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, LOTC; Sentencia del Tribunal Constitucional, STC; Sentencias del Tribunal Constitucional, SSTC; Fundamento Jurídico, FJ; Fundamentos Jurídicos, FFJJ; Convenio Europeo de Derechos Humanos, CEDH; Tribunal Europeo de Derechos Humanos, TEDH; STEDH, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos; Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de Derechos y Deberes de los Militares, LODDMFAS; Fuerzas Armadas Españolas, FAS.

<sup>3</sup> Desde una perspectiva general, véase GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I., *Dignidad de la Persona y Derechos Fundamentales*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005; y OEHLING

Nuestra Constitución de 1978 se inserta en dicha tradición (*ex artículo 10 CE*)<sup>4</sup>, garantizando de forma amplia un conjunto de derechos fundamentales dentro de los cuales quedan incluidos los derechos políticos; derechos todos ellos íntimamente unidos a la propia esencia de la democracia<sup>5</sup>. En lo que hace a los segundos se alude a, cuanto menos, el derecho a la libre expresión (artículo 20 CE), a la libre participación política (derechos de sufragio activo y pasivo, artículo 23 CE; y derecho de petición, artículo 29 CE), a la libre reunión y manifestación (artículo 21 CE), y a la libre asociación (artículo 22 CE).

No obstante, el ejercicio de alguno de estos derechos aparece ya limitado en la Norma suprema para ciertas categorías de ciudadanos. Es, sin duda, el caso de los militares, quienes tienen restringidos *ex constitutione* el derecho de sufragio pasivo y el derecho de petición<sup>6</sup>. Fuera de tales supuestos, aquélla no establece ulteriores límites a los derechos políticos de los militares, por lo que el legislador, respetando las exigencias constitucionales propias, podría haberlos reconocido sin cortapisas. Se puede ya adelantar que eso no ha sido así históricamente; tampoco es el caso de la reciente regulación que de los mismos hizo la LODDMFAS.

Explicaciones doctrinales a esta tendencia se han dado varias, aunque todas ellas pueden incardinarse en torno a dos grandes ramas. Por un lado se ha hablado, y mucho, sobre la noción del *ciudadano en uniforme*, visión que privilegia un modelo de soldado que se implique en la vida política de su país, con pocas (pero necesarias) limitaciones<sup>7</sup>. Por otro lado destaca la que defien-

---

DE LOS REYES, A., *La Dignidad de la Persona*, Dykinson, Madrid, 2010. Desde el ámbito militar, véase MARTÍN RETORTILLO, L., «Algunas reflexiones sobre la situación jurídica del soldado», en RAMÍREZ JIMÉNEZ, M. (ed.); LÓPEZ RAMÓN, F. (dir.); FERNÁNDEZ LÓPEZ, J. (coord.), *La Función Militar en el Actual Ordenamiento Constitucional Español*, Trotta, Madrid, 1995, pp. 227 y ss.

<sup>4</sup> Vid. Díez Pícazo, L.M.<sup>a</sup>, *Sistema de Derechos Fundamentales*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2008 (2ª edición), pp. 70 y ss.

<sup>5</sup> Según Ferrajoli, lo que caracterizaría a una democracia auténtica a día de hoy, además de la participación del pueblo en los asuntos políticos, es el reconocimiento y garantía de tales derechos. Vid. Ferrajoli, L., *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*. Trotta, Madrid, 2011, *pássim*.

<sup>6</sup> El primero aparece limitado en el artículo 70 1. e) CE, donde se dirá que: «La ley electoral determinará las causas de inelegibilidad e incompatibilidad de los Diputados y Senadores, que comprenderán, en todo caso: (...) A los militares profesionales (...) en activo». El segundo se limita en el artículo 29.2 CE, precepto que reza así: «Los miembros de las Fuerzas o Institutos armados o de los Cuerpos sometidos a disciplina militar podrán ejercer este derecho sólo individualmente y con arreglo a lo dispuesto en su legislación específica».

<sup>7</sup> La noción del *ciudadano en uniforme*, proveniente de Alemania, considera que el aislamiento al que quedaban sometidos los soldados no consiguió integrarlos en el sistema, al que veían ajeno y extraño. Aun con las cautelas propias que impone la complejidad del caso alemán, parece que esa pudo ser una de las razones que condujo a que las Fuerzas Armadas alemanas fueran contra el *modelo weimariano*. Vid. Stein, T., «Rol de las Fuer-

de que la relación del militar profesional es una *relación de sujeción especial*, de la que derivan especiales cargas y deberes para el empleado<sup>8</sup>. Aunque esta noción dista de concitar la unanimidad doctrinal, lo que todos parecen aceptar es que nos encontramos ante funcionarios públicos cualificados que requieren, por mor de su profesión y las exigencias que esta plantea, una regulación jurídica específica<sup>9</sup>. Lo que lleva a otra cuestión no menos interesante y que también irradia su fuerza en la materia; se habla de la doctrina de los *límites de los límites* de los derechos fundamentales, un conjunto de técnicas jurídicas que velan por adecuar las eventuales restricciones que se impongan al ejercicio de tales derechos<sup>10</sup>. Doctrina que también se ha dejado sentir y que obliga al legislador a ser especialmente cuidadoso a la hora de regularlos<sup>11</sup>.

### 3. LA REGULACIÓN LEGAL DE LOS DERECHOS POLÍTICOS DE LOS MIEMBROS DE LAS FUERZAS ARMADAS

Si se hace un repaso sosegado por nuestra Historia, se podrá observar cómo la relación entre política y Ejército no ha sido fácil<sup>12</sup>. Y no ha sido fácil

---

zas Armadas en el Orden Constitucional de Alemania», *Ius et Praxis*, vol. 8, núm. 1, 2002, pp. 1-10; y LAGUNA SANQUIRICO, F., «El Militar, Ciudadano de Uniforme (Deberes y derechos del soldado)», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 56, 1987, pp. 121-135.

<sup>8</sup> Desde la idiosincrasia de cada Estado, esta es la opción prevalente en Francia y en Italia. La noción ha tenido cierta recepción en España a nivel normativo, jurisprudencial y doctrinal. Vid. GÓMEZ MARTÍNEZ, R., *Derechos Fundamentales y Condición Militar*, Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2010, p. 91 y ss; PASCUA MATEO, F., *Fuerzas Armadas y Derechos Políticos*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2006, p. 73 y ss; y PEÑARRUBIA IZA, J.M.<sup>a</sup>, *Presupuestos Constitucionales de la Función Militar*, CEPC, Madrid, 2000, p. 89 y ss.

<sup>9</sup> No obstante, hay que señalar que esta categoría jurídica ha sido ampliamente discutida, sobre todo por su objetivo primigenio, cual era que la Administración sorteara cualquier control parlamentario, fuera directo o indirecto. Vid. GARCÍA MACHO, R., *Las Relaciones de Especial Sujeción en la Constitución Española*, Tecnos, Madrid, 1982; y LÓPEZ BENÍTEZ, M., *Naturaleza y presupuestos constitucionales de las relaciones especiales de sujeción*, Civitas, Madrid, 1994; recientemente, véase PRIETO ÁLVAREZ, T., «La encrucijada de las relaciones especiales de sujeción», *Revista de Administración Pública*, núm. 178, 2009, pp. 215-247.

<sup>10</sup> Por todos, véase PRESNO LINERA, M.A., «Los límites de los límites a los derechos fundamentales de los militares», *Boletín de Información*, núm. 278, 2003, pp. 69-96.

<sup>11</sup> Destacando el principio de *favor libertatis*, donde «la libertad es el principio y la limitación la excepción». Vid. MARTÍN RETORTILLO, L., «Algunas reflexiones sobre la situación jurídica del soldado», *op. cit.*, p. 231.

<sup>12</sup> Sobre esta cuestión puede verse PUELL DE LA VILLA, F., *Historia del Ejército en España*, Alianza Editorial, Madrid, 2005; y BARCELONA LLOP, J., «Profesionalismo, militarismo e ideología militar», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 51, 1986, pp. 127-161. En lo que hace a España, al acabar la Guerra Civil se dio especial pábulo a un conjunto de teorías que, de una u otra forma, insistían en la figura del *Ejército redentor*, Ejército que no sólo tenía como deber inexcusable salvar a la sociedad, sino ser la fuerza política que

quizá porque ha sido demasiado intensa, siendo muchas las veces que las FAS decidieron intervenir políticamente ante el cariz que tomaban unos acontecimientos cuyo devenir deseaban, cuanto menos, corregir<sup>13</sup>.

A lo mejor por eso, y entre otras razones, cuando nuestro país se enfrentó a su *momento transicional*, se quiso privilegiar una absoluta neutralidad política de los miembros de las FAS respecto al proceso que vendría a nacer<sup>14</sup>. Ese

---

mantuviera las esencias estatales, conservara el orden interno y, en suma, controlara al poder civil. Uno de los precursores de esta visión fue OEHLING, H., *La Función Política del Ejército*, IEP, Madrid, 1967. En sentido muy similar, véase GARCÍA ARIAS, L., «Las Fuerzas Armadas en la Ley Orgánica del Estado», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 152, 1967, pp. 137-156. Sobre estos debates puede verse LÓPEZ RAMÓN, F., *La Caracterización Jurídica de las Fuerzas Armadas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1987, p. 216 y ss; y COTINO HUESO, L., *El Modelo Constitucional de Fuerzas Armadas*, CEPC, Madrid, 2002, pp. 351 y ss.

<sup>13</sup> La Historia de España está jalonada de intervenciones militares en política, desde las presiones verbales más sutiles y difusas hasta los cruentos Golpes de Estado. Un estudio en profundidad de estos avatares puede verse en FERNÁNDEZ LÓPEZ, J., *Militares contra el Estado*, Taurus, Madrid, 2003. Un ejemplo de esto también sería el de la *Unión Militar Democrática* (UMD), organización necesariamente clandestina que actuó entre 1974 y 1977 con el objetivo de derrocar al franquismo mediante la reivindicación democrática. Los diversos documentos fundacionales así lo acreditan. Por ejemplo el *Ideario*, donde se explicitan diferentes «Objetivos Nacionales» tales como «(...) el restablecimiento pleno de los Derechos del Hombre y de las libertades democráticas»; realizar las «(...) reformas de tipo socioeconómico conducentes a igualar la distribución de la riqueza (...)»; el «reconocimiento en todos los organismos territoriales e institucionales del derecho a elegir democráticamente a sus autoridades y darles la forma de gobierno y organización que juzguen más adecuada (...)»; «(...) combatir con la máxima energía la corrupción, propiciada por el Régimen (...)»; y «(...) la convocatoria de una Asamblea Constituyente elegida democráticamente (...)». El documento, así como el resto de escritos que legó la Unión, pueden verse en la tesis doctoral elaborada por GÓMEZ ROSA, F., *La Unión Militar Democrática en la Transición Política*, UCM, Madrid, 2007, pp. 599 y ss (el texto se ha leído aquí: <<http://www.eprints.ucm.es/7700/1/T29997.pdf>>, el 18 de junio de 2014). El mismo autor ha publicado una versión reciente de la misma. Véase *Los militares olvidados por la democracia*, vive Libro, Madrid, 2013. Sobre el tema puede verse, entre otros, BUSQUETS, J., *Militares y Demócratas*, Plaza&Janés, Barcelona, 1999; y FERNÁNDEZ LÓPEZ, J., *UMD: Militares contra Franco. Historia de la Unión Militar Democrática*, Mira Editores, Zaragoza, 2002.

<sup>14</sup> Lo cierto es que ese periodo se caracterizó por las concesiones mutuas. En el caso de los Ejércitos estas, vistas con la perspectiva que da el paso del tiempo, no fueron pocas. A lo largo del régimen franquista aquéllos habían participado activamente en la gobernanza del Estado desde diferentes altos órganos, cargos y puestos de la Administración (civil y militar), hasta el punto de que algún autor los consideraba la «cantera política» del franquismo. A ello debe sumarse que el estamento castrense aceptaba con suma naturalidad el hecho de que las Fuerzas Armadas no quedasen sujetas a un principio que a día de hoy está fuera de discusión, como es su pleno sometimiento a la autoridad civil. *Vid* BUSQUETS, J., *El Militar de Carrera en España*, Ariel, Barcelona, 1984; BAÑÓN MARTÍNEZ, R., Y OLMEDA GÓMEZ, J., «Las Fuerzas Armadas en España: Institucionalización y Proceso de

deseo de mantener la neutralidad política se ha hecho mediante diferentes medios normativos, manteniéndose en el tiempo hasta llegar a nuestros días.

### 3.1. *El antecedente del antecedente: el Real Decreto-ley 10/1977, de 8 de febrero, por el que se regula el ejercicio de actividades políticas y sindicales por parte de los componentes de las Fuerzas Armadas*

Hija de su tiempo en todos los sentidos, esta norma con rango legal podría ser un buen reflejo de lo que se dijo más arriba. La restricción de los derechos políticos de los militares era, con la misma en la mano, casi absoluta<sup>15</sup>. Desde una concepción marcadamente tutelar –el Ejército como garante del sistema político en su conjunto– el Preámbulo de la norma no dejaba lugar a dudas<sup>16</sup>. El artículo primero ejecutaba tales dictados, optando directamente por prohibir todo ejercicio de actividades políticas y/o sindicales dentro de cualquier dependencia militar<sup>17</sup>. A mayor abundamiento, en el artículo segundo se

---

Cambio», en BAÑÓN MARTÍNEZ, R., y OLMEDA GÓMEZ, J., *La Institución Militar en el Estado Contemporáneo*, Alianza Editorial, Madrid, 1985, pp. 270-325; y OLMEDA GÓMEZ, J.A., *Las Fuerzas Armadas en el Estado Franquista*, Ediciones El Arquero, Madrid, 1988; recientemente, MARTÍN VILLA, R., «Claves de la Transición», *Discurso de Recepción en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, 26 de noviembre de 2013 (el texto se ha leído aquí: <<http://www.racmyp.es/docs/discursos/D86.pdf>>, el 22 de mayo de 2014); y AZNAR FERNÁNDEZ-MONTESINOS, F., «Militares en la España de hoy», *Claves de Razón Práctica*, núm. 229, 2013, p. 8 y ss.

<sup>15</sup> Vid. CASADO BURBANO, P., «La Despolitización de los Militares Profesionales en la España Democrática», en BAÑÓN MARTÍNEZ, R. y OLMEDA GÓMEZ, J., *Fuerzas Armadas y Sociedad*, II Jornadas de Sociología de la Asociación Castellana de Sociología, Madrid, 1983, p. 12 y ss.

<sup>16</sup> «(...) Son, pues, las Fuerzas Armadas una Institución sustantiva fundamental en el orden de la sociedad, cimiento y garantía del Estado, de su supervivencia y de su vida, es decir, del orden institucional y de la actividad política. La naturaleza de su misión está más allá de las opciones políticas concretas. Las Fuerzas Armadas están directa y entrañablemente unidas al pueblo, del que nacen, y a sus instituciones fundamentales y son depositarias de su confianza y seguridad, polarizando su atención en la custodia de lo que es consustancial con la existencia misma de la Patria. Las Fuerzas Armadas no son, pues, ajenas a la política en su más fundamental acepción, es decir, a aquellas actividades orientadas a defender un orden que asegure el interés general de la Nación. Por ello, serenamente conscientes de su capacidad política potencial, las Fuerzas Armadas y sus miembros tienen el deber de mantenerse unidos para el mejor cumplimiento de su elevada misión cuando sus obligaciones constitucionales así lo exijan. Este deber impone a todos los componentes de las Fuerzas Armadas el debido respeto a cualquier opción política de las que tienen cabida en el orden institucional, sin que les sea lícito, en consecuencia, participar ni mostrar públicamente su preferencia por cualquiera de ellas (...).»

<sup>17</sup> «Quedan prohibidas las actividades políticas o sindicales dentro de los recintos, establecimientos, buques y aeronaves de las Fuerzas Armadas».



concretaba qué derechos acrecían a los militares, quedando sólo salvada la posibilidad de ejercer el derecho de sufragio activo<sup>18</sup>. El resto de libertades a las que hemos hecho referencia más arriba –y otras– sólo podrían ser ejercidas, con carácter general y siguiendo el artículo quinto, si se solicitaba y obtenía el pase a la situación de *retirado*<sup>19</sup>. Dicho con otras palabras: en la práctica, pesaba mucho el uniforme y muy poco la condición de ciudadano.

Una voz autorizada en la materia, el Teniente General y Vicepresidente primero del Gobierno para Asuntos de la Defensa D. Manuel Gutiérrez Mellado, razonó algunos pormenores de dicha ordenación. La idea que subyacía a la misma, según dijo, era intentar consolidar a los Ejércitos como un bloque que «ha de ser invulnerable a cualquier intento de desunión». A su vez, no negaba la posibilidad de que cualquier soldado pudiera tener sus propias ideas («aisladamente»), pero el hecho de pertenecer a la institución exigía sacrificios especiales. Dicho con sus palabras: «(...) mientras llevemos nuestro uniforme e invoquemos nuestra condición de militar, debemos olvidarnos de toda causa política partidista, tanto en nuestros cuarteles, bases aéreas, arsenales y buques, como en nuestras reuniones y manifestaciones públicas –orales o escritas– sin que nos sea lícito afiliarnos, colaborar o prestar apoyo a ningún tipo de organización política o sindical, salvo el derecho a emitir nuestro voto electoral»<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> «Quienes con carácter profesional formen parte de las Fuerzas Armadas, cualquiera que sea su empleo y situación, no podrán, salvo lo establecido en el artículo quinto: Uno. Estar afiliados, colaborar o prestar apoyo a ningún tipo de organización política o sindical, salvo el derecho de sufragio activo. Dos. Expresar públicamente, en cualquier forma, opiniones de carácter político o sindical, en relación con las distintas opciones de partido, grupo, asociación u organización. Tres. Asistir a reuniones públicas de carácter político o sindical organizadas o promovidas por partidos, grupos o asociaciones de igual carácter. Asistir de uniforme o haciendo uso de su condición de militar a cualesquiera otras reuniones públicas de carácter político o sindical. Cuatro. Ejercer cargos públicos o aceptar candidaturas para los mismos cuando sean electivos y tengan carácter político o sindical. Cinco. Aceptar y ejercer cargos públicos de designación directa, salvo los de la administración militar o que sean propios de su condición militar y los que se determinan en el artículo tercero».

<sup>19</sup> «Para poder ejercer las actividades que se mencionan en el artículo segundo, el personal al que el mismo se refiere deberá: Uno. Solicitar y obtener el pase a la situación de «retirado», con los derechos pasivos y asistenciales que le correspondan, si se trata de Jefes, Oficiales, Suboficiales y clases profesionales. Dos. Solicitar y obtener, si se trata de Oficiales Generales, el pase definitivo a «situación especial» que, con el exclusivo fin de posibilitarles el ejercicio de las mencionadas actividades, se crea por el presente Real Decreto-ley. – Los que voluntariamente se acogieran a esta «situación especial», a la que se puede acceder desde cualquier otra de las existentes en el generalato, tendrán los mismos derechos económicos y asistenciales que pudieran corresponderle en la situación de reserva. – A los demás efectos, incluso los jurisdiccionales, la «situación especial» queda equiparada a la de «retirado». Tres. No hacer uso del uniforme ni hacer valer su condición o jerarquía militar en el ejercicio de aquellas actividades».

<sup>20</sup> GUTIÉRREZ MELLADO, M., «Líneas maestras de la política militar», *Discurso pronunciado en la Capitanía General de Sevilla*, 7 de febrero de 1977. El texto puede consul-

Por lo demás, tampoco cabe eludir el momento histórico que encerraba *el otro* momento histórico: se iban a celebrar las primeras elecciones libres y verdaderamente democráticas después de casi cuarenta años. Con ello se quiere decir que esta norma, a priori muy poco adecuada a los derechos fundamentales que la Constitución vino a reconocer de forma sumamente generosa muy poco tiempo después, cumplió una importante función para el conjunto del pueblo español: garantizar la posibilidad de que ejerciera en libertad su derecho a elegir los representantes que estimase oportuno, sin interferencias de ningún sector; especialmente las que pudieran provenir del estamento militar<sup>21</sup>.

### 3.2. *El antecedente inmediato: la Ley 65/1978, de 28 de diciembre, de Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas*

Andando bien poco en el tiempo, se promulgaron las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas, con el revestimiento de rango legal ordinario<sup>22</sup>. En

tarse aquí: <[http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:IUGM-DocGGM-19770202&dsID=Transcripcion\\_del\\_documento.pdf](http://e-spacio.uned.es/fez/eserv.php?pid=bibliuned:IUGM-DocGGM-19770202&dsID=Transcripcion_del_documento.pdf)>. Leído el 4 de mayo de 2014.

<sup>21</sup> Es sabido que existen en nuestro país voces que sostienen que el proceso transicional en España estuvo vigilado muy de cerca por el Ejército. Vid. CAPELLA, J-R., «La Constitución tácita», en CAPELLA, J-R. (ed.), *Las Sombras del Sistema Constitucional Español*, Trotta, Madrid, 2003, p. 33 y ss. Pero la realidad más o menos actual del sistema político español no resiste dicha afirmación a juicio de otros expertos, para quienes «(...) nuestra democracia no es una democracia gobernada ni, menos aún, vigilada, es una democracia gobernante y abierta (...)». Vid. HERRERO DE MIÑÓN, M., «Sobre el artículo 8 de la Constitución», *El País*, 23 de enero de 2006. Recientes testimonios atestiguan, no obstante, que estas cuestiones son algo más complejas de lo que a priori pueda pensarse. Así, el que fuera Presidente del Gobierno, D. José Luis Rodríguez Zapatero, parecía mostrar cierta sorpresa cuando se le interrogaba sobre «si las Fuerzas Armadas habían aceptado de buen grado la orden del Gobierno de retirarse de Irak». Mostrándose seguro de que la pregunta «no se hubiera trasladado a ninguno de los ejecutivos de los países de nuestro entorno», el ex Presidente defendía que «era 2004 y [nuestras Fuerzas Armadas] habían acreditado su profesionalidad en la defensa de los principios constitucionales desde hacía mucho tiempo, pero aún pesaba la histórica cuestión militar de nuestro país». Estas aseveraciones pueden verse en RODRÍGUEZ ZAPATERO, J.L., «Irak y la fuerza de la democracia», *El Mundo*, 21 de abril de 2014 (el artículo se ha leído aquí: <<http://www.elmundo.es/opinion/2014/04/20/535415bfca4741d56d8b4575.html>>. Acceso: 2 de mayo de 2014). Sea como fuere, de lo que caben pocas dudas es de que la CE puso las bases para solucionar el llamado «el problema militar». Vid. SUÁREZ PERTIERRA, G., «Veinticinco Años de Constitución y Fuerzas Armadas», *Revista de Derecho Político*, nº 58-59, 2003-2004, p. 97 y ss; y PÉREZ VILLALOBOS, M<sup>a</sup>.C., «La Configuración Constitucional de las Fuerzas Armadas», *Revista Española de Derecho Militar*, nº 78, 2001, p. 145 y ss.

<sup>22</sup> El origen de las Reales Ordenanzas data de 1768, año en el que fueron publicadas bajo el reinado de Carlos III. Su principal razón de ser era codificar y sistematizar el régimen del personal militar en sus diferentes aspectos, haciendo especial hincapié en los

ellas también se hizo una regulación individual de cada uno de los derechos referidos más arriba. La tónica general que planea sobre esta no es muy diferente de la que se ha explicitado líneas atrás: un significativo recelo a que el militar se convierta en un sujeto políticamente vivo y dinámico, más allá de que pueda ejercer, si así lo desea, el derecho al sufragio activo.

Es así como se deja para el final de la norma la regulación de los deberes y derechos de los militares (Tratado Tercero, Título V). Y dicha regulación comienza por recordar algo que casaría, peor o mejor, con lo que se dijo arriba: el militar es titular de derechos fundamentales (también políticos), pero verá seriamente restringido su ejercicio por exigencias derivadas de la profesión militar<sup>23</sup>. La restricción operaba a través de dos grandes mecanismos. De un lado, la imposición de límites severos a la hora de regular el marco de cada derecho individualmente considerado. De otro, reforzando el principio de neutralidad política, postulado que como luego se verá también tiene una relevante cuota de protagonismo en la actualidad.

Respecto a los primeros, destaca en primer término la libertad de expresión, libertad que quedaba sometida al régimen de autorización previa a la hora de ejercerla, en aras de proteger la seguridad nacional, así como para prevenir la utilización incorrecta de datos que sólo por razón del cargo y/o destino se hubieren conocido<sup>24</sup>. La libertad de reunión se restringe intensamente en lo que hace a una de sus principales expresiones, como es el derecho a manifestarse<sup>25</sup>. Por lo demás, aquellas reuniones que quisieran celebrarse dentro de dependencias militares debían contar con la autorización expresa de su jefe. Con todo y con eso, la norma no permitía que el militar participase, interna o externamente, en algunas modalidades de reunión que podríamos

---

principios éticos por los que debía regirse todo sujeto que integrase la carrera de las armas. Para profundizar en tales aspectos véase la «Introducción Histórica» que figura en las *Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas*, Talleres del Servicio Geográfico del Ejército, Madrid, 1979, pp. 9-15. La fuerza de la tradición y la más que probable utilidad de las mismas a la hora de vertebrar el factor humano dentro de las FAS ha conducido a que estas sigan vigentes, ahora con rango reglamentario y recogiendo las evoluciones propias en la materia, en el Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, por el que se aprueban las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas.

<sup>23</sup> Artículo 169: «El militar tiene los derechos civiles y políticos reconocidos en la Constitución, sin otras limitaciones que las impuestas por ella, por las disposiciones que la desarrollen y por estas Ordenanzas».

<sup>24</sup> Artículo 178: «El militar tiene derecho a la libertad de expresión, pero necesitará autorización previa para su ejercicio cuando trate cuestiones que pudieran perjudicar a la debida protección de la seguridad nacional o utilice datos que sólo pueda conocer por razón de su destino o cargo en las Fuerzas Armadas».

<sup>25</sup> Conviene tener presente que el derecho de reunión constitucionalmente reconocido sólo engloba un derecho –el de reunirse– que puede ejercitarse de forma estática (concentración, reunión) y/o de forma dinámica (manifestación propiamente dicha). Vid. Díez PICAZO, L.M.<sup>a</sup>, *Sistema de Derechos Fundamentales*, op. cit., p. 389 y ss.

denominar «sospechosas»<sup>26</sup>. Otro tanto podría decirse de la libertad de asociación, cuya directriz obedecía al espíritu comentado: se permite que participen en asociaciones en tanto en cuanto dichas asociaciones no tengan carácter sindical y/o «reivindicativo»<sup>27</sup>. En el otro lado de la balanza, se les reconocía sin ulteriores restricciones el derecho de sufragio activo<sup>28</sup>; y, como también venía siendo norma, el derecho de petición quedaba limitado al ejercicio individual del mismo, siguiendo las formalidades dictadas por aquélla<sup>29</sup>.

Respecto al segundo, creemos que la neutralidad política fue asegurada tanto directa como indirectamente. Es así como, partiendo de la base de que el militar debía respetar toda opción política legítima desde el punto de vista constitucional, se exigía del mismo un riguroso apartamiento de cualquier actividad de índole política<sup>30</sup>. Indirectamente, las Reales Ordenanzas también seguían preocupadas porque lo político no contaminase el desempeño de la

---

<sup>26</sup> Artículo 180: «Los militares podrán reunirse libremente para fines lícitos, en lugares públicos o privados, observando lo que, con carácter general o específico establezcan las disposiciones vigentes. En las unidades, buques y dependencias será imprescindible la autorización expresa de su jefe. En ningún caso podrán tomar parte en manifestaciones de tipo político, sindical o reivindicativo». Según algunos expertos, el tratamiento normativo era el correcto. Por decirlo con las palabras de uno de ellos, «(...) Si se quiere mantener la neutralidad de las Fuerzas Armadas, la asistencia de uniforme de los militares a las manifestaciones o reuniones de tipo político no parece precisamente una práctica que contribuya a reforzar la imagen de un Ejército al servicio de todos (...)». Vid. TORRES MUÑOZ, I., *El Derecho de Reunión y Manifestación*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 69 y 70.

<sup>27</sup> Artículo 181: «Los miembros de las Fuerzas Armadas, por cuyos intereses vela el Estado, no podrán participar en sindicatos y asociaciones con finalidad reivindicativa. Tampoco podrán condicionar, en ningún caso, el cumplimiento de sus cometidos a una mejor satisfacción de sus intereses personales o profesionales ni recurrir a ninguna de las formas directas o indirectas de huelga. Los militares podrán pertenecer a otras asociaciones legalmente autorizadas de carácter religioso, cultural, deportivo o social».

<sup>28</sup> Artículo 184: «Los mandos militares darán las debidas facilidades a los componentes de las Fuerzas Armadas para que puedan ejercer libremente su derecho a voto».

<sup>29</sup> Artículo 203: «Cualquier militar podrá dirigir propuestas a sus superiores haciéndolo individualmente y por conducto regular. Cuando sea autorizado para ello podrá recabar el parecer de sus compañeros para la consideración de posibles sugerencias, que habrán de ser presentadas por el más caracterizado. No se podrá solicitar ni conceder autorización para presentar reclamaciones o peticiones colectivas».

<sup>30</sup> Artículo 182: «Cualquier opción política o sindical de las que tienen cabida en el orden constitucional será respetada por los componentes de los Ejércitos. El militar deberá mantener su neutralidad no participando en actividades políticas o sindicales, ni tolerando aquellas que se refieren al ejercicio o divulgación de opciones concretas de partidos o grupos políticos o sindicales, dentro de los recintos militares. No podrá estar afiliado o colaborar en ningún tipo de organización política o sindical, asistir a sus reuniones ni expresar públicamente opiniones sobre ellas. Los militares no profesionales, durante el tiempo de prestación de su servicio en las Fuerzas Armadas, podrán mantener la afiliación que con anterioridad tuvieron, pero se abstendrán de realizar actividades políticas o sindicales».

profesión. Aseveración que se ejemplifica en los gravosos requisitos que se imponían a los Oficiales que decidieran seguir sirviendo a su país desde otro sector de la cosa pública<sup>31</sup>.

Sobre esta regulación han existido abundantes debates no exentos de polémica. Debates que han llegado hasta casi la actualidad, dado que el *nuevo* estatuto jurídico de los militares no llegó hasta el año 2011. No se descubre el Mediterráneo si se dice que todos ellos tuvieron que ver, de un modo u otro, con la repercusión jurídica que supuso la entrada en vigor de la Constitución. Esta afectaba, formal y materialmente, al régimen de derechos y libertades en general y, consecuentemente, al de los miembros de las FAS. Para algunos autores, aquélla debía ser la «correa de transmisión» que condujera a que los derechos fueran regulados adecuadamente<sup>32</sup>.

Una de esas polémicas ya fue apuntada al poco tiempo de aprobarse las Reales Ordenanzas vía ley ordinaria. Se dijo —y se siguió diciendo hasta fechas bastante cercanas— que las exigencias de los artículos 53 y 81.1 CE obligaban a regular la materia por ley orgánica, donde se respetase en todo caso el contenido esencial de cada uno de los derechos en liza<sup>33</sup>. Otra de ellas se interrogaba y se interroga sobre el posible efecto negativo que tales restricciones podían acabar produciendo entre los militares, haciéndoles refractarios a un sistema, el democrático, que nunca verían como propio porque este no les daba realmente cabida<sup>34</sup>.

<sup>31</sup> Artículo 211: «Todo militar que acepte ser designado para el desempeño de una función pública, se presente a elecciones para órganos representativos o participe de cualquier otro modo en la dirección de los asuntos públicos, pasará a la situación que señale la Ley, que determinará los efectos que por tal causa se deriven para su carrera».

<sup>32</sup> Así opinaban, entre otros, MORALES VILLANUEVA, A., «Derechos y libertades del militar profesional», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 37, 1984, pp. 89-109; y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, S., «Limitación a los derechos fundamentales de la Constitución en relación con las Fuerzas Armadas», en RAMÍREZ JIMÉNEZ, M. (ed.), LÓPEZ RAMÓN, F. (dir.), FERNÁNDEZ LÓPEZ, J. (coord.), *La Función Militar en el Actual Ordenamiento Constitucional Español*, *op. cit.*, pp. 603-616; y GUAITA MARTORELL, A., «Los derechos fundamentales de los militares», en GÓMEZ FERRER-MORANT, R. (coord.), *Libro Homenaje al Profesor José Luis Villar Palasi*, Civitas, Madrid, 1989, p. 581.

<sup>33</sup> En ese sentido, véase MARTÍNEZ MARTÍNEZ, S., «Limitación a los derechos fundamentales de la Constitución en relación con las Fuerzas Armadas», *op. cit.* pp. 605 y ss; MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R., «Las Reales Ordenanzas. ¿Una norma inconstitucional?», en RAMÍREZ JIMÉNEZ, M. (ed.), LÓPEZ RAMÓN, F. (dir.); FERNÁNDEZ LÓPEZ, J. (coord.), *La Función Militar en el Actual Ordenamiento Constitucional Español*, *op. cit.*, pp. 501-512; BLANCO VALDÉS, R., *La Ordenación Constitucional de la Defensa*, Tecnos, Madrid, 1988, p. 92 y ss; BLANQUER CRIADO, D., *Ciudadano y Soldado. La Constitución y el Servicio Militar*, Civitas, Madrid, 1996, p. 500 y ss; y PRESNO LINERA, M.A., «Los límites de los límites a los derechos fundamentales de los militares», *op. cit. pássim*.

<sup>34</sup> *Vid.* BUIZA CORTÉS, T., «Los militares y el derecho de participación política», en PRIETO, L. y BRUQUETAS, C. (eds.), *Libertades Públicas y Fuerzas Armadas*, Ministerio de

Aunque las dudas no son pocas, todos los autores son plenamente conscientes –especialmente los que pertenecen a la carrera de las armas, aunque no sólo– que un Ejército no funcionaría si no se preservan algunos valores básicos intrínsecamente unidos a la institución, tales como la jerarquía, la disciplina, la unidad y –cuestión que nos interesa especialmente– la neutralidad política<sup>35</sup>. Al lector no se le escapará que el necesario correlato de dicha visión es la restricción de los diferentes derechos fundamentales de los militares<sup>36</sup>. Se abría así una de las principales líneas de investigación que ha concitado la atención normativa, jurisprudencial y doctrinal, como es la que intenta dar respuesta a la siguiente pregunta: ¿cómo conseguir conjugar tales valores castrenses con la normatividad y eficacia de una Constitución tan preocupada por hacer realidad los derechos fundamentales?

### 3.3. *El marco jurídico actual: La Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas*

Ese nuevo régimen al que aludíamos antes no se basa en postulados diferentes. La norma de 2011 también se preocupa por intentar conjugar los valores y bienes en juego a los que se acaba de hacer referencia. Veamos.

Ya en el Preámbulo el legislador dirá que «(...) los miembros de las Fuerzas Armadas gozan de los derechos fundamentales y libertades públicas de aplicación general a todos los ciudadanos y las limitaciones para su ejercicio deben ser proporcionadas y respetuosas con su contenido esencial. [Las limitaciones] se deben establecer con el objetivo de que las Fuerzas Armadas, manteniendo sus características de disciplina, jerarquía y unidad y el princi-

---

Educación y Ciencia-Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1986, pp. 369-389; y CASADO BURBANO, P., «La Despolitización de los Militares Profesionales en la España Democrática», *op. cit.*, p. 15.

<sup>35</sup> Sobre el contenido y exigencias de los dos primeros puede verse NEVADO-BATALLA MORENO, P., «Singularidades y perspectivas sobre el régimen disciplinario militar», *Documentos de Seguridad y Defensa*, núm. 34, 2010, CESEDEN, Madrid, pp. 47-55. Desde una perspectiva puramente castrense, algunos autores sostienen que, en la actualidad, tales valores se cumplen en el Ejército español. *Vid.* MUÑOZ-GRANDES GALLEA, A., «Los Ejércitos ante la crisis. Capacidad de adaptación, firmeza de valores», *Discurso pronunciado en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, 9 de abril de 2013 (se puede ver aquí: <<http://www.racmyp.es/intervenciones/INTERVENCIONES.CFM?i=1460&t=2>>. Consultado el 2 de mayo de 2014).

<sup>36</sup> Desde una perspectiva aperturista, por todos, véase PRESNO LINERA, M.A., «Los límites de los límites a los derechos fundamentales de los militares», *op. cit.*, p. 71 y ss. Desde una posición marcadamente institucional, así lo observa FERNÁNDEZ-FLORES, J.L., «Los fundamentos del orden jurídico militar en el estado social y democrático de derecho», en PRIETO, L. y BRUQUETAS, C. (eds.), *op. cit.*, p. 267 y ss.

pio de neutralidad, estén en condiciones de responder a las exigencias en el ámbito de la seguridad y la defensa nacional (...)).».

Esto supone dos cosas, que aun obvias merecen ser recordadas. Por un lado, que nuestros soldados son titulares de los derechos fundamentales que la Constitución establece (va de suyo que en los términos que esta establece). Por otro, que tales derechos, y en concreto los derechos políticos, se verán seriamente limitados para salvaguardar la eficacia de los Ejércitos en los ámbitos de acción que les son propios<sup>37</sup>.

A la hora de establecer dicho estatuto jurídico, el legislador creyó oportuno establecer como p<sup>o</sup>rtico el *principio de neutralidad política y sindical*. Este se concreta, de nuevo, en una prohibición lindando con lo absoluto: en lo que aquí interesa, significa que al militar se le impide fundar y/o afiliarse a partidos políticos, debiendo observar una estricta neutralidad pública para con toda actividad que los mismos realicen<sup>38</sup>.

Dicho postulado atraviesa las libertades señaladas, hasta el punto de que los límites establecidos al efecto se han visto reforzados. La libertad de expresión es buen ejemplo de ello, puesto que queda sometida a las necesidades

---

<sup>37</sup> Artículo 1: «Esta ley orgánica regula el ejercicio por los miembros de las Fuerzas Armadas de los derechos fundamentales y libertades públicas establecidos en la Constitución, con las peculiaridades derivadas de su estatuto y condición de militar y de las exigencias de la seguridad y defensa nacional (...)).». Artículo 3: «Los miembros de las Fuerzas Armadas son titulares de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en la Constitución, sin otros límites en su ejercicio que los establecidos en la propia Constitución, en las disposiciones que la desarrollan, en esta ley orgánica y en las leyes orgánicas penales y disciplinarias militares».

<sup>38</sup> Artículo 7: «1. El militar está sujeto al deber de neutralidad política. No podrá fundar ni afiliarse a partidos políticos y mantendrá una estricta neutralidad pública en relación con la actuación de los partidos políticos. 2. El militar no podrá ejercer el derecho de sindicación y, en consecuencia, no podrá fundar ni afiliarse a sindicatos ni realizar actividades sindicales. Tampoco permitirá su ejercicio en el ámbito de las Fuerzas Armadas, salvo las que para el personal civil se contemplan en la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical y demás legislación aplicable. En todo caso mantendrá su neutralidad en relación con la actuación de los sindicatos. Los miembros de las Fuerzas Armadas no podrán recurrir a los medios propios de la acción sindical, entendida como negociación colectiva, adopción de medidas de conflicto colectivo y ejercicio del derecho de huelga. Tampoco podrán realizar acciones sustitutivas o similares a este derecho, ni aquellas otras concertadas con el fin de alterar el normal funcionamiento de las unidades de las Fuerzas Armadas». Es importante acotar qué encierra tal deber, tal y ha podido verse en la polémica sobre la imposibilidad de que los militares participen en las elecciones primarias del PSOE. Aunque reconociendo que quizá es un «no problema», el profesor FLORES entendía que tal concurso, en caso de haberse producido, no habría cuestionado el principio de neutralidad política por, entre otros motivos, no ser estrictamente un acto de colaboración con dicha formación. *Vid.* FLORES, F., «¿Pueden los militares votar en las primarias?», *Al Revés y al Derecho*, 26 de marzo de 2014 (<<http://alrevesyalderecho.infolibre.es/?tag=primarias>>. Consultado el 20 de abril de 2014).

impuestas por la salvaguarda de la seguridad y defensa nacional, el deber de respeto, así como debido a la dignidad de personas, instituciones y poderes públicos. Aun es más: se hace valer el principio de neutralidad cuando el militar esté ejerciendo su derecho a expresarse libremente, por cuanto se le veda formular cualquier tipo de pronunciamiento público referente a partidos y asociaciones políticas, así como respecto a cargos públicos, consultas y procesos electorales, referendos y similares. Por si ello fuera poco, y cuando se trate de asuntos relacionados con el servicio, el ejercicio de este derecho queda supeditado a lo que imponga la disciplina militar<sup>39</sup>.

El derecho de reunión se ha regulado de forma similar a como se venía haciendo<sup>40</sup>; esto es, sin mucho margen de acción para el soldado. Así, en principio goza de este derecho conforme aparece regulado en la legislación específica. Pero deberá tener en cuenta que no podrá acudir a reuniones o manifestaciones de carácter político (o sindical), ni tampoco vestir el uniforme o emplear su condición de militar para participar en cualesquiera actos públicos de corte político. Retomando el espíritu y la letra de normas pasadas, toda reunión a celebrar en dependencia militar deberá contar con autorización expresa y previa del jefe de turno, aunque en este caso se añade que podrá denegarlas motivando tal decisión en aras de proteger ciertos bienes en juego<sup>41</sup>.

---

<sup>39</sup> Artículo 12: «1. El militar tiene derecho a la libertad de expresión y a comunicar y recibir libremente información en los términos establecidos en la Constitución, sin otros límites que los derivados de la salvaguarda de la seguridad y defensa nacional, el deber de reserva y el respeto a la dignidad de las personas y de las instituciones y poderes públicos. 2. En cumplimiento del deber de neutralidad política y sindical, el militar no podrá pronunciarse públicamente ni efectuar propaganda a favor o en contra de los partidos políticos, asociaciones políticas, sindicatos, candidatos a elecciones para cargos públicos, referendos, consultas políticas o programas u opciones políticas. 3. En los asuntos estrictamente relacionados con el servicio en las Fuerzas Armadas, los militares en el ejercicio de la libertad de expresión estarán sujetos a los límites derivados de la disciplina».

<sup>40</sup> Vid. PASCUA MATEO, F., *Fuerzas Armadas y Derechos Políticos*, op. cit., p. 284 y ss.

<sup>41</sup> Artículo 13: «1. El militar podrá ejercer el derecho de reunión, de acuerdo con lo previsto en la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, reguladora del Derecho de Reunión pero no podrá organizar ni participar activamente en reuniones o manifestaciones de carácter político o sindical. Vistiendo el uniforme o haciendo uso de su condición militar, no podrá organizar, participar ni asistir en lugares de tránsito público a manifestaciones o a reuniones de carácter político, sindical o reivindicativo. 2. Las reuniones que se celebren en las unidades deberán estar previa y expresamente autorizadas por su jefe, que las podrá denegar motivadamente ponderando la salvaguarda de la disciplina y las necesidades del servicio». Este precepto se aplica al cuerpo de la Guardia Civil por expresa orden legal (Ley 11/2011, de 1 de agosto, para la aplicación a la Guardia Civil del artículo 13.1 de la Ley Orgánica 9/2011), lo que ocasionó que 489 miembros del Cuerpo acudieran al Defensor del Pueblo para que interpusiera recurso de inconstitucionalidad contra la citada disposición por, entre otros motivos, vaciar de contenido el derecho de reunión. La Institución acaba rechazando la petición por entender que la norma permite cierto margen de acción en el ejercicio de aquél. Vid. DEFENSOR DEL PUEBLO; *Informe Anual 2011 y Debates en las Cortes Generales*,



Uno de los principales hitos de la norma que aquí se trae es el reconocimiento del derecho de asociación, con unos márgenes amplios y circunscritos a la normativa específica de desarrollo. Dicha amplitud desaparece si el militar desea asociarse bien para fines políticos bien para fines sindicales, puesto que no se le permite en ninguno de los dos casos; lo mismo sucede si desea vincular tal derecho a partidos políticos y/o sindicatos<sup>42</sup>. Como establece el propio precepto, rige un régimen jurídico específico para las asociaciones militares, dedicando todo un capítulo a su concreción y pormenorización (Título III, Capítulo I, artículos 33-45).

Otras manifestaciones de la libre participación no presentan especiales novedades. Se sigue imposibilitando que el militar sea candidato electoral en tanto en cuanto no esté en la situación legal prevista al efecto<sup>43</sup>. Por lo que hace al derecho de sufragio activo, se conmina a autoridades y mandos a que articulen los medios necesarios para los miembros de las FAS que deseen ejercer esta libertad y por diversas razones (destino, misión, servicio y/o guardia) pudieran verse ocupados en la jornada electoral pertinente<sup>44</sup>. Por último,

---

Madrid, 2012, pp. 918 y 919 (el documento puede verse aquí: <[http://www.defensordelpueblo.es/es/Documentacion/Publicaciones/anual/Documentos/Informe\\_2011.pdf](http://www.defensordelpueblo.es/es/Documentacion/Publicaciones/anual/Documentos/Informe_2011.pdf)>; consultado el 19 de mayo de 2014). Algún autor también ha creído ver en dicha regulación ciertas trazas de inconstitucionalidad. Vid. GUALDA ALCALÁ, F.J., «La doctrina constitucional sobre el derecho de reunión o manifestación con fines sindicales o reivindicativos: su aplicación a los miembros de las Fuerzas Armadas y la Guardia Civil a la vista de las últimas reformas legales», *Revista de Derecho Social*, núm. 55, 2011, pp. 151-160.

<sup>42</sup> Artículo 14: «1. Los militares tienen derecho a crear asociaciones y asociarse libremente para la consecución de fines lícitos, de acuerdo con lo previsto en la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación. 2. El ejercicio de este derecho cuando tenga como fin la defensa de sus intereses profesionales y los derechos establecidos en esta ley orgánica, se ajustará a lo dispuesto en el título III, capítulo I. 3. Las asociaciones de miembros de las Fuerzas Armadas no podrán llevar a cabo actividades políticas ni sindicales, ni vincularse con partidos políticos o sindicatos». La doctrina ha apuntado que la repercusión de dicho reconocimiento siempre plantea el problema de la sindicación, encubierta o no, de los cuerpos e institutos armados. Si en su momento se permitió el asociacionismo profesional en la Guardia Civil, el siguiente paso podría haber sido el levantamiento del veto para los militares, lo que como se ha visto no ha sucedido. Vid. HERBÓN COSTAS, J.J., «Sobre el derecho de asociación profesional del militar. ¿Hacia una libertad sindical?», *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 97, 2011, pp. 19-104.

<sup>43</sup> Pasando aquél automáticamente a la situación de *servicios especiales*, a tenor de la letra del artículo 109.1.d) de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar: «Los militares de carrera y los militares de tropa y marinería con compromiso de larga duración, serán declarados en situación de servicios especiales cuando (...) sean designados como candidatos a elecciones para órganos representativos públicos en ejercicio del derecho de sufragio pasivo o resulten elegidos en las mismas».

<sup>44</sup> Artículo 15: «1. Los miembros de las Fuerzas Armadas tienen derecho de sufragio activo; lo pueden ejercer de conformidad con lo establecido en la legislación sobre régimen electoral general. Las autoridades competentes y los mandos militares establecerán

algo cabe decir del derecho de petición. La principal preocupación del legislador es que cualesquiera quejas que se deseen hacer llegar al mando deberán respetar unas reglas mínimas, tales como canalizarlas a través del conducto regular-jerárquico o plantearlas de forma respetuosa; ambas exigencias también han tenido su correlato en el desarrollo reglamentario oportuno<sup>45</sup>.

---

los procedimientos y medios necesarios para facilitar el voto de los militares que se encuentren en cualquier destino y misión, en especial fuera del territorio nacional o cuando estén de servicio o guardia coincidiendo con jornadas electorales. 2. Los militares se encuentran incurso entre las causas de inelegibilidad que impiden el ejercicio del derecho de sufragio pasivo. Para ejercer este derecho deberán solicitar el pase a la situación administrativa prevista, a estos efectos, en la Ley de la carrera militar». Un estudio acerca del voto de los soldados fuera de nuestras fronteras puede verse en GÁLVEZ MUÑOZ, L., «El régimen de votación del personal de las Fuerzas Armadas en el exterior», *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 90, 2007, pp. 17-54; de similar tenor es el realizado por OEHLING DE LOS REYES, A., «Los derechos fundamentales del personal militar embarcado en buque de guerra en misión internacional», *Estudios de Deusto*, Vol.1, núm. 1, 2012, pp. 233-252.

<sup>45</sup> Artículo 16: «El militar podrá ejercer el derecho de petición sólo individualmente, en los supuestos y con las formalidades que señala la Ley Orgánica 4/2001, de 12 de noviembre, reguladora del Derecho de Petición. No son objeto de este derecho aquellas solicitudes, quejas o sugerencias para cuya satisfacción el ordenamiento jurídico establezca un procedimiento específico distinto al determinado en la citada ley orgánica. En el artículo 28 se establecen y regulan las vías para la presentación de iniciativas y quejas en el ámbito de las Fuerzas Armadas». Artículo 28: «1. El militar podrá plantear iniciativas y quejas relativas al régimen de personal y a las condiciones de vida, de acuerdo con lo que se establece en este artículo y en su desarrollo reglamentario, sin perjuicio del mantenimiento del conducto regular. 2. Las iniciativas y propuestas, que afecten con carácter general a los miembros de su categoría, se podrán presentar por cada militar en su unidad ante el oficial, suboficial mayor y cabo mayor designados a tal efecto, quienes las trasladarán al jefe de unidad. El jefe de unidad atenderá y resolverá, en lo que esté en el ámbito de sus competencias, las cuestiones planteadas o las remitirá, con el informe que proceda, al Mando o Jefatura de Personal del Ejército correspondiente. El Mando o Jefatura de Personal acusará recibo, analizará las propuestas en los órganos que se determinen y resolverá, en el ámbito de sus competencias, o las enviará a la Subsecretaría de Defensa. Anualmente se proporcionará información sobre el contenido de las propuestas y el resultado de su estudio. 3. Los miembros de las Fuerzas Armadas podrán presentar quejas relativas al régimen de personal y a las condiciones de vida siguiendo el conducto regular en la estructura jerárquica de las Fuerzas Armadas y haciéndolo de buen modo, verbalmente o por escrito. Si no se considerasen suficientemente atendidas podrán presentarse directamente y por escrito, remitiendo copia al jefe de su unidad, ante los mandos u órganos directivos que se determinen reglamentariamente, los cuales acusarán recibo e iniciarán, en su caso, el procedimiento que corresponda. En caso de rechazar la queja lo harán en escrito motivado. 4. Lo previsto en este artículo será sin perjuicio del ejercicio de los derechos y acciones que legalmente correspondan a los miembros de las Fuerzas Armadas». El desarrollo mencionado se realiza en el Real Decreto 176/2014, de 21 de marzo, por el que se regula el procedimiento para la tramitación de las iniciativas y quejas relativas al régimen de personal y a las condiciones de vida que pueda plantear el militar.

Llegados a este punto, se debe abordar el examen de lo que ha dicho el principal intérprete jurisdiccional de los derechos que aquí estudiamos (*ex* artículo 1 LOTC). Ese no es otro que el Tribunal Constitucional, por lo que a las siguientes líneas nos remitimos.

#### 4. LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL RELATIVA A LOS DERECHOS POLÍTICOS DE LOS MIEMBROS DE LAS FUERZAS ARMADAS

Lo primero que debe decirse es que el acervo jurisprudencial constitucional no ha sido, ni es a día de hoy, especialmente abundante. La explicación no puede buscarse en otra causa que las severas restricciones antes vistas.

Además, buena parte de las sentencias que se indicarán han sido dictadas conforme a la normativa anterior, aunque si el amable lector ha continuado hasta aquí podrá colegir que, en sus líneas básicas, el marco jurídico no ha sufrido modificaciones de calado, por lo que se entiende que los criterios explicitados allí siguen siendo plenamente operativos en la actualidad. Criterios que confirman que tanto directa como indirectamente, la neutralidad política y las consabidas restricciones a los derechos políticos basados en ella no han sufrido tacha de inconstitucionalidad.

Aunque como *obiter dicta*, el Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de recordar que la neutralidad política de los militares es una exigencia que encaja en la Constitución, porque así lo reclaman las misiones constitucionales atribuidas a las FAS en su artículo 8.1<sup>46</sup>. En la STC 101/1991, de 13 de mayo, el Juez de la Constitución sigue una interpretación «finalista y sistemática», mediante la cual «(...) resulta fácil establecer que la finalidad que persigue la LOLS al prohibir la actividad sindical en el interior de los «establecimientos militares» es la preservación de la neutralidad sindical de las Fuerzas Armadas, y así se deduce inmediatamente de las normas que regulan materias conexas dentro de la ordenación jurídica de las mismas, como son el Real Decreto-ley 10/1977, de 8 de febrero y la Ley 85/1978, de 28 de diciembre, aprobatoria de las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas, cuyo art. 182 obliga al militar a mantener su neutralidad, no sólo absteniéndose de participar en actividades políticas o sindicales, sino también «no tolerando aquellas que se refieran a grupos políticos o sindicales dentro de los recintos militares». Por tanto, no puede abrigarse duda alguna de que la finalidad de la limitación impuesta por la Disposición adicional tercera de la LOLS se asienta en el citado principio de neutralidad, que a su vez, al igual que otros particulares rasgos organizativos de la institución militar, encuen-

---

<sup>46</sup> En ese sentido, vid. PASCUA MATEO, F., *Fuerzas Armadas y Derechos Políticos*, *op. cit.*, pp. 144 y 145.

tra su justificación en los fines que el art. 8 de la Constitución encomienda a las Fuerzas Armadas» (FJ 4).

Indirectamente, el razonar del TC al conocer de eventuales violaciones a derechos políticos concretos también permite acoger la neutralidad política como límite. Esto queda reflejado en la jurisprudencia dictada sobre la libertad de expresión y la libertad de asociación, por lo demás las únicas libertades políticas que han llegado al conocimiento del alto tribunal.

#### 4.1. *Jurisprudencia constitucional sobre libertad de expresión*

El principal caso en la materia es el que resuelve la STC 371/1993, de 13 de diciembre<sup>47</sup>. El supuesto de hecho que desencadena el litigio es la publica-

---

<sup>47</sup> El Tribunal tuvo oportunidad de conocer bien pronto de una petición de amparo por parte de un oficial que había promovido, firmado y contribuido a difundir el llamado «Manifiesto de los Cien». El documento apoyaba sin ambages a los participantes en el Golpe de Estado del 23-F, quejándose amargamente de que estos sufrieran «(...) Ataques, insultos, injurias y calumnias generalizados o directos (...), todos ellos de historial militar brillante e intachable, sobre todo aquellos que por su jerarquía y edad fueron protagonistas de gloriosos hechos de armas, y cuyo valor e integridad profesional no pueden ser puestos en duda por simples conjeturas, sobre todo cuando algunos de ellos están pendientes de la sentencia de un consejo de guerra en cuyo resultado de hechos probados y en la calificación jurídica de estos hechos se determinará la honorabilidad o no de sus conductas (...)». Ante la sanción disciplinaria que se le impuso a dicho mando, confirmada posteriormente en sede judicial, el recurrente aducía haber ejercido su derecho a la libre expresión, libertad reconocida en los artículos 177 y 178 de las Reales Ordenanzas. Así fue como este dictó el ATC 375/1983, de 30 de julio, donde se inadmite a trámite el mismo. Buena parte de la fundamentación jurídica del mismo ha servido posteriormente al TC para abordar casos similares, como ahora se verá. Resumidamente, el Tribunal sostiene que «todo bien o valor constitucionalmente reconocido puede representar, en caso de conflicto, un límite para otros bienes o valores». Además, «dada la importante misión que a las Fuerzas Armadas asigna el art. 8.1 de la C.E., representa un interés de singular relevancia en el orden constitucional el que las mismas se hallen configuradas de modo que sean idóneas y eficaces para el cumplimiento de sus altos fines (...)». Por ello, «la específica naturaleza de la profesión militar exige en su organización un indispensable sistema jerárquico, manifestado en una especial situación de sujeción enmarcada en la disciplina, que impone una precisa vinculación descendente para conseguir la máxima eficacia y el factor de precisa conexión que obliga a todos por igual». Siendo esta disciplina un factor que «indudablemente condiciona el ejercicio por los militares de las libertades públicas realizadas a través de acciones colectivas en determinados supuestos», y entendiendo conforme a la Constitución el régimen jurídico de las peticiones regulado por el artículo 203 de las Reales Ordenanzas (FJ 2.º), analiza la fundamentación desde la óptica del debido respeto a la superioridad. Y no tanto a la militar, sino a quien en nuestro ordenamiento la ostenta porque así lo establece el texto constitucional: las Cortes y el Gobierno. Siendo esto así, el TC dirá que «tal poder representa constitucional y legalmente dicha superioridad de los firmantes, a los que en términos imperativos se hacen llegar propuestas o reclamaciones, pues es indudable que la

ción de una Carta al Director en el Diario Ya, donde un Teniente Coronel del Arma de Infantería opinaba sobre lo inadecuado del destino de ciertas partidas presupuestarias, mostrándose favorable de afectarlas a necesidades más urgentes. Ante tal publicación, se le sanciona disciplinariamente y, una vez recorrido el periplo contencioso-disciplinario militar y jurisdiccional militar correspondiente sin ver satisfecha su demanda, acciona la vía del amparo ante el TC. Y la Sala Segunda decide denegararlo.

El razonamiento del Tribunal se basa en un principio recurrente en este ámbito. Y es que el ejercicio de este derecho fundamental «está sujeto tanto a límites constitucionalmente expresos, como a otros que puedan fijarse para preservar bienes y derechos constitucionalmente protegidos; si bien, y como precisión necesaria, tampoco podrá atribuirse carácter absoluto a los límites a que ha de someterse el ejercicio de esas libertades: límites que se configuran como excepcionales ante el reconocimiento constitucional del derecho a la libertad de expresión (FJ 2). Y es que es sabido que «hay sectores o grupos de ciudadanos sometidos a límites [en sus derechos fundamentales] específicos, más estrictos, en razón a la función que desempeñan» (FJ 3). A partir de ahí, conecta tales límites con las misiones constitucionales que se atribuyen a las FAS en el artículo 8 CE, las cuales requieren «una adecuada y eficaz configuración (...) de la que, entre otras singularidades, deriva su indispensable y específico carácter de organización profundamente jerarquizada, disciplinada y unida (arts. 1 y 10 RR.OO.).

Como consecuencia de ello, y de acuerdo con la doctrina constitucional antes citada, no cabe duda de que el legislador puede introducir determinadas peculiaridades o establecer límites específicos al ejercicio de las libertades reconocidas en la Constitución por los miembros de las Fuerzas Armadas (...)). Y sigue: «el legislador podrá legítimamente imponer límites específicos al ejercicio de la libertad de expresión de los miembros de las Fuerzas Armadas

---

publicidad del escrito pretendió servir de medio –no siendo precisamente el más discreto y respetuoso– para que las ideas y peticiones llegaran a su destino» (FJ 3.º). Habiendo constatado, pues, que la difusión del manifiesto quebró la disciplina exigible, y también la dejación de cumplir para con las obligaciones reglamentarias impuestas, concluye «que no existió en el caso juzgado una manifestación de la libertad de ideas, pensamiento o de expresión que estuviera constitucionalmente permitida» (FJ 4.º). El Tribunal también había dictado anteriormente la STC 51/1989, de 22 de febrero, donde se decidió si ciertas expresiones vertidas en un artículo periodístico respecto al Ejército entraban o no dentro de los márgenes constitucionales de la libre expresión. Sucedió que este –en concreto el Arma de Caballería– era el sujeto pasivo, el que recibió la presunta ofensa– mientras que el sujeto activo, presunto infractor, no era un militar sino un civil, persona a la que una Audiencia Provincial había condenado a un año de prisión menor por la comisión de un delito de injurias graves; condena que fue confirmada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo. El TC acaba por amparar al demandante, constatando que se ha vulnerado su derecho a la libertad de expresión reconocido en el artículo 20 CE.

siempre y cuando esos límites respondan a los principios primordiales y los criterios esenciales de organización de la institución militar, que garanticen no sólo la necesaria disciplina y sujeción jerárquica, sino también el principio de unidad interna, que excluye manifestaciones de opinión que pudieran introducir formas indeseables de debate partidista dentro de las Fuerzas Armadas, o, en términos de la STC 97/1985, fundamento jurídico 4.º «disensiones y contiendas dentro de las Fuerzas Armadas, las cuales necesitan imperiosamente, para el logro de los altos fines que el art. 8.1 de la C.E. les asigna, una especial e idónea configuración»; todo ello con cierta apoyatura en la jurisprudencia del TEDH del momento, ejemplificada en el *caso Engel*, de 1976» (FJ 4).

El Tribunal insiste en que «la protección del debido respeto a esos órganos y autoridades resulta un límite legítimo a la libertad de expresión de los miembros de las Fuerzas Armadas, justificado por las exigencias de la específica configuración de éstas, y particularmente como garantía de la necesaria disciplina, entendida tanto en cuanto sujeción a los órganos jerárquicamente superiores, como en cuanto acatamiento y reconocimiento de la superior posición de los órganos encargados de manifestar la voluntad del Estado. No puede entenderse por ello desproporcionada la exigencia de una necesaria medida más estricta que la exigible de las no pertenecientes a las Fuerzas Armadas (...) en relación con la actuación de órganos constitucionales o autoridades civiles y militares» (FJ 5).

Constatando que los órganos jurisdiccionales han ponderado adecuadamente los bienes constitucionales en juego (FFJJ 6 y 7), deduce que lo que realmente sirvió de base para proceder a sancionar al oficial es «la falta de medida en la crítica pública formulada (...), que se produjo, tal y como dictaminó el Tribunal Supremo, al haber formulado «juicios de valor en que, de forma abierta e inequívoca, se cuestiona la probidad pública de quienes (Gobierno y Cortes Generales) ejerciendo aquellos poderes, adoptaron la medida» (FJ 8). Por ello, estando ante manifestaciones irrespetuosas para con los órganos constitucionales referidos, y siendo legítimos los límites al derecho a la libre expresión de los miembros de las FAS desde el punto de vista constitucional (FJ 9), se deniega el amparo pedido».

Andando en el tiempo se dictaron dos resoluciones cuyo principal nexo unión fue que la libertad de expresión no era ejercida de forma aislada, sino que aparecía íntimamente ligada a otro derecho fundamental (el derecho a la defensa, reconocido en el artículo 24 CE)<sup>48</sup>.

La primera de ellas fue la STC 288/1994, de 27 de diciembre, que traía causa de una presunta vulneración de la libertad de expresión del recurrente,

---

<sup>48</sup> Hay que hacer notar que la primera y la tercera tienen como sujeto activo a sendos militares, no así la segunda (protagonizada por un policía local). No obstante, las alusiones que el TC hace en aquélla a las Fuerzas Armadas justifica el hecho de que se analicen conjuntamente.

militar de carrera y experto en Derecho, acaecida en el seno de un recurso de reposición<sup>49</sup>. A través de este, el actor discutía con dureza el nombramiento efectuado por el Ministerio de Defensa para ocupar un alto cargo de la Administración militar, lo que le acaba valiendo sanción disciplinaria por emitir expresiones contrarias al Gobierno. Para el Tribunal Constitucional tuvo una importancia clave que tales manifestaciones se vertieran en el escrito de reposición. El punto de partida de la *ratio decidendi* es, en buena medida, la resolución arriba comentada. Lo que caracteriza este caso es que las manifestaciones en cuestión se ligan al derecho a impugnar una resolución administrativa, «elemento particularmente trascendente» y que, en cualquier caso, no iban dirigidas a una autoridad militar, sino a un acto dictado por el propio Consejo de Ministros (FJ 2). Preguntándose si la sanción se adecúa a tales parámetros, el TC considera que prevalece «el derecho a exponer los propios argumentos en un procedimiento administrativo»; que la obligación jurídica impuesta a los militares de actuar «con buen modo» no puede ser interpretada «a ultranza de su tenor literal», si con ella se menoscaba tal derecho; y que, además, del análisis de las expresiones que motivaron la sanción se deduce que «es clara la vinculación entre las afirmaciones del actor y los argumentos jurídicos en que basa su tesis»; a lo que debe añadirse que no se aprecia «intento alguno de descalificación del órgano, sino del acto impugnado» (FJ 3)<sup>50</sup>.

La segunda es la STC 102/2001, de 23 de abril. La Sala Primera conoció del caso de un Capitán del Arma de Infantería también sancionado disciplinariamente por realizar manifestaciones de dudosa legalidad. Tales manifestaciones se habían insertado en un recurso de alzada, por lo que el problema se plantea en términos muy similares a los que se acaban de ver. Y, de nuevo, esto será la clave para amparar al recurrente, aunque aquí el Tribunal hace notar una diferencia respecto de aquéllos. Recordando que «la protección del deber de respeto a la superioridad y la correlativa limitación del derecho a la libertad de expresión encuentra especial justificación en exigencias vinculadas a la organización y configuración de las Fuerzas Armadas, y, por ello mismo, han de considerarse constitucionalmente legítimas aquellas restricciones del derecho que sean proporcionadas y obedezcan a motivos necesarios de aseguramiento de la disciplina y de la unidad de acción, imprescindibles para el logro de los objetivos que constitucionalmente se le han encomendado» (FJ 3), observa que «en el presente caso,

<sup>49</sup> Doctrina aplicada expresamente en la STC 120/1996, de 8 de julio, que acaba amparando a un policía local.

<sup>50</sup> Esta línea jurisprudencial debe insertarse en un contexto más amplio, como es el que se dedica al estudio de la libertad de expresión en el marco de procesos jurisdiccionales. A tal fin, véase GARCÍA NORIEGA, A., *Libertad de Expresión Forense de los Abogados*, Difusión Jurídica, Madrid, 2012.

a diferencia del decidido por la mencionada STC 288/1994, la impugnación en vía de recurso administrativo se hallaba dirigida contra un acto de la Administración que imponía sanción disciplinaria, y fue ejercitada por militar carente de la condición de Letrado, lo que refuerza en mayor grado, si cabe, la potencialidad del derecho a la defensa en su proyección con el derecho fundamental a la libertad de expresión, íntimamente entrelazados y aquí concernidos» (FJ 4). Trayendo específicamente la resolución dictada en el *caso Grigoriades* por el TEDH, el TC tiene en cuenta los criterios allí explicitados; esto es, para ponderar si la restricción es jurídicamente legítima o no se deben tener en cuenta criterios adicionales, tales como la «efectiva difusión de las manifestaciones», deduciendo la cobertura del artículo 10 CEDH cuando estas «presenten un insignificante impacto objetivo sobre la disciplina militar» (FJ 5). El Tribunal, aplicando tales cánones, dictamina que la sanción referida vulneró su derecho fundamental a la libertad de expresión, en conexión con el derecho a la defensa, por lo que otorga el amparo<sup>51</sup>.

Finalmente debe hacerse alusión a la STC 272/2006, de 25 de septiembre, que resuelve un amparo solicitado por un miembro de la Guardia Civil al que se le impuso una sanción de un año de suspensión de empleo por la comisión de una falta disciplinaria muy grave. El recurrente impugna tanto las Resoluciones donde se establece dicha sanción como la Sentencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo que desestima su recurso contencioso-disciplinario. Aquél considera vulnerados varios derechos fundamentales. Por lo que ahora interesa, debemos acercarnos a la presunta lesión de la libertad de expresión, en conjunción con la libertad de asociación (artículo 22 CE) y la libertad sindical (artículo 28.1 CE). El Tribunal recuerda la doctrina constitucional dictada a los efectos –que es la explicitada en sus líneas generales arriba– y

---

<sup>51</sup> La resolución fue objeto de un Voto Particular por parte del Magistrado D. Fernando Garrido Falla, al que se adhirió el Magistrado D. Manuel Jiménez de Parga, donde se viene a defender un reforzamiento de la disciplina militar. Una vez constatado que los términos literales del recurso son de todo menos adecuados, se plantea que «el problema está en determinar hasta qué punto el derecho de libre expresión en el ejercicio del derecho de defensa constituye argumento suficiente para exonerar de sanción una conducta que, en condiciones normales, es contraria a la disciplina militar y, por tanto, merecedora de ser sancionada». La respuesta que se da es negativa, por diversas razones; aquí, destacaremos una, y es que «las reglas de la disciplina –columna vertebral de la organización militar– no pueden desconocerse so pretexto de que el recurso ordinario es un medio de defensa procedimental y la defensa lo permite todo. A mi juicio, ni la defensa, ni la libertad de expresión; pues una cosa es intentar demostrar la incorrección del acto administrativo que se recurre y otra bien distinta agredir verbalmente o por escrito el autor del dicho acto. La libertad de expresión no puede servir, obviamente, para crear un ámbito exento para actuaciones que el ordenamiento jurídico prohíbe e incluso castiga (delitos de injuria y calumnia)».



resalta que, en todo caso, a un miembro de las FAS y/o de la Guardia Civil se le debe exigir la medida necesaria en la manifestación de cualesquiera opiniones. Incluso si este, como era el caso de autos, es representante sindical. El respeto a sus superiores y la preservación del buen funcionamiento del servicio y de la institución policial son, por tanto, límites legítimos de la libre expresión de opiniones y juicios de valor. Interrogándose sobre la ponderación hecha por el órgano jurisdiccional anterior, el Tribunal constata que se ha realizado correctamente, por formular «graves denuncias respecto a diversas cuestiones relacionadas con el funcionamiento interno de la Guardia civil, con el empleo de juicios de valor ciertamente ofensivos hacia los superiores jerárquicos (...). Los juicios vertidos por el recurrente a través de las reseñas periodísticas exceden claramente de la prudencia y medida con que debe expresarse un miembro de la Guardia civil. Es decir, es la falta de la necesaria medida en la crítica formulada por el recurrente a la actuación de los mandos de la Guardia civil, y no la crítica misma, lo que justifica la sanción impuesta» (FJ 9.º).

#### 4.2. *Jurisprudencia constitucional sobre libertad de asociación*

El otro derecho fundamental que ha merecido la atención directa del Tribunal Constitucional ha sido la libertad de asociación, reconocida en el artículo 22 CE. Y la ha merecido tanto para el ámbito de la Guardia Civil como para el ámbito de las Fuerzas Armadas *stricto sensu*<sup>52</sup>.

Así fue como se dictó la STC 291/1993, de 18 de octubre, resolución que tuvo que conocer del amparo que le solicitaba la *Unión Democrática de Guardias Civiles*, asociación que había solicitado la pertinente inscripción registral y que obtuvo por respuesta la denegación por silencio administrativo. Ante tal proceder, y sin entrar en el fondo del asunto, el Tribunal Constitucional dictaminó «que la actuación administrativa supuso en este caso una obstaculización enteramente inmotivada del pleno ejercicio del derecho entonces invocado, pues es claro que la libertad de asociación no se realiza plenamente sino cuando se satisface la carga de la inscripción registral que la Constitución impone (art. 22.3) y que la Administración no puede denegar arbitraria o inmotivadamente» (FJ 2). Como quiera que la misma actuó así, entiende el Tribunal que se ha vulnerado la libertad en litigio, procediendo a amparar al recurrente. Así fue como en el apartado 3.º del Fallo se ordenó que aquélla quedaba «obligada a dictar una resolución expresa y motivada sobre la procedencia de la inscripción solicitada». Tal obligación se cumplió, denegándose el asiento solicitado<sup>53</sup>.

<sup>52</sup> Vid. HERBÓN COSTAS, J.J., «Sobre el derecho de asociación profesional del militar. ¿Hacia una libertad sindical?», *op. cit.*, p. 4 y ss.

<sup>53</sup> Vid. PASCUA MATEO, F., *Fuerzas Armadas y Derechos Políticos*, *op. cit.*, p. 380.

Con todo y con eso, la que parece revestir mayor importancia es la STC 219/2001, de 31 de diciembre. En esta se impugnan una serie de resoluciones administrativas y judiciales que, a juicio del recurrente, habían vulnerado su derecho a la libre asociación. El motivo residía en la negativa a la inscripción en el Registro de Asociaciones de la *Hermandad de Personal Militar en Situación Ajena al Servicio Activo*, porque se consideró que uno de los fines de la misma<sup>54</sup> quedaba prohibido por el artículo 181 de las Reales Ordenanzas. El Tribunal, recordando algunos aspectos básicos del régimen del derecho de asociación, acude a la anterior resolución para establecer que no sólo la omisión de respuesta a la petición de inscripción es lesiva para con el derecho de asociación sino que también una denegación «infundada o arbitraria» puede quebrarlo (FJ 5). A partir de ahí constata que el legislador orgánico puede establecer límites al mismo en aras de proteger otros bienes con relevancia constitucional. Pero estos, a su vez, quedan supeditados a cumplir ciertas exigencias formales y materiales. Las importantes para el caso concreto van a ser las segundas, en tanto en cuanto estas deben ser «ciertas y previsibles», amén de resultar proporcionadas y respetuosas para con el contenido esencial de aquél. Aplicadas pues al presente caso, el TC observó que no habían sido respetadas. El *quid* de la cuestión pasaba por las resoluciones impugnadas. Y estas, sobre todo las judiciales, habían encauzado el caso como un ejercicio encubierto del derecho a la sindicación, vedado para los militares conforme al artículo 1.3 de la Ley Orgánica 11/1985, de Libertad Sindical. Al creer que el artículo 3 c) de los Estatutos de la Hermandad pretendía llevar a cabo «actividades reivindicativas», y estando estas también prohibidas para los militares en el precepto antes aludido, la consecuencia que ambas resoluciones estimaron conforme a Derecho era dictaminar que la administración había actuado correctamente. Tal y como dice el TC, «nada permite afirmar que una asociación, por el hecho de perseguir la satisfacción de intereses económicos, sociales o profesionales de sus asociados, se convierta en un sindicato o pueda ser equiparado al mismo a los efectos del art. 28.1 CE. Ello supone, en primer lugar, una indebida restricción del derecho de asociación, por aplicación de un criterio contrario al principio de interpretación de la legalidad en el sentido más favorable a la efectividad de los derechos fundamentales, reiteradamente reconocido por este Tribunal (STC 146/1999, de 27 de julio, FJ 6). Y supone también una indebida extensión, a los expresados efectos, del concepto de sindicato, al desconocer, de hecho, otros rasgos que lo caracterizan, tanto histórica como legalmente» (FJ 10). A mayores, «la Hermandad no pretendió en ningún momento su reconocimiento como sindicato»; «de los fines estatutarios no se deduce que la Hermandad se constituya en

---

<sup>54</sup> Según el artículo 3.c) de los Estatutos, la asociación tenía como uno de sus fines «realizar las gestiones precisas para conseguir para sus miembros cuantos beneficios sean posibles tanto en el aspecto económico como en el moral o social».

contrapoder frente a la Administración militar, ni que la Hermandad pretenda –más allá del estricto ámbito subjetivo de sus socios– la defensa o promoción de los intereses propios de los militares.»; y, lo que es definitivo, el artículo 1 de tales Estatutos señalaba que «la Hermandad se constituye sin ánimo de lucro y con renuncia expresa a toda actividad política o sindical» (FJ 11). Razones todas ellas suficientes para que el TC otorgue el amparo<sup>55</sup>.

## 5. EL PRINCIPIO DE NEUTRALIDAD POLÍTICA COMO LÍMITE A LOS DERECHOS POLÍTICOS DE LOS MIEMBROS DE LAS FUERZAS ARMADAS

Llegados hasta aquí, no podemos eludir las razones por las que el estatuto jurídico-político de los militares españoles se configura de tal forma. Aquí vamos a centrarnos en una que destaca por encima del resto. Es la que se refiere al principio de neutralidad política y a las exigencias que este aventura.

### 5.1. *El deber de neutralidad política como una realidad en el Derecho Comparado*

Los argumentos que suministra el Derecho Comparado sirven de guía orientativa a la hora de abordar la materia; y es conocido que, en la que aquí nos ocupa, cada Estado la ha regulado desde perspectivas puramente idiosincráticas. El comportamiento que los Ejércitos hayan tenido en el pasado, las misiones que sus Constituciones –o normas de inferior nivel– les hayan atribuido y, en suma, lo que esperan las sociedades democráticas de unos militares que se presumen profesionales, son algunos factores que han influido a la hora de determinar qué derechos políticos tienen y hasta qué punto se limita (o no) su ejercicio.

---

<sup>55</sup> La resolución no sólo es interesante por lo que se acaba de reseñar. El Magistrado D. Julio González Campos evacuó Voto Particular donde se separaba de la mayoría por un único motivo: no elevar al Pleno cuestión de constitucionalidad sobre el artículo 181.1 de las Reales Ordenanzas. A juicio del Juez constitucional, la norma no respetaba los cánones de constitucionalidad del derecho discutido. Formalmente, porque estas ni tenían rango orgánico ni habían sido reiteradas por una norma orgánica posterior. Materialmente, por diversos motivos relacionados con uno sólo y taxativo: la prohibición introducida por dicha norma no tiene fundamento constitucional alguno en el artículo 22 CE. Incluso se dirá que la limitación que introduce la misma ni es previsible ni es cierta, incumpliendo así uno de los test a los que el legislador queda sujeto cuando de regular derechos fundamentales se trata. Si a ello se le suma que los destinatarios de la prohibición son definidos genéricamente, el Juez concluye que todo ello conduce a que la Administración pueda interpretar y aplicar extensivamente tal restricción, lo que deviene en «ilegítima» para con el derecho consagrado en aquél.

En ese sentido se aprecia que, en tanto que la regulación difiere en función del Estado en cuestión, todos o casi todos ellos establecen el deber de guardar neutralidad política<sup>56</sup>. Partiendo de esa base, lo cierto es que las restricciones son de intensidad diferente. Así, se encuentran países que estipulan *restricciones altas* (caso de Polonia<sup>57</sup>); otros donde rigen *restricciones moderadas* (caso de Italia, Bélgica o Reino Unido, donde los límites operan en gran medida cuando el ciudadano viste el uniforme; o caso de Croacia o Luxemburgo, donde se exige autorización y/o notificación para llevar a cabo actividades políticas); y finalmente, aquellos que han adoptado *restricciones leves* (Holanda y Alemania, entre otros). Aunque sería complicado incluir a nuestro país de forma definitiva en alguna de las tres categorías, podríamos situarnos, a tenor de lo visto, entre la primera y la segunda<sup>58</sup>.

Aunque desde una filosofía jurídica diferente a la que impera en los sistemas basados en el modelo continental, el modelo de los Estados Unidos de América aporta algunas cuestiones de interés que merece la pena comentar, siquiera brevemente. Su modelo de neutralidad política se plasma en la Directiva del Departamento de Defensa n.º 1344.10, de 19 de febrero de 2008, sobre *Actividades Políticas de los Miembros de las Fuerzas Armadas*<sup>59</sup>. Animando a los militares a que desarrollen las «obligaciones propias de la condición de ciudadano», hace una primera distinción importante, dado que los soldados en activo tienen prohibido participar en activi-

---

<sup>56</sup> Así lo recogen LEIGH, I. y BORN, H., *Handbook on Human Rights and Fundamental Freedoms of Armed Forces Personnel*, OSCE-ODIHR, Warsaw, 2008, p. 56 y ss.

<sup>57</sup> El Tribunal Constitucional polaco tuvo que dirimir si la prohibición de afiliarse a un partido político, incardinado dentro del derecho a la participación política, era o no conforme al marco jurídico constitucional e internacional. Y este respondió afirmativamente, haciendo especial hincapié en el principio de neutralidad política, conformado por dos exigencias: la inexistencia de un poder militar autónomo dentro del Estado, capaz de influir en las decisiones políticas, y el apartamiento de las Fuerzas Armadas del área de influencia propia de los partidos políticos. Vid. LEIGH, I. y BORN, H., *Handbook on Human Rights and Fundamental Freedoms of Armed Forces Personnel*, op. cit., pp. 61 y 62. El litigio llegó hasta el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que en el caso *K.A.B. vs. España*, recurso núm. 59819/08, Sentencia del TEDH de 10 de abril de 2012 confirmó el parecer del Juez de la Constitución polaco y declaró que tal medida no atenta contra el artículo 11 CEDH. Se verá posteriormente.

<sup>58</sup> Hay autores que sostienen, dicho así o con palabras muy similares, que el estatuto jurídico de nuestros soldados ha sido (y seguiría siendo por lo dicho arriba) de los más restrictivos de toda Europa. Así opinan MARTÍNEZ MARTÍNEZ, S., «Limitación a los derechos fundamentales de la Constitución en relación con las Fuerzas Armadas», op. cit., p. 606; y COTINO HUESO, L., *El Modelo Constitucional de Fuerzas Armadas*, op. cit., *pássim*.

<sup>59</sup> DoD number 1344.10, February 19, 2008, *Political Activities by Members of the Armed Forces*. Una interpretación crítica de la misma puede verse en CORBETT, S. y DAVIDSON, M.J., «The Role of the Military in Presidential Politics», *Parameters*, núm. 10, 2009, p. 58-72.

dades relacionadas con los partidos políticos («partisan political activity»), prohibición que no rige para los que ya no figuren en dicha situación. Con todo y con eso, a estos últimos se les hace saber que sus actividades políticas no pueden ni deben suponer la concesión de marchamo, patrocinio, o aprobación oficial alguna.

Respecto a *qué pueden hacer* (apartado 4.1.1), destaca la posibilidad de inscribirse en el censo electoral, votar, y emitir opiniones sobre candidatos y cuestiones políticas (pero no en representación de las Fuerzas Armadas); también se permite que promuevan el ejercicio de tal derecho –el de sufragio activo– siempre que ello no implique usar su autoridad o influencia para interferir en el resultado del proceso electoral correspondiente. Además, pueden militar en asociaciones políticas –estén o no ligadas a partidos políticos– y acudir a sus reuniones, en tanto en cuanto no vistan el uniforme y respetando las demás restricciones que la norma impone en epígrafes posteriores (ni ejercer cargos en tales asociaciones ni figurar en su lista de patrocinadores, caso de quedar adscritas a las formaciones partidarias). Por lo demás, se les permite firmar peticiones legislativas y electorales a favor de un candidato determinado, siempre que no interfiera en sus obligaciones militares, se haga sin uniforme, y haya sido autorizado previamente por el Secretario de Defensa. Incluso pueden escribir Cartas al Director de cualquier periódico expresando sus opiniones sobre asuntos de interés público y/o político, teniendo en cuenta que no pueden inscribirse en campañas colectivas previamente organizadas ni tampoco pedir el voto a favor o en contra de un partido político, causa partidaria o candidato concreto. Además, si la carta en cuestión la redacta un militar en activo, debe hacer constar expresa y claramente que su visión es estrictamente personal y no la del Departamento de Defensa. A mayores, pueden realizar contribuciones económicas a cualquier organización política, partido o comité, para apoyar a un candidato o a una terna de ellos (respetando las disposiciones vigentes en la materia).

Respecto a *lo que no deben hacer* los militares en activo (apartado 4.1.2), el nivel de precisión y de detalle –y en ocasiones, de ambigüedad– es digno de mención. Así, el uniforme y la apariencia de apoyatura oficial a la medida en cuestión aparecen recurrentemente como límites. Por ejemplo, a la hora de participar en actividades de recaudación de fondos. Tampoco pueden interferir en ningún proceso electoral, ni publicar ningún tipo de documento ligado a un partido político donde se pida el voto a favor o en contra de un partido o candidato. Las restricciones se van endureciendo: no podrán tomar la palabra en ninguna reunión celebrada por cualquier partido político; ni participar en medio de comunicación alguno en representación de un partido, candidato o defendiendo una causa política determinada. Huelga decir que no se les permite ni acudir ni organizar manifestaciones de partidos políticos, como tampoco pueden ayudar en tareas de transporte a electores a las urnas si dicha asistencia

está organizada por un partido político. En ese sentido, les queda totalmente vedado acudir de uniforme a cualquier evento que estos organicen.

Resulta llamativo, y creemos que ilustrativo de lo que se dijo arriba, cómo se regula el hecho de mostrar públicamente signos políticos de adhesión. En el apartado del «podrán hacer» se les permite poner en la parte trasera de sus vehículos privados pegatinas con motivos políticos. Pero en el apartado del «no deben» se prohíbe la misma conducta, siempre que sean distintivos de mayor longitud, como carteles o pósters. A mayores, se prohíbe su exhibición en instalaciones castrenses, también si se está en residencias privadas que se encuentren en su interior.

Y no menos llamativo resulta el hecho de que todas las restricciones extractadas no operan –o no con tanta intensidad– en el caso de que el militar decida enrolarse en actividades políticas a nivel local (siempre que no estén auspiciadas por un partido político concreto). En tal caso, se permite su implicación en tales acciones siempre que lo realice en el marco establecido por aquéllas (por ejemplo, no llevar uniforme, ni usar instalaciones gubernamentales para tal fin, ni intentar hacer pasar por apoyo institucional lo que es mera iniciativa privada).

Otra muestra de la importancia de la cuestión es la Guía que todo Oficial tiene, donde se establece el Código Ético para sus tropas. En esta, cabe leer párrafos como el que sigue: «Mantente fuera de la política. No te enredes con la política. La actividad política es contraria a la tradición militar americana. Como ciudadano, gozas del derecho a tener tus opiniones y el deber de votar, pero guárdatelas para ti, para casa o para el grupo de amigos. Puedes hacerlo sin que ello suponga una castración intelectual. También recuerda que criticar al Presidente es especialmente inapropiado dado que, al fin y al cabo, es el Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas»<sup>60</sup>.

Una aproximación indiciaria respecto al balance que se hace de la regulación parte de diferentes enfoques. Quienes observan en esta un esquema a tener muy en cuenta a la hora de exportarlo a otras latitudes les parece que se puede hablar de un modelo de éxito<sup>61</sup>. Quienes pertenecieron en otra época a las Fuerzas Armadas Norteamericanas lo critican por insuficiente. En concreto, porque no sólo no asegura el principio de neutralidad política, sino que tolera y ampara su quiebra<sup>62</sup>.

---

<sup>60</sup> El texto se traduce del original recogido por DZENEVS, I., «Limits of Civil Rights as a Guaranty of Political Neutrality», *Foreign Military Studies Office*, Fort Leavenworth (Kansas), 2013, p. 5 (texto consultado el 21 de mayo de 2014 aquí: <<http://fmso.leavenworth.army.mil/>>).

<sup>61</sup> Así, *ibidem*, p. 4 y ss.

<sup>62</sup> Vid. CORBETT, S. y DAVIDSON, M.J., «The Role of the Military in Presidential Politics», *op. cit.*, p. 64 y ss. Debe hacerse notar que los autores centran su estudio sobre todo en la participación de algunos oficiales retirados, no en el militar en activo.

## 5.2. *El deber de neutralidad política como límite permitido por la legislación internacional*

Efectivamente, someter al deber de neutralidad a los militares de los diferentes Estados no parece ir en contra de los Tratados Internacionales que obligan a España<sup>63</sup>. La principal norma en la materia es el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos. Y esta reconoce el derecho a la libre expresión (artículo 19); el derecho a la libre reunión (artículo 21); el derecho a la libre asociación (artículo 22); y el derecho a la libre participación política (artículo 25). Todos ellos tienen límites muy similares en su ejercicio: la protección de otros bienes tales como la seguridad nacional, la seguridad pública o el orden público. Además, la libre asociación puede soportar restricciones específicas en su ejercicio cuando se trate de miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía (quizá porque se regula junto al derecho de sindicación)<sup>64</sup>. Si las Fuerzas Armadas del país en cuestión tienen asegurado proteger tales bienes, la legitimidad de eventuales limitaciones se hace más clara<sup>65</sup>. Pero si estas no tienen atribuido tales cometidos, habría que hacer algún matiz<sup>66</sup>. En este supuesto, los límites que se establezcan a sus derechos deberán soportar un escrutinio más severo, siendo excepcionales y quedando sometidos, en todo caso y como mínimo, al principio de legalidad<sup>67</sup>.

A nivel regional, no se puede dejar de lado el impacto que ha tenido tanto el CEDH como el TEDH. En aquél se reconocen los derechos políticos referidos y, a su vez, los presupuestos necesarios para su eventual limitación;

---

<sup>63</sup> Véase FERNÁNDEZ SEGADO, F., «Las restricciones de los derechos de los militares desde la perspectiva del ordenamiento internacional», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 64, 1989, pp. 93-130; PEÑARRUBIA IZA, J.M<sup>a</sup>., *Presupuestos Constitucionales de la Función Militar*, op. cit., p. 101 y ss; y PASCUA MATEO, F; *Fuerzas Armadas y Derechos Políticos*, op. cit, p. 45 y ss.

<sup>64</sup> Vid. LEIGH, I. y BORN, H., *Handbook on Human Rights and Fundamental Freedoms of Armed Forces Personnel*, op. cit., p. 65 y ss.

<sup>65</sup> Un caso paradigmático es el de Turquía, donde parecen pesar restricciones absolutas al ejercicio de este tipo de derechos. Vid. CORRALES ELIZONDO, A., «Consideración sobre un posible estatuto general de derechos y obligaciones del militar profesional en el marco de la ley 17/1999, de 18 de mayo», en VV.AA., *III Jornadas sobre asesoramiento jurídico en el ámbito de la Defensa. Normativa reguladora del militar profesional en el inicio del siglo XXI y otros estudios jurídicos militares*, Ministerio de Defensa, Madrid, 2001, p. 27.

<sup>66</sup> Es sabido que nuestras Fuerzas Armadas (ya desde hace muchos años) no llevan a cabo tal cometido, el cual queda reservado para las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. Vid. COTINO HUESO; *El Modelo Constitucional de Fuerzas Armadas*, op. cit., p. 398 y ss; y FERNÁNDEZ SEGADO, F., «El estatuto jurídico-constitucional de las Fuerzas Armadas y su desarrollo legislativo. Balance de un cuarto de siglo», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 70, 2004, p. 190 y ss.

<sup>67</sup> Así lo defiende PEÑARRUBIA IZA, J.M<sup>a</sup>., *Presupuestos Constitucionales de la Función Militar*, op. cit, p. 103.

presupuestos que, por lo demás, guardan similitud con los que enuncia el Pacto. De esa forma el derecho a la libre expresión se reconoce en el artículo 10 (derecho que, según reza su apartado 2, «podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial»); y el derecho a la libre reunión y asociación –y sindicación– se reconoce específicamente en el artículo 11 (donde en su apartado 2 recoge y amplía, específicamente, las posibilidades de restringir tales derechos para los soldados, cuando dice que: «El presente artículo no prohíbe que se impongan restricciones legítimas al ejercicio de estos derechos para los miembros de las Fuerzas Armadas, de la Policía o de la Administración del Estado»)<sup>68</sup>.

Como ya se ha dicho, el TEDH ha dictado algunas sentencias donde aborda frontalmente la problemática del ejercicio de derechos políticos por parte de miembros de las Fuerzas Armadas de los Estados parte. Partiendo de la base de que algunos sectores doctrinales ya han estudiado con detenimiento la cuestión, aquí sólo se pretende dar cierta continuidad en el tiempo a esa línea<sup>69</sup>.

En ese sentido, destacan algunas resoluciones que vienen a confirmar las argumentaciones que el TEDH siguió allá por la década de los setenta en la sentencia sobre el *caso Engel* (STEDH de 8 de junio de 1976). Como es sabido, algunos militares de reemplazo alegaron la vulneración de tres derechos políticos, la libre expresión y la libre reunión y la libre asociación. El TEDH consideró que en realidad sólo el primero de ellos era el que realmente estaba en juego (párrafo 107), por lo que a él dedicó su atención primordial. El Tribunal no dudaba de que la sanción impuesta constituyera una injerencia en tal derecho, por lo que la cuestión residía en conocer si esta cumplía con los cá-

---

<sup>68</sup> Lo más parecido a una regulación de las libertades de participación política aparece en el artículo 3 del Protocolo 1 al CEDH que reza así: «Las Altas Partes Contratantes se comprometen a organizar, a intervalos razonables, elecciones libres con escrutinio secreto, en condiciones que garanticen la libre expresión de la opinión del pueblo en la elección del cuerpo legislativo». Una exégesis del precepto puede verse en GARCÍA ROCA, J., «Del compromiso de los Estados de organizar elecciones libres al derecho de sufragio de los ciudadanos», en GARCÍA ROCA, J. y SANTOLAYA MACHETTI, P., *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid, 2009 (2ª edición), pp. 897-927.

<sup>69</sup> *Vid.* PASCUA MATEO, F., *Fuerzas Armadas y Derechos Políticos*, *op. cit.*, p. 50 y ss; y PEÑARRUBIA IZA, J.M<sup>a</sup>., *Presupuestos Constitucionales de la Función Militar*, *op. cit.*, p.106 y ss.



nes exigidos por el CEDH. Y respondió afirmativamente. Lo hizo comenzando por recordar que la medida estaba prevista por la ley (párrafo 96), y que era necesaria en una sociedad democrática para la defensa del orden (párrafos 98-102). En ellos dejó argumentos a tener en cuenta. Así, para el TEDH el orden público también incluía el orden «que debe reinar en el interior de un grupo social concreto (...), especialmente cuando, como en el caso de las Fuerzas Armadas, el desorden de este grupo puede incidir sobre el orden de la sociedad entera» (párrafo 98). Siendo claro «que la libertad de expresión garantizada por el artículo 10 es aplicable a los militares (...), no lo es menos «que el funcionamiento eficaz de un ejército difícilmente se concibe sin reglas jurídicas destinadas a impedir que sea minada la disciplina militar, particularmente mediante escritos (...) no pudiendo olvidar ni «las características peculiares de la vida militar», ni «los específicos deberes y responsabilidades de los miembros de las Fuerzas Armadas» (párrafo 100). Todo ello condujo a que el TEDH no observara la quiebra de la libertad aducida<sup>70</sup>.

Esto ha quedado directamente rubricado en el *caso Joksas contra Lituania*, decidido por STEDH de 12 de noviembre de 2013, también sobre la posible vulneración de la libertad de expresión de un militar. La principal polémica se presentaba al coincidir en el tiempo la finalización de la prestación de servicios con un artículo de prensa en el que el oficial criticaba la nueva ley disciplinaria militar. El Tribunal vuelve a recordar algunos criterios que ya parecen jurisprudencia más que consolidada —«El artículo 10 no se para a la puerta de los cuarteles. Se aplica a los militares del mismo modo que se aplica al resto de personas bajo la jurisdicción de los Estados Parte. Ello no impide, tal y como el Tribunal ha indicado previamente, que el Estado establezca restricciones a la libertad de expresión si existe una amenaza real a la disciplina militar, dado que un correcto funcionamiento del Ejército es difícilmente imaginable sin prescripciones legales diseñadas para prevenir su menoscabo por parte de los soldados. Sea como fuere, ello no permite a las autoridades nacionales que, basándose en las mismas, se frustre toda expresión de opiniones, incluso si estas se dirigen contra las Fuerzas Armadas como institución» (párrafo 70); no obstante, el Tribunal considera que aquélla no se lesionó dado que al demandante no se le impuso ningún tipo de sanción al hilo de dicho artículo (párrafo 70), sino que la finalización en la prestación de servicios aconteció por haber alcanzado la edad legal establecida al efecto (párrafo 71).

El TEDH muestra ciertos titubeos cuando pone dicha decisión en un marco secuencial que, ante los claroscuros que presentaba, a buen seguro influyó

---

<sup>70</sup> Lo que no significa que el TEDH no apreciara la vulneración de otros preceptos (como finalmente hizo respecto a los artículos 5.1 y 6.1 CEDH). El litigio en general fue sumamente polémico, llegando a evacuarse hasta ocho opiniones disidentes por otros tantos Jueces.

en acabar reconociendo la vulneración del derecho reconocido en el artículo 6.1 CEDH (donde se reconoce el derecho a un juicio equitativo). Así, dirá que: «El Tribunal constata que, a pesar de que la secuencia de eventos –las críticas vertidas por el demandante en el *Kano Diena*, la investigación interna de sus acciones, la sanción disciplinaria por no recabar el consejo legal pertinente e, incluso, la decisión de licenciarle por su edad– podría dar la razón a la versión del demandante, ello no permite al Tribunal concluir con certeza que este fuera sancionado por sus opiniones y no por la mera aplicación del artículo 38.1.7 de la LMS. En anteriores casos, el Tribunal ha observado que la sanción disciplinaria por manifestar opiniones en público, así como el juicio y condena de un soldado han operado como indicadores claros, interfiriendo en el derecho de comunicar ideas reconocido en el artículo 10 del Convenio. En este caso, tales indicadores están ausentes. Ninguno de sus superiores jerárquicos hizo declaraciones públicas en el sentido de que hubiera que apartarle por sus opiniones (...); (párrafo 72).

Indirectamente, estos criterios también se han dejado sentir en fechas próximas. Primero, en el *caso Strzelecki* contra Polonia, decidido por STE-DH de 10 de abril de 2012 (sobre una presunta vulneración del derecho de asociación en su vertiente de afiliación a un partido político), que continuaba el periplo judicial que la Sentencia de su Tribunal Constitucional parecía haber resuelto en el año 2002. El demandante, un policía local, consideró que la legislación polaca que prohibía la afiliación a partidos políticos lesionaba su derecho de asociación, reconocido en el Convenio en los términos arriba indicados. El Tribunal, recordando que «el artículo 11 en su párrafo 2 autoriza expressis verbis a los Estados a imponer restricciones legítimas a la libertad de asociación de miembros de sus fuerzas armadas, de su policía o de su administración» (párrafo 40), somete la restricción al conocido *test*: saber si tal restricción está prevista por la ley y persigue un fin legítimo y necesario en el marco de una sociedad democrática (párrafo 42). Lo realmente interesante es cómo razona sobre las dos últimas exigencias, porque se entienden de aplicación a los Ejércitos. Y es que, para el TEDH, «esta medida trata de garantizar la neutralidad política y la imparcialidad de los agentes de la policía municipal, y de preservar la confianza legítima de los ciudadanos en este cuerpo de funcionarios. Se trata de valores indispensables para el cumplimiento eficaz de la misión (...) en materia de protección del orden público, de la seguridad y de los derechos y libertades de los ciudadanos. (...) La prohibición en causa trata de impedir en este cuerpo de funcionarios la influencia directa de los partidos políticos y garantizar que su eficacia no padezca la eventual corrosión de la neutralidad política de algunos agentes. El Tribunal estima que la voluntad de preservar una función pública imparcial, políticamente neutra y ajena al combate político constituye una finalidad legítima en una sociedad democrática. Confirma la opinión del Tribunal Constitucional polaco según la cual el hecho de autorizar la implicación de los

agentes concernidos en las actividades de los partidos políticos podría desembocar en la importación al seno de este cuerpo de funcionarios de los conflictos políticos y sobre su instrumentalización en beneficio de intereses partidistas y selectivos. Dicha situación constituiría un obstáculo a la eficacia y a la disponibilidad de dicho cuerpo de funcionarios, perjudicial al interés del Estado y de los ciudadanos» (párrafo 44).

Aun aceptando algo de raigambre histórica para con este tipo de limitaciones, y aun reconociendo que el legislador podría en un futuro suprimirlas si ese fuera su deseo (párrafo 45), lo cierto es que la misma es plenamente vigente, dado que no puede discutirse el margen de apreciación nacional existente en la materia (párrafo 49)<sup>71</sup>.

Recordando el contenido del apartado 2 del artículo 11 antes citado (párrafo 50), de nuevo aparece el margen de apreciación nacional «en materia de reglamentación del estatuto y las condiciones de carrera de los agentes del Estado que participan directamente en el ejercicio del poder público y en las funciones que tratan de proteger los intereses generales del Estado» (párrafo 51). De nuevo apoyándose en la jurisdicción constitucional patria, señala que «(...) el Tribunal Constitucional polaco, en su sentencia, insistió en el hecho de que la neutralidad política de las personas que pertenecen a la función pública era un valor que prima sobre su libertad de asociación (...). La importancia de ciertos cuerpos de funcionarios para el buen funcionamiento de una sociedad democrática hacía necesario asegurar su neutralidad política mediante medidas como la prohibición de afiliación a partidos políticos. Dicha medida, destinada a garantizar la separación requerida entre el cuerpo de funcionarios encargados de la aplicación de la Ley y los partidos o agrupaciones políticas, trataba de prevenir el eventual conflicto de intereses susceptible de producirse en caso de pertenencia de dichos agentes a un partido político paralelamente al ejercicio de sus funciones. La eventual implicación de los agentes en los conflictos sectarios, en consecuencia de su afiliación a partidos políticos, podía perjudicar la estabilidad, la objetividad y la continuidad del servicio público, en detrimento del interés del Estado y de los ciudadanos» (párrafo 53). Teniendo en cuenta, además, que el alcance de la restricción es limitado, por cuanto la legislación polaca prevé «que éstos conservan el derecho a expresar sus opiniones y preferencias políticas bajo otras formas diferentes a la afiliación a un partido político (...), no parece que esta medida tenga por vocación prohibir la eventual implicación de los agentes concernidos en la actividad política; solo se aplica a las actividades susceptibles de implicar una real posibilidad para ellos de influir sobre el poder

---

<sup>71</sup> Sobre tal categoría verse GARCÍA ROCA, J., *El Margen de Apreciación Nacional en la Interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: Soberanía e Integración*, Civitas-Instituto de Derecho Parlamentario, Madrid, 2010.

y la política del Estado» (párrafo 57). Y así es como decide que el límite basado en la neutralidad política no atenta contra el artículo 11 CEDH<sup>72</sup>.

También se enjuició el *caso Szima* contra Hungría, decidido por STEDH de 9 de octubre de 2012 (sobre una presunta vulneración del derecho a la libertad de expresión). Al publicar una serie de opiniones polémicas en la web del sindicato, a la demandante –veterana policía y líder de una importante central sindical– se la sanciona por insubordinación. El pleito llega hasta Estrasburgo, donde alegará que se ha vulnerado su derecho a la libertad de expresión en relación con su derecho al libre ejercicio de la actividad sindical. Pero el Tribunal no está de acuerdo con dicha aseveración. Recuerda este su doctrina sobre la libertad de expresión en general y también sobre la que específicamente rige para las Fuerzas Armadas y cuerpos policiales. Así, el TEDH llega a la conclusión de que se cumplen todas las exigencias del test de constitucionalidad europeo. Primero, porque la medida está prevista por el Código Penal. Segundo, porque establecer límites específicos al ejercicio de los derechos para garantizar la disciplina inherente a esos cuerpos es un fin que se antoja necesario en una sociedad democrática (párrafo 25).

El Tribunal consideró que se cumplía, además, el requisito de la «necesidad social imperiosa». Y lo argumenta así: «El Tribunal observa que, en algunos documentos publicados en la página web (...) la demandante planteó cuestiones laborales, tales como remuneraciones pendientes de pago, que afectaban a los militares, incluyendo a los miembros del sindicato (...). Sin embargo, también criticó la forma en la que los líderes de la policía manejaban las fuerzas del or-

---

<sup>72</sup> El Juez Thor Björgvinsson emitió opinión concordante, donde dijo haber votado «(...) con grandes dudas la no violación del Convenio en el presente asunto. Como señala el apartado 45 de la sentencia, el Tribunal Constitucional polaco juzgó que las restricciones en litigio podían justificarse por consideraciones debidas del pasado comunista del país. Estimando que éstas continúan siendo pertinentes en Polonia, nuestro Tribunal admite que las restricciones en litigio son importantes para preservar la confianza legítima de los ciudadanos en el Estado y sus instituciones. Me parece un poco raro que el Tribunal Constitucional polaco haya estimado que Polonia se encontraba todavía, en cierta manera, en un período transitorio más de doce años después del hundimiento del sistema comunista. Por tanto, no soy capaz de rechazar esta opinión. Después de todo, el Tribunal Constitucional está mejor situado que un Juez internacional para valorar la necesidad de las restricciones en causa a la luz de la situación actual. Sin embargo, pienso que las limitaciones impuestas al derecho del demandante a adherirse a un partido político solo pueden justificarse teniendo en cuenta este contexto histórico y transitorio. Fuera de este período excepcional de transición, ningún argumento puede, en mi opinión, legitimar la imposición de una prohibición definitiva a adherirse a un partido político a personas que se encuentran en la misma situación que el demandante. Es por ello que suscribo la opinión formulada por el Juez Fischbach en su opinión disidente adjunta a la Sentencia Rekvényi contra Hungría (TEDH 1999, 23), según la cual «(...) las malas experiencias del régimen comunista deberían incitar a los responsables políticos a cambiar de pedagogía con el fin de consolidar el proceso democrático y de preparar el futuro para un espíritu de apertura y tolerancia»».

den, y los acusó de faltar al respeto a los ciudadanos y de servir a los intereses políticos en general (...). Para el Tribunal, estos últimos pronunciamientos, sobrepasan el mandato de un dirigente sindical, porque en absoluto está relacionado con la protección de los intereses laborales de los sindicalistas. Por tanto, dichas declaraciones, se han realizado fuera del ámbito legítimo de las actividades sindicales, y deben ser consideradas desde la perspectiva de la libertad de expresión en general más que desde el punto de vista particular de las expresiones sindicales. Recordando el artículo 11.2 CEDH, dirá que «las restricciones impuestas a los tres grupos mencionados deben interpretarse estrictamente y por tanto deben limitarse al «ejercicio» de los derechos en cuestión, es decir, estas restricciones no deben comprometer la esencia misma del derecho a sindicarse (...). Por ello, «el Tribunal aplicará el mismo criterio en el contexto del artículo 10 y hace hincapié en que el derecho a la libertad de expresión pertenece a todos, incluidos los miembros de las Fuerzas Armadas» (párrafo 31).

De ese modo, «[e]l Tribunal comparte la opinión de los tribunales nacionales respecto a la naturaleza de las opiniones expresadas acerca de la práctica de la gestión policial. Se admite que esas acusaciones –en particular las que acusan la gestión de los altos cargos de policía, de orientación política e intenciones ocultas, rebeliones, falta de profesionalidad y nepotismo– eran de hecho, aunque representasen juicios de valor, capaces de causar insubordinación, ya que podrían desacreditar la legitimidad del funcionamiento de la policía, más todavía desde que la demandante no aportó ninguna base fáctica para aclarar esas declaraciones (...). La demandante, como un jefe de policía, tiene una influencia considerable sobre los sindicalistas y otros militares, entre otras cosas, mediante el control de la página web del sindicato. Como un oficial de alto rango y líder sindical, la demandante debería haber ejercido su derecho a la libertad de expresión de conformidad con las obligaciones y responsabilidades que este derecho lleva consigo en las circunstancias específicas de su situación y en vista de la especial necesidad de disciplina en las fuerzas del orden (...) –y esto incluso enfrentando el interés general adjunto de permitir la crítica como la transparencia, profesionalismo y respeto a la Ley dentro de las fuerzas del orden. El Tribunal observa que, al entrar en la policía, la demandante debería haber sido consciente de las limitaciones que se aplican a los funcionarios en el ejercicio de sus derechos. Teniendo en cuenta el margen de apreciación aplicable a estos casos (...) el mantenimiento de la disciplina sancionando opiniones acusatorias que debiliten su confianza y la credibilidad de la dirección de policía, representa una «necesidad social imperiosa», y los motivos citados por las autoridades nacionales para justificarlo, son pertinentes y suficientes (...) especialmente en vista de la sanción relativamente leve impuesta a la demandante (...)» (párrafo 32)<sup>73</sup>.

---

<sup>73</sup> El Juez Tulkens, a la sazón Presidente del Tribunal, evacuó una opinión disidente que induce a la reflexión. Los motivos gravitaban en torno a lo que consideraba una vul-

### 5.3. *El deber de neutralidad política como una exigencia derivada de las funciones atribuidas a las Fuerzas Armadas*

Hasta ahora se ha visto cómo los derechos políticos de los militares han sido tradicionalmente limitados, sobre todo, para garantizar la jerarquía y disciplina inherente a las Fuerzas Armadas. Y también se ha visto que ello ha tenido su rúbrica legislativa y su convalidación jurisprudencial, tanto en instancias nacionales como internacionales. Creemos que existen algunas razones desde la óptica interna para que el principio de neutralidad política se incluya dentro de dicho acervo<sup>74</sup>.

Lo primero que debe hacerse notar es que dicha *asepsia* no sólo opera como consecuencia directa de la «estricta subordinación [de las Fuerzas Armadas] a la sociedad a la que sirven» —que lo hace, sin duda— sino como algo, si cabe, más importante; bien mirada nuestra reciente Historia puede que el mantenimiento de dicha neutralidad fuera el principal factor que garantizó la transición militar en España, motivo que supuso un «éxito de proporciones históricas en un país con una larga y abundosa tradición de golpes, pronunciamientos y militaradas varias»<sup>75</sup>.

La importancia del postulado queda acreditada, también, al observar que es una variable de la mayor importancia, dado que sirve para indagar acerca de la *democraticidad* del sistema<sup>76</sup>; operación que se realiza teniendo en

---

neración del artículo 10 CEDH. Y dirá: «Tanto el derecho a la libertad de expresión garantizado en el artículo 10.1 del Convenio, como las limitaciones y restricciones previstas en el artículo 10.2, deben aplicarse de la misma manera y con el mismo rigor. A este respecto, teniendo en cuenta las cuestiones planteadas en este caso, soy incapaz de encontrar qué medidas adoptadas contra la demandante eran proporcionales al fin perseguido» (apartado 3). Además, critica el criterio mayoritario por eludir la vertiente sindical del caso para centrarse exclusivamente en la libertad de expresión (apartado 4), así como por reconocer que a la demandante se la prohibió en sede nacional aportar pruebas, para luego decir que «en sus ataques sobre las actividades de la dirección de la Policía, la demandante no pudo relacionar sus ofensivos juicios de valor a los hechos» (apartado 5). Finalmente, reflexiona sobre la propia medida punitiva, defendiendo que mientras «que la sanción puede ser considerada como leve, no se puede decirse lo mismo con la degradación, que en mi opinión es una sanción severa, y en el contexto del presente caso, desproporcionada» (apartado 6).

<sup>74</sup> En ese sentido, vid. CASADO BURBANO, P., «La Despolitización de los Militares Profesionales en la España Democrática», *op. cit.*, p. 5; MOZO SEOANE, A., «Reflexiones sobre los derechos y deberes del militar profesional», *op. cit.* y CORRALES ELIZONDO, A., «Consideración sobre un posible estatuto general de derechos y obligaciones del militar profesional en el marco de la ley 17/1999, de 18 de mayo», *op. cit.*, p. 20 y ss.

<sup>75</sup> Así lo dice REQUENA Y DÍAZ DE REVENGA, M., «Transición militar y valoración pública», *Claves de Razón Práctica*, núm. 229, 2013, p. 22.

<sup>76</sup> Operación que de alguna manera ya había llevado a cabo FINER, estudiando comparadamente el *nivel de cultura política*. Lo que vino a demostrar el politólogo británico era que allí donde este era escaso la intervención política de los Ejércitos era mucho más

cuenta, a su vez, si las Fuerzas Armadas del país de turno tienen poco o mucho peso en el ámbito político<sup>77</sup>. Y algunas investigaciones muestran que, para alcanzar el objetivo –para conocer si estamos ante una democracia homologable como tal– aquéllas deben abandonar cualquier vestigio o reducto de poder político (siendo el *militarismo* algo sospechoso)<sup>78</sup>. De lo que se deduce que el éxito en el aseguramiento de la neutralidad política ha tenido como feliz consecuencia para España la más que buena salud democrática de sus FAS<sup>79</sup>.

Pero es que, además, existen algunas disposiciones desde la propia Constitución que sirven de apoyo a la tesis referida. Si las Fuerzas Armadas que se recogen en el artículo 8 CE se integran en la Administración General del

---

probable que en aquellos lugares donde este era elevado. Vid. FINER, S.E., *The Man On Horseback. The Role of the Military in Politics*, Penguin Books, Harmondsworth, Middlesex, 1976, p. 77 y ss.

<sup>77</sup> Variable que, siguiendo a Martínez, estaría integrada, entre otros factores, por el apartidismo, y por la limitación de determinados derechos y libertades públicas. Vid. MARTÍNEZ, R., «Nuevos tiempos para las Fuerzas Armadas en democracia y nuevos perfiles de sus componentes», *Working Paper*, núm. 321, Institut de Ciències Polítiques y Socials-Universitat Autònoma de Barcelona, Barcelona, 2013, p. 7 (<<http://www.icps.cat/archivos/Workingpapers/wp321.pdf>>. Acceso: 7 de mayo de 2014). Egipto es un preocupante ejemplo de lo que se quiere decir. El Ejército golpista que depuso al Presidente Morsi dirigió el proceso que desembocó en una nueva Constitución para el país (votada en referéndum con una participación del 38.6% y un 98.1% de «síes»). Algunos artículos de la misma abren la puerta a ese *Ejército tutelar* que ha sido ampliamente superado en latitudes democráticas; y, por ello, a la posibilidad de convertirse de facto en el auténtico y supremo árbitro político del sistema. Primero, dado que el artículo 201 obliga a que el Ministro de Defensa –Comandante en Jefe de estas, sólo por debajo del Presidente de la República– sea un Oficial; y el artículo 234 establece que durante ocho años –dos mandatos presidenciales– la persona que lo ocupe deberá obtener el plácet del Consejo Superior de las Fuerzas Armadas. Segundo, debido a que el artículo 203 crea y regula un Consejo Nacional de la Defensa que tiene atribuida responsabilidad exclusiva sobre el presupuesto de Defensa (controlando así el 35% del PIB patrio). Y tercero, porque el artículo 204 extiende la jurisdicción penal militar a los civiles en diversos y difusos supuestos. Un ejemplar de la Constitución aludida, en traducción no oficial, puede verse aquí: <<http://www.sis.gov.eg/Newvvr/Dustor-en001.pdf>> (consultado el 18 de junio de 2014). El diagnóstico parece claro: estamos ante un «Estado administrado por los militares», según el criterio de GÓMEZ GARCÍA, L., «Egipto, represión y Constitución», *El País*, 28 de diciembre de 2013 (el texto se ha leído el 19 de junio aquí: <[http://elpais.com/elpais/2013/12/19/opinion/1387448357\\_772808.html](http://elpais.com/elpais/2013/12/19/opinion/1387448357_772808.html)>).

<sup>78</sup> Véase LÓPEZ RAMÓN, F., *La Caracterización Jurídica de las Fuerzas Armadas*, Centro de Estudios Constitucionales, *op. cit.*, p. 7 y ss. Entendiendo por militarismo aquella «tendencia ideológica que pretende implantar usos, estilos, leyes o costumbres militares en la vida política de una nación». Esa es la definición que da PUELL DE LA VILLA, F., *Historia del Ejército en España*, Alianza Editorial, Madrid, 2005, p. 291.

<sup>79</sup> MARTÍNEZ, R., «Nuevos tiempos para las Fuerzas Armadas en democracia y nuevos perfiles de sus componentes»*op. cit.*, p. 6 y ss.

Estado (aun con las peculiaridades que le son propias)<sup>80</sup>, se les debe exigir que cumplan con los cometidos constitucionales atribuidos respetando las exigencias derivadas de tal afirmación<sup>81</sup>. Ello supone conectar, al menos, los artículos 8, 97 y 103 CE, concluyendo que la eficacia y la neutralidad —el tercer precepto habla de «imparcialidad»<sup>82</sup>— serán criterios del todo punto exigibles a la hora de realizar las funciones asignadas. Funciones que queda-

<sup>80</sup> Se está haciendo referencia al que quizá sea el debate más longevo y que atraviesa toda la materia: el de la naturaleza jurídica de las Fuerzas Armadas. Es bien sabido que las posturas son básicamente dos, con una tercera que podría decirse ecléctica. La primera es la que defiende que aquéllas son una *Institución*, lo que implica que lo militar, en general, es y debe ser diferente a lo civil; por ello, los valores intrínsecos al oficio deben primar por encima de cualquier otra consideración (jerarquía y disciplina, básicamente), limitándose el Derecho «general» a recordarlo, y dejando para el Derecho «específico» (militar) la regulación de tales extremos. No obstante, también debe hacerse notar la riqueza de matices que varios autores realizan desde dicha visión. Vid. TRILLO-FIGUEROA, F., «Las Fuerzas Armadas en la Constitución Española. (Esbozo de una construcción institucional)», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 12, 1979, pp. 105-140; LÓPEZ GARRIDO, D., «La Posición Constitucional de las Fuerzas Armadas», *Revista de Administración Pública*, 1983, núm. 100-102, pp. 949-971; FERNÁNDEZ-FLORES, J.L., «Los fundamentos del orden jurídico militar en el estado social y democrático de derecho», *op. cit.*, pp. 263-274; y FERNÁNDEZ SEGADO, F., «La Posición Constitucional de las Fuerzas Armadas», *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 67, 1996, pp. 13-71. Recientemente, puede verse LÓPEZ MEDEL, J., «El Ejército como institución. Análisis del artículo 8 CE», *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 99, 2012, pp. 373-391. Del otro lado, varios autores defienden que las Fuerzas Armadas son una *Administración Pública*, por lo que quedan integradas como cualquier otra en el marco del ordenamiento jurídico general (aunque muchos de estos autores son conscientes de la importancia de los valores aludidos para un correcto funcionamiento de aquéllas). Representantes de esta línea serían GUAITA, A., «La Administración Militar», *Revista de Administración Pública*, núm. 7, 1952, pp. 105-126; LÓPEZ RAMÓN, F., *La Caracterización Jurídica de las Fuerzas Armadas*, *op. cit.*, pp. 316 y ss; BLANCO VALDÉS, R., *La Ordenación Constitucional de la Defensa*, *op. cit.*, p. 64 y ss; MOZO SEOANE, A., «Las Fuerzas Armadas y su Ordenamiento Jurídico (Una relectura del debate sobre el artículo 8 de la Constitución)», *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 65, 1995, pp. 609-629; también BLANQUER CRIADO, D., *Ciudadano y Soldado. La Constitución y el Servicio Militar*, *op. cit.*, p. 233 y ss; COTINO HUESO, L., *El Modelo Constitucional de Fuerzas Armadas*, *op. cit.*, *pássim*; y PASCUA MATEO, F., *Fuerzas Armadas y Derechos Políticos*, *op. cit.*, p. 35 y ss. Posturas más o menos eclécticas podrían ser la de HERRERO DE MIÑÓN, M., «Tareas Constitucionales de las Fuerzas Armadas: entre el Interés Nacional y la Supranacionalidad», *Discurso pronunciado en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, 12 de diciembre de 2000 (consultado aquí: <<http://www.racmip.es/publicaciones/discursos.cfm>>, el 10 de mayo de 2014); y la de LÓPEZ DE GEA, J., «El Estatuto Jurídico de las Fuerzas Armadas», *Revista de Derecho-UNED*, núm. 12, 2013, pp. 397 y ss.

<sup>81</sup> Por todos, véase LÓPEZ RAMÓN, F.; *La Caracterización Jurídica de las Fuerzas Armadas*, Centro de Estudios Constitucionales, *op. cit.*, *pássim*.

<sup>82</sup> Vid. PEÑARRUBIA IZA, J.M.<sup>a</sup>, *Presupuestos Constitucionales de la Función Militar*, *op. cit.*, p. 152.



rán incardinadas en la Defensa Nacional, categoría que a su vez «trasciende y desborda, tanto desde el punto de vista orgánico como material a las FAS»<sup>83</sup>.

Tales principios influyen en el cumplimiento de las misiones constitucionales, independientemente de que el margen de decisión de las Fuerzas Armadas en torno a las mismas sea inexistente (que parece que lo es<sup>84</sup>). El Gobierno de la Nación, como órgano constitucional de la mayor relevancia, tiene atribuida la dirección de la política interior y exterior, así como la Administración civil y militar (*ex artículo 97 CE*)<sup>85</sup>. Una mayor implicación militar en la vida política puede generar una mayor tentación de cuestionar las órdenes gubernamentales que –repárese en esto– provienen del exacto cumplimiento de lo que unas (pero también) las otras exigen<sup>86</sup>. Es decir, que

<sup>83</sup> Tomamos las palabras de MOZO SEOANE, A., «Las Fuerzas Armadas y su Ordenamiento Jurídico (Una relectura del debate sobre el artículo 8 de la Constitución)», *op. cit.*, p. 626. Esto significa, con otras palabras, que nuestros Ejércitos ni son ni pueden ser actores políticos autónomos que decidan el qué, el cómo y/o el cuándo de su puesta en marcha. Pero todavía existen voces que se oponen a ello. Se alude al General de División (r.), D. Juan Antonio Chicharro, quien se despachó públicamente con aseveraciones tales como que «la patria es anterior y más importante que la democracia», o que «el patriotismo es un sentimiento y la Constitución no es más que una ley». Eso bastaba, a su juicio y conforme a una interpretación nada jurídica del artículo 8 CE, para actuar militarmente contra lo que llamó «la ofensiva separatista-secesionista». Los pormenores del incidente quedaron recogidos en los principales periódicos. Véase <[http://politica.elpais.com/politica/2013/02/27/actualidad/1361994938\\_586044.html](http://politica.elpais.com/politica/2013/02/27/actualidad/1361994938_586044.html)> (consultado el 19 de junio de 2014).

<sup>84</sup> La mejor doctrina militar y civil viene insistiendo sin ambages en tal extremo. Un representante de la primera ha dicho en ese sentido que «una intervención militar independiente (...) está muy lejos de ser admitida en nuestra doctrina constitucional, hoy, si queremos ser respetuosos con el principio de supremacía civil (...)». *Vid.* LÓPEZ DE GEA, J., «El Estatuto Jurídico de las Fuerzas Armadas», *op. cit.*, p. 394.

<sup>85</sup> Por todos, *vid.* BLANCO VALDÉS, R., *La Ordenación Constitucional de la Defensa*, *op. cit.*, *pássim*.

<sup>86</sup> Da cuenta de ello sin paliativos la LODN. Su artículo 5 recuerda que «corresponde al Gobierno determinar la política de defensa y asegurar su ejecución, así como dirigir la Administración militar (...)». El artículo 6 establece que al Presidente del Gobierno le corresponde «(...) la dirección de la política de defensa y la determinación de sus objetivos, la gestión de las situaciones de crisis que afecten a la defensa y la dirección estratégica de las operaciones militares en caso de uso de la fuerza (...)». Además, «(...) ejerce su autoridad para ordenar, coordinar y dirigir la actuación de las Fuerzas Armadas así como disponer su empleo». También «le corresponde de forma específica (...) formular la Directiva de Defensa Nacional, en la que se establecerán las líneas generales de la política de defensa y las directrices para su desarrollo (...) definir y aprobar los grandes objetivos y planteamientos estratégicos (...)», determinar la aplicación de los objetivos y las líneas básicas de actuación de las Fuerzas Armadas, tanto en el ámbito nacional como en el de la participación en las organizaciones internacionales de las que España forma parte, (...) y ordenar las misiones de las Fuerzas Armadas. Finalmente, el artículo 7 se ocupa de atri-

los Ejércitos podrían acabar siendo vistos como un actor político más —con todo lo que eso supone<sup>87</sup>— cuando quizá lo más adecuado sea verle como lo que creemos que son: el brazo armado de un Estado que, en caso de necesidad real y de cumplirse los requisitos jurídicos estipulados al efecto, se acciona a través de quien tiene competencia para ello (fundamentalmente el Ejecutivo<sup>88</sup>).

Valga de ejemplo un caso extremo y esperemos que nunca materializado en el futuro: la declaración del estado de sitio<sup>89</sup>. El juego del artículo 116.4 CE hace descansar en el Gobierno la «propuesta exclusiva» de dicha decla-

---

buir al Ministro de Defensa, entre otras materias, «(...) el desarrollo y la ejecución de la política de defensa (...), (...) dirigir la actuación de las Fuerzas Armadas bajo autoridad del Presidente del Gobierno (...), y determinar y ejecutar la política militar (...)».

<sup>87</sup> Acudiendo de nuevo al estudio de FINER, la intervención política del Ejército puede revestir cuatro modalidades distintas: la influencia; la presión-chantaje; el desplazamiento (de las autoridades civiles legítimas); y la suplantación (de las autoridades civiles legítimas). A su juicio la primera de ellas sería la única aceptable en un sistema constitucional-democrático; o en expresión del autor, la que se realiza siguiendo los «canales constitucionales normales» (aunque advirtiendo que, en ocasiones, las diferencias entre la primera y la segunda categoría son muy difusas). Vid. FINER, S.E., *The Man On Horseback. The Role of the Military in Politics*, op. cit., p. 127 y ss.

<sup>88</sup> El Parlamento tiene una importancia creciente en estas cuestiones, tal y como muestra el artículo 4 LODN, donde se le atribuyen diversas funciones tales como «a) Otorgar las autorizaciones previas para prestar el consentimiento del Estado a obligarse por medio de los tratados y convenios internacionales, así como las restantes autorizaciones previstas en el artículo 94.1.b) de la Constitución; b) Aprobar las leyes relativas a la defensa y los créditos presupuestarios correspondientes; c) Debatir las líneas generales de la política de defensa. A estos efectos, el Gobierno presentará las iniciativas correspondientes, singularmente los planes de reclutamiento y modernización; d) Controlar la acción del Gobierno en materia de defensa; e) Acordar la autorización a que se refiere el artículo 63.3 de la Constitución». Además, «al Congreso de los Diputados le corresponde autorizar, con carácter previo, la participación de las Fuerzas Armadas en misiones fuera del territorio nacional, de acuerdo con lo establecido en esta Ley».

<sup>89</sup> En este terreno se ha desarrollado una corriente doctrinal, quizá mayoritaria, que defiende que para activar a las Fuerzas Armadas a la hora de llevar a cabo cualquiera de las misiones del artículo 8 CE se debería declarar previa e inexcusablemente dicho estado. El sector que parece minoritario es el que sostiene lo contrario; bajo este prisma, el Gobierno quedaría limitado sólo materialmente por la enumeración que realiza el precepto, quedando sólo sujeto, en puridad, a un control netamente político. Vid. LÓPEZ RAMÓN, F., *La Caracterización Jurídica de las Fuerzas Armadas*, Centro de Estudios Constitucionales, op. cit., pp. 324 y 325. Otros autores consideran preferible, para clarificar el asunto, que no se enumeren dichas misiones en la Constitución. Vid. LAFUENTE BALLE, J.M<sup>a</sup>., «Sobre el carácter taxativo o declarativo de la relación de las misiones atribuidas a las Fuerzas Armadas en el artículo 8 de la Constitución», *Revista de Derecho Político*, núm. 36, 1992, p. 71. Sobre las situaciones de excepcionalidad en general, puede verse FERNÁNDEZ SEGADO, F., *El Estado de Excepción en el Derecho Constitucional Español*, EDESA, Madrid, 1978; CRUZ VILLALÓN, P., *Estados Excepcionales y Suspensión de Garan-*

ración, debiendo confirmarla el Congreso de los Diputados mediante mayoría absoluta. Incluso en este supuesto –el que quizá sea el más gravoso, porque estaría en juego la propia supervivencia del país– no existiría margen alguno de decisión para el estamento militar<sup>90</sup>. Para que eso siga siendo así, para preservar que sean los órganos jurídico-políticos los que lleven a cabo sus tareas –que, insistimos, son obligaciones constitucionales y, por ello, sometidas a un riguroso deber de cumplirlas–, se antoja necesario que los militares se preparen para defender el mismo cuando así se les ordene, evitando crear un caldo de cultivo que acabaría por provocar efectos contrarios a los deseados<sup>91</sup>.

Si a ello se le añade que el propio Tribunal Constitucional estableció, expresamente, que esos dos órganos constitucionales –Gobierno y Parlamento– son los *superiores jerárquicos* de todo soldado (STC 371/1993, de 13 de diciembre, FFJJ 5 y 8); que la neutralidad política es un valor necesario a la hora de afrontar las misiones del artículo 8.1 CE (STC 101/1991, de 13 de mayo, FJ 4); y que, en general, la salvaguarda de otros bienes y valores constitucionales es fundamento bastante para limitar de forma proporcionada los derechos fundamentales de los militares (línea que nace con el ATC 375/1983, de 30 de julio), no parece que la conclusión pueda ser otra que la señalada.

En el otro lado, no cabe desconocer las dudas doctrinales que arrancan del principio de *favor libertatis*. Por ello, las limitaciones de los derechos políticos sólo deberían ser las necesarias e indispensables en aras de garantizar tales extremos<sup>92</sup>. En ese sentido, algunos autores interpretan que quien debe observar neutralidad es la institución militar como tal, no sus miembros individualmente considerados<sup>93</sup>. La evolución del principio no ha sido escasa y,

---

*tías*, Tecnos, Madrid, 1994. También ÁLVAREZ GARCÍA, V., *El Concepto de Necesidad en Derecho Público*, Civitas, Madrid, 1996.

<sup>90</sup> Vid. LÓPEZ RAMÓN, F., *La Caracterización Jurídica de las Fuerzas Armadas*, op. cit., p. 326 y ss., y BLANCO VALDÉS, R., *La Ordenación Constitucional de la Defensa*, op. cit., p. 70 y ss.

<sup>91</sup> Y es que, en definitiva, el sistema constitucional espera de todo militar que defienda la principal norma de convivencia que nos hemos dado, como es la Constitución (así se establece, verbigracia, en el artículo 5 de LODDMFAS: «El militar guardará y hará guardar la Constitución como norma fundamental del Estado y cumplirá las obligaciones militares derivadas de las misiones establecidas en la Constitución y en la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional, con sujeción a las reglas de comportamiento que se definen en esta ley»..

<sup>92</sup> Vid. BLANQUER CRIADO, D., *Ciudadano y Soldado. La Constitución y el Servicio Militar*, op. cit., p. 514 y ss; seguido por PASCUA MATEO, F., *Fuerzas Armadas y Derechos Políticos*, op. cit., p. 144 y ss.

<sup>93</sup> Por todos, véase PEÑARRUBIA IZA, J.M<sup>a</sup>., *Presupuestos Constitucionales de la Función Militar*, op. cit., p. 152; y COTINO HUESO, L., *El Modelo Constitucional de Fuerzas Armadas*, op. cit., p. 385 y ss. Esta línea de pensamiento se observa ya en la obra del profesor Blanquer, quien propuso un símil que ha hecho cierta fortuna en la doctrina. Dirá

por ello, quizá el futuro vea con menos miedo una apertura del estatuto jurídico-político del militar que en épocas pasadas era impensable (dados los condicionantes por todos conocidos)<sup>94</sup>. Y se vuelve a recordar lo pernicioso de unas restricciones tan severas porque reproducirían con ello, a la postre, una suerte de acantonamiento que expulsaría al militar de la vida política, creándole la sensación de quedar completamente al margen del sistema<sup>95</sup>.

Por tanto, la cuestión residiría en intentar acotar qué exigencias concretas se derivan de dicha neutralidad; las que caigan dentro de esta permitirían desde la óptica constitucional limitar los derechos políticos de los miembros de las FAS; *sensu contrario*, aquellas que no fueran una exigencia derivada de garantizar la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones no podrían servir como justificación para restringir tales derechos. Así, se ha avanzado una serie de circunstancias objetivas que permitirían conocer si la eventual actividad política del militar compromete o no la aludida neutralidad. Estas serían: el lugar de ejercicio del derecho en cuestión, el momento de su ejercicio, si se despliega de forma individual y/o colectiva, la finalidad y el contenido de dicho ejercicio, si se manifiesta o no la condición militar, y el rango/cargo/empleo ocupado. Aplicadas al caso concreto, servirían para saber si la restricción al derecho en cuestión cumple con los cánones jurídicos al uso<sup>96</sup>.

Otro criterio que podría sumarse a dicha relación es el que proviene de la diferencia que, desde hace ya lustros, se viene haciendo notar por ciertos sectores doctrinales<sup>97</sup>. Se interpreta que el *apoliticismo* es una cosa y el *apartidismo* otra, lo que dejaría la puerta abierta a permitir cierta participación política del militar. La consecuencia de dicha afirmación, que se comparte aquí en sus líneas generales, eleva de dificultad la empresa, porque obligaría

---

que «(...) la neutralidad es a la política lo que la aconfesionalidad es a la religión. Para que la Administración sea laica no es imprescindible que los funcionarios lo sean (...)». *Vid.* BLANQUER CRIADO, D; *Ciudadano y Soldado. La Constitución y el Servicio Militar*, *op. cit.*, p. 515.

<sup>94</sup> *Vid.* PEÑARRUBIA IZA, J.M<sup>a</sup>, *Presupuestos Constitucionales de la Función Militar*, *op. cit.*, p. 152.

<sup>95</sup> *Vid.* BLANQUER CRIADO, D; *Ciudadano y Soldado. La Constitución y el Servicio Militar*, *op. cit.*, p. 515 y ss.

<sup>96</sup> *Vid.* COTINO HUESO, L; *El Modelo Constitucional de Fuerzas Armadas*, *op. cit.*, p. 387.

<sup>97</sup> Uno de los autores más destacados de esta corriente ya dijo en 1984 que «(...) apartidismo no significa apoliticismo. Las Fuerzas Armadas como cualquier otra institución del Estado, deben realizar ante el Gobierno la política que más le convenga para el mejor cumplimiento de la misión que la Constitución le tiene señalada. El apoliticismo del militar es una aberración que le conduce a un vacío intelectual. No podemos olvidar que antes de ser militar, se es ciudadano y como tal, animal político, que debe sentir y vivir las inquietudes de sus semejantes. Por otra parte, la tan traída y llevada integración social del militar no podrá conseguirse si no se siente identificado con los problemas de toda índole que se producen en su país». *Vid.* MORALES VILLANUEVA, M.A., «Derechos y libertades del militar profesional», *op. cit.*, p. 91.

al legislador –si así lo estima– a llevar a cabo una labor de selección y despiece para dirimir qué actos individuales serían *políticos* y qué actos individuales tendrían que ver con la *causa partidista*<sup>98</sup>.

## 6. CONCLUSIÓN

El régimen jurídico de los derechos políticos de los militares españoles sigue siendo, a la luz de su nuevo marco regulador, sumamente restrictivo. Esto, que tradicionalmente y con carácter general ha obtenido el plácet normativo, jurisprudencial, y doctrinal debido a la necesidad de salvaguardar los principios básicos que estructuran las FAS –jerarquía, disciplina, unidad, y eficacia– también opera respecto a la neutralidad política.

Limitar tales derechos en aras de garantizar la imparcialidad del militar es una técnica ampliamente difundida en otras latitudes que no sólo cabe en el marco jurídico de nuestras obligaciones internacionales, sino que cuando las altas jurisdicciones han tenido que conocer de litigios relacionados con la misma, han aceptado directa e indirectamente su legitimidad y adecuación jurídica. En suma, no parece que se cuestione seriamente lo necesario de la neutralidad política del militar en activo, ni desde el punto de vista político, ni social, ni jurídico.

Justo por todo ello, conviene dedicarle algunos esfuerzos adicionales a la causa para intentar acotar qué exigencias reales plantea. Desde aquí sólo se ha pretendido apuntar algunas razones que conducen a pensar que el diagnóstico aludido no es desacertado. A partir de ahí, se abren algunas posibilidades sugerentes que, a través de la interacción de los diferentes actores en liza, podría ayudar a pulir el status jurídico-político de los miembros de nuestras FAS. A buen seguro que el esfuerzo merecerá la pena para el ordenamiento constitucional en conjunto.

*TITLE: The Political Rights of the Armed Forces Members in light of the Political Neutrality Principle.*

*RESUMEN: El texto pretende estudiar algunas cuestiones relacionadas con los derechos políticos de los militares, a la luz del nuevo régimen jurídico regulado en la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de Derechos y Deberes de los Miembros de las Fuerzas Armadas. Luego de hacer un repaso por la letra de dicha regulación y por la jurisprudencia constitucional en la materia, se reflexionará sobre el principio de neutralidad política*

<sup>98</sup> La no intervención en dicha causa es lo que explica que el hecho de ser militar impida competir en cualquier proceso electoral, a tenor del artículo 70.1.e) CE. Así parece interpretar la neutralidad política RODRÍGUEZ RAMOS, L., «Fundamentos del orden jurídico militar en el estado social y democrático», *op. cit.*, p. 261.

*como un límite adecuado constitucionalmente a la hora de restringir tales derechos.*

*PALABRAS CLAVE: Constitución, Derechos Fundamentales, Derechos Políticos, Neutralidad Política, Fuerzas Armadas.*

*ABSTRACT: The text aims to study a couple of issues dealing with the political rights of the Spanish Armed Forces members, given the new legal frame settled in the 9/2011 Organic Act. After a brief review of it, and after doing the same thing with the constitutional jurisprudence ruled in the matter, it would be consider how the political neutrality principle is an acceptable constitutional limit when constricting those political rights.*

*KEYWORDS: Constitution, Fundamental Rights, Political Rights, Political Neutrality, Armed Forces.*

*RECIBIDO: 21.07.2014*

*ACEPTADO: 18.11.2014*

# PROBLEMAS DE EFECTIVIDAD DEL DERECHO DE LA UE. EL ÁREA DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS COMO BANCO DE PRUEBAS

José Ramón Canedo Arrillaga

---

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA SAGA DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS Y SU IMPACTO EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA. 3. LOS PROBLEMAS PARA HACER EFECTIVO EL DERECHO DE LA UE FRENTE A LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS. 4. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

---

## 1. INTRODUCCIÓN

El sector del derecho de los consumidores y otros conexos han sufrido en tiempos recientes fuertes sacudidas cuyo origen está en el Derecho de la Unión Europea. Tanto la Sentencia de junio de 2012 dictada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) en el asunto Banesto<sup>1</sup>, quizás menos «famosa», como la de marzo de 2013 dictada por el mismo Tribunal en el asunto Aziz<sup>2</sup>, han revolucionado partes muy relevantes de nuestro ordenamiento jurídico y, quizás, han servido para demostrar que las normas emitidas por la Unión Europea pueden tener su utilidad para algunos operadores jurídicos internos.

---

<sup>1</sup> Sentencia de la Sala Primera del Tribunal de Justicia de 14 de junio de 2012, asunto C-618/10, Banco Español de Crédito, S.A., ECLI:EU:C:2012:349. El texto de la misma se puede consultar en: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=123843&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=510881>> (última consulta: 30 de octubre de 2014).

<sup>2</sup> Sentencia de la Sala Primera del Tribunal de Justicia de 14 de marzo de 2013, asunto C-415/11, Aziz, ECLI:EU:C:2013:164. El texto se puede consultar en: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=135024&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=512405>> (última consulta: 30 de octubre de 2014).

Sin embargo, y pese al revuelo producido, la aplicación práctica de esa jurisprudencia que en algunos órganos judiciales se está llevando a cabo es cuando menos dudosa. Nos referimos en concreto a la cuestión de la posibilidad para el juez interno de, tras declarar una cláusula como abusiva, integrar el contrato modificando el contenido de dicha cláusula. Esta realidad nos sirve como disculpa para verificar que, en algunas situaciones, las normas del ordenamiento jurídico de la Unión Europea, aun cuando estén dotadas de primacía y de efecto directo, pueden revelarse incapaces de asegurar a sus pretendidos beneficiarios los derechos que intentan crear.

Nos encontraríamos así ante una debilidad consustancial a la naturaleza compleja de este ordenamiento en su relación con los ordenamientos internos, difícilmente subsanable en su etapa actual de desarrollo. No obstante, se apuntará alguna posibilidad, siquiera débil, de mejora de la situación, basada en la jurisprudencia del propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE).

## 2. LA SAGA DE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS Y SU IMPACTO EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

En este punto, la sentencia del TJUE que mejor nos permite empezar a abordar la cuestión es la ya citada del caso Banesto.

Recordemos brevemente los hechos del caso. Se trataba de un contrato de préstamo de 30.000 € para la adquisición de un vehículo suscrito en 2007 entre un consumidor y el Banco Español de Crédito. Entre las condiciones pactadas son relevantes a los efectos que nos ocupan las siguientes: interés retributivo del 7,950 %, TAE del 8,890 % e interés de demora del 29%. La fecha de vencimiento prevista era el 5 de junio de 2014. Antes de alcanzar la citada fecha, el consumidor incumplió su obligación de hacer frente al pago de alguna de las cuotas del préstamo, por lo que el Banco Español de Crédito optó por darlo por vencido anticipadamente y reclamó por vía judicial la cantidad de 29.381,95 euros, más intereses de demora y gastos<sup>3</sup>.

Tras una serie de vicisitudes procesales, el Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Sabadell llegó a la conclusión de que la cláusula sobre intereses de demora era abusiva y fijó el interés de demora en el 19%. Recurrida tal resolución por la entidad bancaria ante la Audiencia Provincial de Barcelona, ésta decide formular cuestión prejudicial al TJUE a fin de aclarar, entre otras cosas y en lo que aquí nos afecta, qué alcance tiene el art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores.

---

<sup>3</sup> Para un comentario de esa sentencia desde una perspectiva diferente, puede verse CANEDO ARRILLAGA, J. R.; GORDILLO PÉREZ, L. I., «Tutela judicial, autonomía procedimental y efectividad del Derecho de la Unión», *Revista General de Derecho Constitucional*, n.º 15, 2012, pág. 15.



Dicha disposición dicta que «(l)os Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus Derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas»<sup>4</sup>. La pregunta remitida por la Audiencia Provincial ponía en relación esta disposición de la Directiva con el art. 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. Como es bien sabido, este precepto interno, tras declarar que las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas, impone al juez la obligación de integración del contrato y de moderar los derechos y obligaciones de las partes contenidas en el mismo.

El punto de partida adoptado por el TJUE para abordar esta cuestión es la consideración general de esa Directiva de protección de consumidores. La citada norma asume que, en este tipo de contratos, el consumidor se encuentra en una posición de desventaja frente al profesional, entendiendo por tal toda persona física o jurídica que, en las transacciones reguladas por la Directiva, actúe dentro del marco de su actividad profesional, ya sea pública o privada (art. 1). Tal situación de inicio supone para el consumidor la incapacidad para negociar el contenido de algunas cláusulas contractuales, situación de hecho que se pretende paliar gracias al art. 6.1 de la citada Directiva, al que ya nos hemos referido, que obliga a los Estados miembros a que, en sus ordenamientos jurídicos, se prevea de manera imperativa que las cláusulas abusivas no vinculen a los consumidores. La consecuencia natural será, obviamente, la necesidad de una intervención judicial activa en favor del consumidor cuando se dan las circunstancias de hecho oportunas<sup>5</sup>. El juez

---

<sup>4</sup> En la sentencia de 30 de abril de 2014, en el asunto C-26/13, Kásler, ECLI:EU:C:2014:282, todavía no publicada, se entiende que un contrato de préstamo hipotecario denominado en divisas no puede subsistir si se considera abusiva una cláusula que faculte al banco para calcular las cuotas mensuales de devolución vencidas sobre la base de la cotización de venta de la divisa, mientras que el importe del préstamo entregado se fijó en función de la cotización de compra que aplica para esa divisa. En estas circunstancias, el TJUE entiende que la Directiva no se opone a una normativa nacional que permite al juez nacional subsanar la nulidad de esa cláusula sustituyéndola por una disposición supletoria del Derecho nacional. El texto se puede consultar aquí: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=151524&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=291709>> (última consulta: 30 de octubre de 2014).

<sup>5</sup> Sentencias Banesto, citada en la nota 1, apartado 40; de 26 de octubre de 2006, Mostaza Claro, C-168/05, Rec. p. I-10421, ECLI:EU:C:2006:675, apartado 36; de 6 de octubre de 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C-40/08, Rec. p. I-09579, ECLI:EU:C:2009:615, apartado 30; de 9 de noviembre de 2010, VB Pénzügyi Lizing, C-137/08, Rec. p. I-10847, ECLI:EU:C:2010:659, apartado 47, y de 15 de marzo de

interno tendrá que declarar, incluso de oficio, si una cláusula incluida en ese tipo de contratos es abusiva y, en su caso, deberá extraer las consecuencias, haciéndola inaplicable, salvo que el consumidor se oponga a ello<sup>6,7</sup>.

En su sentencia comentada, el TJUE, tras declarar contraria a la Directiva la normativa procesal española que no permitía al juez que conoce de una demanda en un procedimiento monitorio examinar de oficio –in limine litis ni en ninguna fase del procedimiento– el carácter abusivo de una cláusula sobre intereses de demora contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, declara así mismo contrario a la norma europea el mencionado artículo 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007 en la medida en que «atribuye al juez nacional, cuando éste declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la facultad de integrar dicho contrato modificando el contenido de la cláusula abusiva». Tal y como recuerda el Tribunal (apartado 68), la Directiva impone a los Estados miembros la obligación de prever medios adecuados y eficaces «para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores» (art. 7). Así las cosas, *«si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en tales contratos, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva 93/13»* dado que esto *«contribuiría a eliminar el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas no se apliquen frente a los consumidores (...) en la medida en que los profesionales podrían verse tentados a utilizar cláusulas abusivas al saber que, aun cuando llegara a declararse la nulidad de las mismas, el contrato podría ser integrado por el juez nacional en lo que fuera necesario, garantizando de este modo el interés de dichos profesionales»* (apartado 69) y no ofreciendo a los consumidores una protección tan eficaz como la resultante de la no aplicación de las cláusulas abusivas.

Con posterioridad y como ya se ha dicho, el TJUE dictó una nueva sentencia relacionada con nuestro ordenamiento jurídico y la protección de consumidores en el asunto Aziz y como resultado de ésta, el legislador español decidió llevar a cabo una reforma del ordenamiento jurídico con vistas a

---

2012, Pereničová y Perenič, C-453/10, ECLI:EU:C:2012:144, apartado 28 (publicada en la Rec. electrónica).

<sup>6</sup> Sentencias Banesto, antes citada, apartado 42; Mostaza Claro, antes citada, apartado 38; de 4 de junio de 2009, Pannon GSM, C-243/08, Rec. p. I-4713, apartado 31; Asturcom Telecomunicaciones, antes citada, apartado 32, y VB Pénzügyi Lízing, antes citada, apartado 49.

<sup>7</sup> Sobre la posibilidad de que el consumidor se oponga a la inaplicación, véase la Sentencia Pannon, antes citada, apartado 33.

«reforzar la protección a los deudores hipotecarios»<sup>8</sup>. De entre los varios aspectos cubiertos por esta Ley, destacamos a los efectos de este artículo la previsión contenida en el art. 3, en virtud de la cual se modifica el art. 114 de la Ley Hipotecaria, añadiéndole un tercer párrafo a fin de limitar los intereses de demora de préstamos o créditos para la adquisición de vivienda habitual garantizados con hipoteca sobre la misma vivienda a un máximo de tres veces el interés legal del dinero. Por su parte, la Disposición Transitoria Segunda de la Ley 1/2013 dispone, a los efectos que aquí nos ocupan, que la limitación antedicha de intereses es aplicable a los procedimientos de ejecución o venta extrajudicial iniciados y no concluidos antes del 15 de mayo de 2013, así como a los procedimientos en los que se haya fijado ya la cantidad por la que se solicita que se despache ejecución o la venta extrajudicial.

En relación con la cuestión que analizamos, los Tribunales españoles han adoptado resoluciones sustancialmente divergentes.

Se ha decantado una línea jurisprudencial que, tras la consideración de abusiva de una cláusula de intereses moratorios excesivamente altos, opta por declararla nula y, como consecuencia, exonera al consumidor del pago de esos intereses. Ejemplo de esta línea sería la sentencia de la sección 8.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Valencia de 8 de julio de 2013, n.º 316/2013, en la que dicha sección rectifica el criterio del juzgador de instancia, que había recalculado los intereses moratorios, y opta por dejar sin efecto el pronunciamiento de dicha resolución en lo tocante a la condena al pago de intereses moratorios. Al mismo resultado llegó por su parte la sección 2.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Lleida, en sentencia de 17 de octubre de 2013, n.º 390/2013.

En el mismo sentido, el Juzgado de Primera Instancia n.º 38, Barcelona, en Auto de 1 octubre de 2013, n.º 268/2013, optó por seguir la ejecución de un préstamo hipotecario si bien sin aplicación de intereses moratorios. En este caso el juzgador argumenta la imposibilidad de moderar tales intereses o incluso de aplicar los intereses legales desde la reclamación judicial, tanto por el hecho de que la parte interesada no lo solicitó «como por el sentido de exclusión de la sentencia del TJUE de 14 de junio de 2012 y los argumentos aducidos».

En otra línea, algunas resoluciones judiciales han optado por declarar nula una cláusula de intereses moratorios por considerarla abusiva pero han decidido integrar el contrato fijando un tipo de interés no abusivo. La Sección 9.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Madrid en Sentencia de 19 de septiembre de 2013, n.º 386/2013, ratifica la dictada por el Juzgado de 1.<sup>a</sup> Instancia n.º 3 de Madrid en la que éste estableció como interés moratorio a pagar en 2,5 veces el interés legal del dinero (inspirándose en las previsiones contenidas en la

---

<sup>8</sup> Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social, BOE 116/2013, de 15 de mayo de 2013.

Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo). En el mismo sentido se pronunció el Juzgado de Primera Instancia n.º 12 de Valladolid, en su auto de 24 de abril de 2013, procd. n.º 486/2011.

Finalmente, otra línea jurisprudencial se ha decantado, tras fundamentar el carácter abusivo de determinadas cláusulas de intereses moratorios, por entender que, no obstante, procede considerar que el principal devenga como interés de demora únicamente el interés legal del dinero, sobre la base del art. 1108 del Código Civil. El razonamiento es que, tras declarar nula la cláusula contractual, es aplicable la citada disposición, dada la falta de pacto sobre ese punto. En este sentido se han pronunciado, por ejemplo, la sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra, en sentencia de 24 de septiembre de 2013, n.º 351/2013; la sección 12.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, en sentencia de 16 de julio de 2014, n.º 387/2014; la sección 14.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, en sentencia de 26 de junio de 2014, n.º 248/2014; la sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Cádiz, en sentencia de 22 de julio de 2014, n.º 176/2014; la sección 13.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona, en sentencia de 1 de septiembre de 2014, n.º 405/2014; la sección 11.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, en sentencia de 24 de julio de 2014, n.º 276/2014.

En fechas recientes, se ha añadido un elemento más al paisaje que analizamos, relevante para la tesis del artículo. Nos referimos a las conclusiones presentadas el 16 de octubre de 2014 por el Abogado General Wahl en los asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, Unicaja Banco y Caixabank<sup>9</sup>. Las mismas se encuadran en diversas peticiones de interpretación de la Directiva 93/13 formuladas por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 2 de Marchena (Sevilla). Pese a que las preguntas planteadas son cuatro, el Abogado General las reconduce a dos.

Por un lado, estudia si la Directiva 93/13, y en particular su artículo 6, apartado 1, obliga al juez interno a eliminar una cláusula contractual que establece el interés de demora considerado abusivo o si, por el contrario, el juzgador debe moderar el tipo de interés o admitir tal moderación por parte de la entidad bancaria.

A este respecto, el Abogado General entiende, junto con el juzgador nacional, que la cuestión ya ha sido resuelta por el TJUE con anterioridad, en concreto en las sentencias Banco Español de Crédito, ya citada, y Asbeek

---

<sup>9</sup> Conclusiones del Abogado General Wahl de 16 de octubre de 2014, asuntos acumulados C-482/13, C-484/13, C-485/13 y C-487/13, Unicaja Banco y Caixabank, ECLI:EU:C:2014:2299, todavía no publicadas. El texto se puede consultar aquí: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=158644&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=291709>> (última consulta: 30 de octubre de 2014).

Brusse y Man Garabito<sup>10</sup>. Así, afirma lo ya evidente: por un lado, que el juez nacional debe declarar nula la cláusula que considere abusiva; y, por otro y en relación con las cláusulas penales, que «el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 no puede interpretarse en el sentido de que permita al juez nacional, cuando aprecie el carácter abusivo de una cláusula penal en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, reducir el importe de la pena contractual impuesta al consumidor, en lugar de excluir plenamente la aplicación frente a éste de la referida cláusula»<sup>11</sup>.

La segunda cuestión prejudicial gira en torno a la compatibilidad de la Disposición Transitoria Segunda de la Ley 1/2013 con la Directiva 93/13. En concreto, el Abogado General estudia si, «en procedimientos de ejecución hipotecaria, el acreedor que exige el pago de intereses de demora en virtud de una cláusula contractual que establece tales intereses a un tipo superior al máximo legal (tres veces el interés legal del dinero) puede recalcular el tipo de los intereses de demora de forma que no exceda de ese límite».

El Abogado General analiza el sentido de la citada Disposición Adicional Segunda de la Ley 1/2013 a la luz de las aclaraciones aportadas por el Gobierno español en el acto de la vista. Según Wahl, tal disposición no obliga al juez nacional a moderar el tipo de los intereses de demora contenidos en cláusulas consideradas abusivas. Por un lado, la Disposición Transitoria no sólo se aplica a cláusulas contenidas en contratos que se encuentran dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 (por ejemplo, porque las cláusulas han sido negociadas individualmente o porque han sido redactadas de manera clara y comprensible). Por otro lado, y siempre según el criterio del Gobierno español, el objetivo tanto del nuevo apartado 3 incluido en el art. 144 de la Ley Hipotecaria como de la referida Disposición Transitoria Segunda de la Ley 1/2013 es «limitar la cantidad máxima garantizada con el bien hipotecado para limitar el alcance de las obligaciones contractuales exigibles a través de la garantía hipotecaria respecto de terceros», cuando nos encontremos ante préstamos garantizados con hipotecas constituidas sobre la vivienda habitual del deudor.

Ante esa interpretación, el Abogado General se plantea la posibilidad, sugerida (pero no fundamentada) por el Juzgado de Marchena, de si ese límite máximo en los intereses moratorios al que se refieren las disposiciones citadas puede jugar a la hora de decidir si unos intereses concretos son o no

---

<sup>10</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 30 de mayo de 2013, asunto C-488/11, Asbeek Brusse y de Man Garabito, ECLI:EU:C:2013:341, todavía no publicada. El texto se puede consultar aquí: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=137830&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=291709>> (última consulta: 30 de octubre de 2014).

<sup>11</sup> Apartado 27 de las Conclusiones, en el que se cita el apartado 59 de la sentencia Asbeek Brusse y Man Garabito, ya citada en la nota anterior.

abusivos. Ante tal posibilidad, Wahl entiende que «no es posible extraer la consecuencia de que cualquier tipo contractual superior a ese límite sea automáticamente abusivo con arreglo a la Directiva o que cualquier tipo inferior a dicho límite automáticamente no lo sea. No existe un criterio infalible que permita apreciar automáticamente si una cláusula de intereses moratorios es abusiva», a lo que añade que «(r)esulta evidente que la mera comparación de una cláusula de intereses moratorios con un múltiplo del interés legal del dinero es absolutamente insuficiente para adoptar una posición fundada acerca de su carácter abusivo», análisis que debería basarse en el importe y en la duración del préstamo. Finalmente, dichas conclusiones se cierran con un apartado 46 en el que se afirma literalmente que, en el caso de que el órgano jurisdiccional remitente se incline por considerar que los tipos de los intereses moratorios de los préstamos hipotecarios en cuestión son efectivamente abusivos, «de mi respuesta a la primera cuestión, antes expuesta, se desprende que el órgano jurisdiccional remitente debe garantizar que los consumidores no se encuentren vinculados por esas cláusulas sin que sea posible moderar el propio tipo o sustituirlo por un tipo establecido por la legislación española».

### 3. LOS PROBLEMAS PARA HACER EFECTIVO EL DERECHO DE LA UE FRENTE A LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

Nuestro análisis de los problemas de efectividad real del Derecho de la Unión Europea va a tomar como punto de partida las resoluciones de los tribunales españoles en las que se opta por la fijación de unos intereses a pagar por el consumidor, sean los fijados en la propia resolución moderando los del contrato, sean lo que derivan de la aplicación del art. 1108 del Código Civil. Vaya por delante que, a nuestro entender, la primera de las opciones no se sostiene a la luz del conjunto de la jurisprudencia del TJUE sobre la Directiva 93/13.

No obstante, es perfectamente posible que incluso la segunda opción sea inviable. Recordemos que, en la base de la jurisprudencia sobre el art. 6 de la Directiva 93/13, está la consideración de que la finalidad de la misma es la protección que se pretende garantizar a los consumidores. Este interés público obliga a los Estados, en virtud del art. 7 de la Directiva, a prever medios adecuados y eficaces «para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores». Estas bases llevan a Tribunal a afirmar que «si el juez nacional tuviera la facultad de modificar el contenido de las cláusulas abusivas que figuran en tales contratos, dicha facultad podría poner en peligro la consecución del objetivo a largo plazo previsto en el artículo 7 de la Directiva ya que la mencionada facultad debilitaría el efecto disuasorio que ejerce sobre los profesionales el hecho de que, pura y simplemente, tales cláusulas abusivas

no se apliquen frente a los consumidores»<sup>12</sup> (sentencia Banco Español de Crédito, ya citada, apartados 66 a 69).

Si, como hacen algunas sentencias citadas, tras declarar la nulidad de la cláusula de intereses moratorios, se aplica el art. 1108 CC, se estaría beneficiando en cierta medida a quien ha incluido la cláusula abusiva en el contrato. Por decirlo de otro modo, la entidad crediticia no tendría tanto que perder al incluir este tipo de cláusulas si, finalmente, se le conceden unos intereses como los recogidos en el art. 1108 CC. No estamos defendiendo la incompatibilidad genérica de dicha disposición con la jurisprudencia de Luxemburgo, sino lo inadecuado de su aplicación a este tipo de situaciones, dado que al hacerlo se debilitaría el efecto disuasorio que se pretende ejercer sobre los profesionales. Recordemos, por otro lado, la afirmación del Abogado General Wahl: «sin que sea posible moderar el propio tipo o sustituirlo por un tipo establecido por la legislación española». Esta última referencia, aunque pensada para la Ley 1/2013, podría ser aplicable así mismo al art. 1108 CC.

Esta interpretación vendría apoyada de igual modo por la especial consideración que el TJUE da a las disposiciones de esta Directiva. En efecto, tanto en la sentencia *Asbeek Brusse y de Man Garabito* (apartado 38) como la dictada en el asunto *Banesto* (apartado 40) o la sentencia *Banif Plus Bank* (apartado 20)<sup>13</sup>, el TJUE ha declarado el art. 6.1 como norma imperativa, a lo que ha añadido que «dada la naturaleza y la importancia del interés público en que se basa la protección que la Directiva otorga a los consumidores, el artículo 6 de dicha Directiva debe considerarse una norma equivalente a las disposiciones nacionales que, en el ordenamiento jurídico interno, tienen rango de normas de orden público (véanse la sentencia de 6 de octubre de 2009, *Asturcom Telecomunicaciones*, C-40/08, Rec. p. I-9579, apartado 52, y el auto de 16 de noviembre de 2010, *Pohotovost*, C-76/10, Rec. p I-11557, apartado 50). Debe considerarse que esa calificación se extiende a todas las disposiciones de la Directiva que sean indispensables para la realización del objetivo pretendido por el citado artículo 6»<sup>14</sup>.

A efectos argumentativos, vamos a imaginar que tal condena al pago de intereses es considerada por el TJUE como contraria a la Directiva 93/13, sea en la sentencia que dicte en el caso *Unicaja Banco y Caixabank* –supuesto poco probable– o en cualquiera posterior.

<sup>12</sup> Sentencia *Asbeek Brusse y de Man Garabito*, apartado 58; o sentencia *Banesto*, apartados 66 a 69.

<sup>13</sup> Sentencia del Tribunal de 21 de febrero de 2013, asunto C-472/11, *Banif Plus Bank*, ECLI:EU:C:2013:88, todavía no publicada. El texto se puede consultar aquí: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=134101&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=291709>> (última consulta: 30 de octubre de 2014).

<sup>14</sup> Sentencia *Asbeek Brusse y de Man Garabito*, apartado 44.

Partiendo de ese supuesto, vamos a considerar las posibles vías jurídicas de las que dispondrían aquellos consumidores condenados a esos pagos de intereses. Obviamente, si la sentencia condenatoria está en plazo para ser recurrida o el recurso está pendiente de resolución, la nueva jurisprudencia que pudiera sentar la jurisdicción de Luxemburgo desplegaría todos sus efectos en su favor. Recordemos que las sentencias dictadas por el TJUE como resultado de una cuestión prejudicial no sólo vinculan al órgano jurisdiccional que la planteó, sino a los que pudieran conocer del mismo asunto por vía de recurso o a cualquier otro órgano jurisdiccional de un Estado miembro de la Unión Europea<sup>15</sup>.

En caso de que la sentencia del tribunal interno fuese o hubiese devenido firme, los problemas a los que debería enfrentarse el consumidor crecen exponencialmente. Es bien sabido que no resulta factible formular recurso de revisión de sentencias definitivas en un supuesto como el que nos ocupa. En consecuencia, el citado consumidor tendría ante sí la posibilidad de formular una reclamación por responsabilidad extracontractual contra el Estado por incumplimiento de Derecho de la UE. El incumplimiento es potencialmente doble. Por un lado, podría existir si el tribunal sentenciador no formuló cuestión prejudicial pese a adoptar resoluciones no susceptibles de recurso en Derecho interno (art. 234 TFUE). Para que tal opción exista, es necesario que ante el juez interno se hayan suscitado dudas sobre la interpretación en este caso de la Directiva 93/13. Recordemos en este punto que si un órgano jurisdiccional interno, estando obligado a hacerlo en virtud del párrafo tercero del art. 267 TFUE, no formula la oportuna cuestión prejudicial y no justifica por qué no lo hace, estaría infringiendo el art. 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, tal y como ha sentenciado recientemente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia *Dhahbi c. Italia*<sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup> Por todas, véase la sentencia del Tribunal de 30 de marzo de 2006, asunto C-184/04, *Uudenkaupungin kaupunki*, ECLI:EU:C:2006:214, Rec. p. 3039, en cuyo apartado 53 puede leerse: «Conforme a reiterada jurisprudencia, la interpretación que, en el ejercicio de la competencia que le confiere el artículo 234 CE, haga el Tribunal de Justicia de una norma de Derecho comunitario aclara y precisa, cuando sea necesario, el significado y el alcance de dicha norma, tal como debe o habría debido ser entendida y aplicada desde el momento de su entrada en vigor. De ello resulta que la norma que haya sido interpretada por este Tribunal puede y debe ser aplicada por el juez incluso a relaciones jurídicas nacidas y constituidas antes de la sentencia que resuelva sobre la petición de interpretación, si además se reúnen los requisitos que permiten someter a los órganos jurisdiccionales competentes un litigio relativo a la aplicación de dicha norma».

<sup>16</sup> Sentencia de 8 de abril de 2014, 17120/09. Su texto puede consultarse aquí: <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-142504>> (última consulta: 30 de octubre de 2014). En ese caso, el TEDH considera que hay violación del art. 6 del Convenio (derecho a un proceso equitativo) en la medida en que la Corte de Casación italiana no



Así mismo sería posible la reclamación al entender que incumplimiento deriva de una interpretación errónea de la Directiva 93/13 al conceder intereses moratorios en contra de lo dispuesto en el art. 6 de la misma, interpretado a la luz del objetivo general de la norma. No es impedimento para esta reclamación el hecho de que la sentencia del TJUE que establezca la inaplicabilidad del art. 1108 CC –siempre en el supuesto de que se dicte tal resolución– se haya dictado con posterioridad a la interna. Como es bien sabido, el TJUE, cuando dicta sentencia en respuesta a una cuestión prejudicial en interpretación de una norma UE, ofrece la interpretación con efectos *ex tunc*, es decir, la interpretación que debía haberse dado a la misma desde el momento en que se adoptó y por lo tanto con efecto retroactivo pleno<sup>17</sup>.

El régimen jurídico de tal reclamación lo encontraríamos en la sentencia *Brasserie de pêcheur y Factortame III*<sup>18</sup>. Para que un particular tenga derecho a indemnización por los daños sufridos como consecuencia del incumplimiento estatal es necesario que la norma infringida tuviese como objetivo crear derechos para los particulares. Tal requisito no ofrece problemas en nuestro caso. La segunda condición consiste en que la violación sea suficientemente caracterizada, determinación que deberá hacer el juez nacional tomando en consideración, entre otros, el grado de claridad y precisión de la norma vulnerada, la amplitud del margen de apreciación que la misma conceda a los Estados, el carácter intencional o involuntario de un eventual error de Derecho, su carácter excusable o inexcusable o el hecho de que el comportamiento adoptado por las instituciones de la UE hayan podido contribuir a la omisión, la adopción o al mantenimiento de medidas o prácticas nacionales contrarias al Derecho de la UE. Finalmente, el juez interno deberá constatar la existencia de un nexo de causalidad entre el incumplimiento y el daño causado<sup>19</sup>.

Ahora bien, siendo cierto que esa vía jurídica existe, y dejando al margen los problemas que puedan derivar por ejemplo del costo de este proceso para alguien que, por definición, no se encuentra en buena situación económica –pero que, disponiendo de una vivienda pudiera no tener acceso al beneficio de justicia gratuita–, no lo es menos que las reclamaciones de daños y perjui-

---

se ampara en la excepción del acto claro para no formular la cuestión prejudicial sino que simplemente opta por no formularla sin justificación alguna. La posibilidad ya se había apuntado en la sentencia *Vergauwen* en 2012, pero en aquel supuesto no se entendió que había habido violación del Convenio. Sentencia *Vergauwen* y otros c. Bélgica, de 10 de abril de 2012, 4832/04. Su texto puede consultarse aquí: <<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-110889>> (última consulta: 30 de octubre de 2014).

<sup>17</sup> Ver por todas la sentencia *Uudenkaupungin kaupunki*, citada en la nota 15.

<sup>18</sup> Sentencia del Tribunal de 5 de marzo de 1996, asuntos acumulados C-46/93 y C-48/93, ECLI:EU:C:1996:79, Rec. p. 1029.

<sup>19</sup> Apartados 51 y 56, esencialmente.

cios contra el Estado por incumplimiento de Derecho de la UE cuando quien ha incumplido es un tribunal de justicia resultan ciertamente difíciles.

Recordemos que el TJUE ha aceptado como principio que tal circunstancia pueda darse. Así, en la sentencia Köbler<sup>20</sup>, el Tribunal afirma que «el principio según el cual los Estados miembros están obligados a reparar los daños causados a los particulares por violaciones del Derecho comunitario que les sean imputables también se aplica cuando la violación de que se trate se derive de una resolución de un órgano jurisdiccional que resuelva en última instancia», si se dan las condiciones reseñadas de *Brasserie du pêcheur*. No obstante, el propio Tribunal dispone así mismo que «para determinar si la violación está suficientemente caracterizada cuando se derive de una resolución de ese tipo, el juez nacional competente debe examinar, habida cuenta de la especificidad de la función jurisdiccional, si dicha violación presenta un carácter manifiesto», circunstancia que se daría si se tratase de una resolución dictada con un desconocimiento manifiesto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la materia. La posibilidad y sus limitaciones se vieron corroboradas posteriormente en la sentencia *Traghetti del Mediterraneo*<sup>21</sup>.

#### 4. CONCLUSIONES

Como hemos podido ver, ante resoluciones judiciales que pudieran estar aplicando una interpretación errónea de la jurisprudencia europea sobre las cláusulas abusivas en contra del consumidor, las vías jurídicas al alcance de éste pueden tener una viabilidad escasa, dada la debilidad que se presume a ese consumidor tanto frente a las entidades crediticias con ante unos tribunales internos que, ante distintas posibles interpretaciones de la norma europea, optan por una de ellas sin plantear la oportuna cuestión prejudicial ante el TJUE. Esta actitud es tanto más sorprendente cuanto que hemos podido asistir en tiempos recientes a un revolcón judicial de enjundia por parte del Tribunal de Luxemburgo en cuanto a buena parte de las normas procesales que rigen tanto el procedimiento monitorio como las ejecuciones de créditos hipotecarios. Y frente a esa realidad de cambios muy sustantivos e inesperados provocados por la jurisprudencia europea, muchos jueces internos, con muy honrosas excepciones, optan por la vía *autista* de no consultar al máximo intérprete de las normas de la Unión, con los consiguientes daños que esto pudiera irrogar a los consumidores.

Si bien en un contexto diferente y con un trasfondo teórico distinto, otro ejemplo de escasa efectividad real de las normas de la Unión Europea nos lo

<sup>20</sup> Sentencia del Tribunal de 30 de septiembre de 2003, asunto C- 224/01, Köbler, ECLI:EU:C:2003:513, Rec. p. 10239.

<sup>21</sup> Sentencia del Tribunal de 13 de junio de 2006, asunto C-173/03, Traghetti del Mediterraneo, ECLI:EU:C:2006:391, Rec. p. 5177.

ha brindado el contencioso del conocido como del «céntimo sanitario». Como es sabido, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictó Sentencia en febrero de 2014 por la que se declaraba que el Impuesto sobre las Ventas Minoristas de Determinados Hidrocarburos es contrario al artículo 3, apartado 2, de la Directiva 92/12/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1992, relativa al régimen general, tenencia, circulación y controles de los productos objeto de impuestos especiales, *«ya que no puede considerarse que tal impuesto persiga una finalidad específica en el sentido de dicha disposición, toda vez que el mencionado impuesto, destinado a financiar el ejercicio, por parte de los entes territoriales interesados, de sus competencias en materia de sanidad y de medioambiente, no tiene por objeto, por sí mismo, garantizar la protección de la salud y del medioambiente»*<sup>22</sup>. En dicha sentencia, el Tribunal no admitió la petición formulada por la Generalitat de Catalunya y el Gobierno español en el sentido de limitar los efectos retroactivos de la misma. Invocaban al efecto las repercusiones económicas graves que tendría una sentencia que realice dicha declaración de ilegalidad, dado que el Impuesto alcanzó un rendimiento de alrededor de trece mil millones de euros entre 2002 y 2011, según las propias Administraciones (apartado 38 de la Sentencia).

La consecuencia de la declaración de incompatibilidad de la normativa española con la Directiva es la obligación de devolución de lo indebidamente cobrado. Sin embargo, para que tal devolución se lleve a cabo, se exige, con toda lógica, la presentación por parte de los afectados de documentación que permita demostrar el pago de tales recargos. En la práctica es obvio que, en el caso de los particulares, la posibilidad de que hayan guardado tal documentación es muy escasa, por no decir nula. Pero incluso en el de los profesionales parece que la recuperación no sería sencilla<sup>23</sup>. Resulta claro que el incumplimiento del Derecho de la Unión en el que ha incurrido el Estado le ha resultado a éste altamente rentable y que, a la postre, el ordenamiento de la UE tiene dificultades para desplegar todos sus efectos beneficiosos en favor de sus destinatarios finales.

---

<sup>22</sup> Sentencia del TJUE de 27 de febrero de 2014, asunto C-82/12, Transportes Jordi Besora, S.L., ECLI:EU:C:2014:108, todavía no publicada en el Repertorio. Se puede consultar el texto en: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=148383&pageIndex=0&doclang=es&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=125913>> (última consulta: 30 de octubre de 2014).

<sup>23</sup> En la rueda de prensa que ofreció el Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas el 30 de septiembre de 2014, afirmó que la cantidad destinada en los presupuestos de 2015 a tal devolución ascendería a 2.000 millones de euros, si bien parece que la cantidad final se acercaría más a los 2.500. De hecho, el 13 de noviembre de 2014 el Ministerio de Hacienda y el Comité Nacional del Transporte por Carretera alcanzaron acuerdo que supondría elevar la cantidad devuelta hasta esos 2.500 millones citados.

## BIBLIOGRAFÍA

- BALLUGERA GÓMEZ, C., «Integración de cláusulas declaradas nulas por abusivas: visión general», *Diario La Ley*, n.º 8330, Sección Doctrina, 1 de Julio de 2014.
- CANEDO ARRILLAGA, J. R.; GORDILLO PÉREZ, L. I., «Tutela judicial, autonomía procedimental y efectividad del Derecho de la Unión», *Revista General de Derecho Constitucional*, n.º 15, 2012.
- CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L. H., «La progresiva degradación de nuestro ordenamiento en materia de cláusulas contractuales abusivas», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 5, 2014, pp. 29-42.
- CÓRDOBA CASTROVERDE, D., «¿Cumple nuestro ordenamiento los requisitos exigidos por la sentencia Köbler?», *Civitas. Revista Española de Derecho Europeo*, n.º 37, 2011, pp. 7-36.
- ESTRADA ALONSO, E.; FERNÁNDEZ CHACÓN, I., «Ejecución hipotecaria y cláusulas abusivas (A propósito de la cuestión prejudicial planteada en el asunto «Mohamed Aziz» c. Catalunya-caixa)», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año n.º 89, n.º 735, 2013, pp. 173-244.
- FERNÁNDEZ SEIJO, J. M.<sup>a</sup>, «Un año después de la Sentencia del caso Aziz», *Món Jurídic. Revista de l'il.lustre col.legi d'advocats de barcelona*, n.º 286, abril 2014, pp. 16-17.
- GÓMEZ DE LIAÑO FONSECA HERRERO, M., «El control de oficio de las cláusulas abusivas. El juez nacional como garante de la protección del consumidor», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, n.º 26, 2014, pp. 313-328.
- GONZÁLEZ CLAVIJO, J. R., «Comentarios sobre la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala primera) de 14 de marzo de 2013 (asunto C-415/11, Mohamed Aziz-Catalunyacaixa)», *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 30, mayo 2013.
- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., «El procedimiento de ejecución de bienes hipotecados cuando existen cláusulas abusivas en el préstamo hipotecario que lo originó: consecuencias de la STJUE 14 marzo de 2003 y de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año n.º 89, n.º 738, 2013, pp. 2667-2690.
- IGLESIAS SÁNCHEZ, S., «Unfair terms in mortgage loans and protection of housing in times of economic crisis: Aziz v. Catalunya-caixa – Case C-415/11, Mohamed Aziz v. Catalunya-caixa, Judgment of the Court of Justice (First Chamber) of 14 March 2013», *Common Market Law Review*, Vol. 51, n.º 3, 2014, pp. 955-974.
- LO SCHIAVO, G., «Droit européen de la consommation (arrêt «Aziz»)», *Revue du droit de l'Union Européenne*, n.º 2, 2013, pp. 359-365.
- MARTÍNEZ ESPÍN, P., «¿Qué hay de nuevo en materia de cláusulas abusivas?», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, n.º 9, 2014, pp. 76-84.
- PASCUAL SERRATS, R., «El recurso por responsabilidad extracontractual», en *El sistema jurisdiccional de la Unión Europea*, coord. por Virginia Pardo Iranzo, José Luis Iglesias Buhigues, Juan Montero Aroca, 2013, pp. 155-172.
- PAZOS CASTRO, R., «El control de las cláusulas abusivas y la autonomía de la voluntad del consumidor ante el juez (comentario a la STJUE de 30 de mayo de 2013, Asbeek Brusse y De Man Garabito)», *Boletín del Ministerio de Justicia*, año 68, n.º 2162, 2014, pp. 1-17.

- POIARES MADURO, M.; AZOULAI, L. (eds.), *The Past and the Future of EU Law*, Hart Publishing, Oxford, 2010.
- ROBIN-OLIVIER, S., «The evolution of direct effect in the EU: Stocktaking, problems, projections», *International Journal of Constitutional Law*, vol. 12, n.º 1, 2014, pp. 165-188.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. P., «Tribunal de Justicia de la Unión Europea – TJUE – Sentencia de 14.03.2013, Mohamed Aziz, C-415/11 – «Directiva 93/13/CEE – Contratos celebrados con consumidores – Préstamo hipotecario – Procedimiento de ejecución hipotecaria – Facultades del juez nacional – Cláusulas abusivas» – Incidencia del carácter abusivo de una cláusula contractual sobre el procedimiento de ejecución hipotecaria», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año n.º 17, n.º 44, 2013, pp. 327-344.
- SCHERR, K. M., «Comparative aspects of the application of the principle of State liability for judicial breaches», *ERA Forum*, marzo 2012, Vol. 12, n.º 4, pp. 565-588.
- WARD, A., *Judicial Review and the Rights of Private Parties in EU Law*, 2.ª edición, OUP, 2007.

*TITLE: Problems of effectiveness of EU law. The area of unfair terms as test bench.*

*RESUMEN: Pese al profundo alcance que algunas normas del ordenamiento jurídico de la Unión Europea (UE) buscar conseguir, la aplicación que por parte de los tribunales internos se hace de las mismas no siempre se ajusta al fin perseguido. Por otro lado, existen situaciones en las que el propio ordenamiento europeo no es capaz de asegurar la protección buscada para los particulares, especialmente en conflictos contra empresas o contra el propio Estado.*

*PALABRAS CLAVE: Cláusulas abusivas, Intereses moratorios, Aplicación interna del Derecho UE, Valor de la jurisprudencia del TJUE, reclamación de daños y perjuicios por incumplimiento del Derecho UE.*

*ABSTRACT: Despite the deep reach some pieces of the European Union legal order legal try to reach, their application by domestic courts does not always achieve the aim pursued. On the other hand, there are situations in which the European legal order itself is not able to ensure the protection sought for individuals, especially in disputes against companies or against the State itself.*

*KEYWORDS: Unfair terms, Interests on late payments, Internal application of EU law, Value of the CJEU case law, Member states liability for breach of EU law.*

*RECIBIDO: 11.11.2014  
ACEPTADO: 26.11.2014*



# LA PROTECCIÓN DEL INTERÉS GENERAL POR PARTE DE LA ADMINISTRACIÓN Y DEL DERECHO ADMINISTRATIVO. (UN ESTUDIO DESDE LA TEORÍA JURÍDICA Y LA FILOSOFÍA POLÍTICA)<sup>1</sup>

M.<sup>a</sup> Isabel Garrido Gómez

---

**SUMARIO:** 1. EL NUEVO CONTEXTO. 2. CONSIDERACIÓN ESPECIAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO. 3. LA CONSECUCIÓN DEL INTERÉS GENERAL POR PARTE DE LA ADMINISTRACIÓN. 4. LOS LÍMITES A LA ADMINISTRACIÓN Y LA PROTECCIÓN DEL INTERÉS GENERAL. 5. EL CONTEXTO TRANSFORMACIONAL TEÓRICO Y FILOSÓFICO DEL INTERÉS GENERAL CLÁSICO DESDE UN ENFOQUE GARANTISTA. 6. A MODO DE CONCLUSIÓN. 7. BIBLIOGRAFÍA.

---

## 1. EL NUEVO CONTEXTO

El punto de partida del análisis enunciado en el título de este estudio es que, hoy día, se ha producido una mutación en todos los órdenes y que los paradigmas de la modernidad ilustrada, aunque siguen teniendo mucho que decir, han planteado cuestiones lo suficientemente relevantes como para ser abordadas. Un ejemplo recurrente para valorar el nuevo contexto en el que nos movemos es el que nos muestra Arnaud, pudiéndose sintetizar en los siguientes niveles de análisis: a) Hay «un cambio de los modelos de producción dada por una dislocación de la actividad económica facilitadora de los traslados de una parte de las operaciones de trabajo de un país a otro», contribuyendo al surgimiento de una nueva división internacional laboral; b)

---

<sup>1</sup> Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto Consolider-Ingenio 2010 «El tiempo de los derechos» (CSD2008-00007), y del Proyecto «Derechos humanos, sociedades multiculturales y conflictos» (DER 2012-31771), ambos del Ministerio de Economía y Competitividad de España.

«hay un desarrollo de los mercados de capitales establecidos más allá de las naciones», naciendo un flujo que no tiene en cuenta las fronteras; y c) «hay una creciente expansión de las multinacionales», que tiene «la posibilidad de aumentar en gran medida su producción, dado su poder negocial y de mercado en una economía a escala planetaria». Economía en la que concurre «la importancia creciente de los acuerdos comerciales entre naciones formando bloques económicos regionales de primer nivel»; «un ajuste estructural que engloba la privatización y la disminución del papel del Estado»; «la hegemonía de los conceptos neoliberales en materia de relaciones económicas»; «una tendencia generalizada en el mundo de la democratización, la protección de los derechos del hombre, así como un renovado interés por el Estado de Derecho»; y «la aplicación de actores supranacionales y transnacionales promotores de la democracia y la protección de los derechos del hombre»<sup>2</sup>.

Por otro lado, vistas así las cosas, se observa que existen instituciones que actúan como centros de poder económico, caso de la OMC, el FMI o el Banco Mundial –también la OCDE, o el G7–. En efecto, se puede afirmar que cada uno forma algo similar a un sistema global, en el cual son ellos los únicos responsables en la determinación de las reglas de funcionamiento, de su ejecución y del control de su realización por medio de un sistema de resolución de conflictos, dando lugar a un proceso de *feudalización* de la Administración y del Derecho administrativo. Así pues, esto nos conduce a mantener que la democracia es cada vez menos representativa, menos participativa y alcanza cotas menores de emancipación ciudadana<sup>3</sup>. Al hilo de estos aspectos, el desplazamiento de los poderes de decisión jurídica origina organismos, mecanismos y sistemas supranacionales de coordinación, a lo que se une que de estos procesos derive una pulverización de los cauces de legitimación democrática a favor de una legitimación técnica apoyada en exigencias de funcionamiento que son inherentes a la estructura del sistema<sup>4</sup>.

En definitiva, las fuerzas económicas han potenciado vías y formado organizaciones que escapan, al menos en su gran mayoría, del Estado. En esta dirección, se aprecia que los Estados-nación se van excluyendo progresivamente de los intercambios mundiales, cuya tendencia es a convertirse en transnacionales. Ahora bien, no debemos olvidar que el Estado-nación, a

<sup>2</sup> ARNAUD, A.-J. & FARIÑAS DULCE, M. J., *Sistemas jurídicos: Elementos para un análisis sociológico*, trad. de la segunda parte R. ESCUDERO, Universidad Calos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2006, pp. 280-281.

<sup>3</sup> FARIÑAS, M. J., *Globalización, ciudadanía y derechos humanos*, Dykinson, Madrid, 2004, p. 26; GONZÁLEZ GARCÍA, J. V., «Globalización económica, Administraciones públicas y Derecho administrativo», *Revista de Administración Pública*, n.º 164, 2004, pp. 14-15.

<sup>4</sup> PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 2005, pp. 200 y ss.



pesar de su carácter cada vez más degradado, sigue siendo un punto de referencia obligado. Desde otra perspectiva y en un sentido contradictorio, el movimiento contemporáneo de la globalización acarrea el interés hacia los procesos, identidades y unidades de análisis locales, conllevando un regreso de la sociedad civil cuya representatividad es creciente a la hora de la regulación social<sup>5</sup>.

Llegados a este punto, la pregunta que convendría hacernos es ¿cuál es el mayor problema que se debe tener en cuenta? Pues bien, a este respecto creo que la respuesta de Ferrajoli es muy certera. Según el autor, la credibilidad del Derecho ha entrado en crisis al mostrarse incapaz de dictar normas adecuadas para dar solución a los desafíos de la globalización. Ferrajoli describe la situación como «un vacío de Derecho público a la altura de los nuevos poderes y de los nuevos problemas, como la ausencia de una esfera pública internacional, es decir, de un Derecho y de un sistema de garantías y de instituciones idóneas para disciplinar los nuevos poderes desregulados y salvajes tanto del mercado como de la política»<sup>6</sup>.

Asumiendo los anteriores postulados, no cabe duda de que la idea de la unificación del Derecho en la era de la globalización parte de que hay una nueva relación en las fronteras entre lo público y lo privado. Las Administraciones públicas recurren progresivamente al Derecho privado cuando proceden a la venta de sus activos y emplean la contratación para cumplir con las misiones que tienen encomendadas, prestando servicios de forma indirecta mediante las concesiones a empresas que son privadas, extrapolando a las empresas públicas fórmulas utilizadas en el Derecho privado o recurriendo a la constitución de fundaciones<sup>7</sup>. Esta asunción de contenidos tiene como consecuencia que se haya llegado a hablar de un Derecho común europeo con referencia al Derecho interno de los Estados de la Unión dictado para cumplir con una obligación establecida por las normas de Derecho comunitario<sup>8</sup>.

<sup>5</sup> ARNAUD, A. J., *Entre la modernidad y la globalización*, trad. N. GONZÁLEZ LAJOIE, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000, p. 37; LIMA, J., «Globalización y derechos humanos», *Anuario de Filosofía del Derecho (España)*, t. XVII, 2000, p. 48.

<sup>6</sup> FERRAJOLI, L., «Criminalidad y globalización», trad. M. CARBONELL, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n.º 115, 2006, p. 302.

<sup>7</sup> FURGER, F., «Global Markets, New Games, New Rules: The Challenge of International Private Governance», en APPELBAUM, R. P., FELSTINER, W. L. F. & GESSNER, V., *Rules and Networks. The Legal Culture of Global Business Transactions*, Hart Publishing, Oxford, 2001, pp. 202 y ss.; ZAPATERO, V., *El arte de legislar*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 376-377.

<sup>8</sup> ESTÉVEZ, J. A., «La globalización y las transformaciones del Derecho», en ZAPATERO, V. (ed.), *Horizontes de la Filosofía del Derecho, Homenaje a Luis García San Miguel*, vol. I, Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares, 2002, p. 316; SOUSA SANTOS, B. de, *Toward a New Common Sense: Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*, Routledge, Londres, 1995.

Al mismo tiempo, cada vez más, aparecen normas sustitutorias de las nacidas del Estado liberal y el Derecho decimonónico. Tales normas se caracterizan por ser procedimentales y por servir para reforzar los criterios sociales de control, así su imperatividad es baja, pero no su coercibilidad. No obstante, todo no queda aquí, sino que la lectura de la complejidad anunciada inicialmente se traduce en que el Derecho se reprivatice. Por lo que retrocede el Derecho público, adquiriendo también la idea de la Constitución unos perfiles nuevos al adoptar la forma de «una carta de identidad política y cultural» y actuar como un centro de convergencia de valores en cuyo campo solo tendrían absolutividad, desde un punto de vista sustantivo, los derechos de la ciudadanía y el mantenimiento del pluralismo axiológico, por medio de la adopción de mecanismos neutralizadores de soluciones que siguen una línea homogeneizadora, y de medidas capaces de bloquear la libertad e instaurar una unidad social indiferenciada<sup>9</sup>.

Se puede decir que la globalización contemporánea está produciendo como una regresión del Derecho a las formas que estaban vigentes en la época premoderna. Los problemas más acuciantes son de naturaleza política, más que jurídica, y su origen se encuentra sobre todo en la falta de disposición de las grandes potencias y las grandes empresas multinacionales a someterse a los límites y vínculos que una esfera pública heterónoma llevaría en sí misma<sup>10</sup>. Se puede abogar, como Ferrajoli, por un constitucionalismo y un federalismo global sin Estado, lo que hace muy importante repensar el Estado y el orden internacional desde el punto de vista del constitucionalismo y del garantismo. Lo que para él significa las garantías que se necesitan frente a todos los poderes para que los derechos fundamentales sean tutelados normativamente en cada uno de los niveles, por eso se habla de un orden multinivel, de una democracia constitucional multinivel.

En consecuencia, los elementos estructurales de esta evolución se reservan a las Constituciones, por lo que se explica que en las que corresponden a un sistema de naturaleza rígida que reciben a los derechos humanos en cuanto normas del Derecho internacional general y consuetudinario, ese nivel supraordenado queda reforzado por formar un rango constitucional de las correspondientes normas de recepción. El segundo elemento se expresaría en el sentido de venir constituido por la jerarquía de las fuentes que viene dada por el cuadrilátero de las libertades. El tercer elemento guarda una relación con los anteriormente citados y se corresponde con una legislación que actúa el principio de la paz y los derechos fundamentales internacionalmente esti-

<sup>9</sup> FARIA, J. E., *El Derecho en la economía globalizada*, trad. C. LEMA, Trotta, Madrid, 2004.

<sup>10</sup> FERRAJOLI, L., *Principia iuris. Teoría del Derecho y la democracia*, trad. P. ANDRÉS IBÁÑEZ, J. C. BAYÓN, M. GASCÓN, L. PRIETO & A. RUIZ MIGUEL, Trotta, Madrid, vol. 2, 2011, pp. 538-539.

pulados. El cuarto, también vinculado a los otros tres anteriores y no actuando de forma aislada sin ningún tipo de conexión, tiene relación con la primacía del Derecho internacional de las funciones y las instituciones y garantías en relación con las funciones de gobierno, unas y otras ligadas por una relación de subsidiariedad a las correlativas funciones de naturaleza estatal e infraestatal. El quinto posee naturaleza internacional y se traduce en la idea del federalismo explicado como multiplicación de los centros de poder y distribución de sus competencias entre varios niveles, centrales y periféricos<sup>11</sup>.

Similarmente, se puede subrayar que existen tres líneas de expansión por la lógica interna del constitucionalismo democrático, ellas son la siguientes: Un constitucionalismo político y social más rígido y garantizado, dada la crisis producida de la democracia política y del Estado social. Además, el Estado social se ha desarrollado no únicamente en las formas de las garantías constitucionales de los derechos sociales sino también en la de la expansión de los aparatos burocráticos, el crecimiento de su discrecionalidad política y la acumulación inorgánica de leyes especiales, medidas sectoriales, prácticas administrativas e intervenciones clientelares todas las cuales se exponen a la voluntad y a las políticas demoleedoras de las mayorías. La tercera vía se extiende a las relaciones de Derecho privado ya que es necesario diferenciar dos dimensiones del constitucionalismo de Derecho privado: una es negativa y se traduce en el límite, que se impone a la autonomía privada, de la cuestión de que los derechos fundamentales y los bienes personalísimos son indisponibles. Y la otra es negativa y positiva y consiste en los límites y los vínculos impuestos a la propia autonomía por la garantía de los derechos fundamentales de otros, aparte de por bienes comunes y bienes sociales. Finalmente, la cuarta expansión del paradigma constitucional es la de un constitucionalismo supranacional<sup>12</sup>.

## 2. CONSIDERACIÓN ESPECIAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Según reza el título del estudio que tenemos entre manos, lo que nos interesa primordialmente es analizar qué representa el Derecho administrativo contemporáneo y cuál es su función a la hora de proteger el interés general. Atendiendo, por tanto, a esta cuestión, a primera vista lo más llamativo es la vinculación que muestran las transformaciones del Estado de Derecho y del Derecho administrativo, en el que las cláusulas abiertas y los conceptos jurídicos indeterminados aportan el soporte material sobre el que la discrecionalidad administrativa actúa, asumiendo grandes cotas de libertad<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> FERRAJOLI, L., *Principia iuris. Teoría del Derecho y la democracia*, cit., pp. 540 y ss.

<sup>12</sup> FERRAJOLI, L., *Principia iuris. Teoría del Derecho y la democracia*, cit., pp. 80-84.

<sup>13</sup> AYRES, I. & BRAITHWAITE, J., *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*, Oxford University Press, Nueva York, 1992; y, en concreto, GONZÁLEZ

Por otra parte, existe una fuerte incidencia de lo que Beck ha venido en denominar *sociedad del riesgo*. Esta encuentra su origen en el hecho de que la seguridad se confirma como un bien de consumo más, administrado pública y privadamente para llegar a obtener beneficios. De esta forma, si hay que catalogar un riesgo como peligro no aceptable, ello depende de intereses y no de cuestiones objetivas. La construcción de la seguridad, y el control del pensamiento social y la acción política en la primera etapa de la modernidad, se están haciendo ficticias en el entorno de la *sociedad del riesgo global*<sup>14</sup>. Con estas coordenadas, nos hallamos ante un contexto social que no está responsablemente organizado. La misma sociedad que se mueve por intereses decide cuáles son los riesgos aceptables y cuáles son los peligros inadmisibles. Para hablar de ella, es preciso comenzar a conformar acciones y dar viabilidad a la creación de instituciones internacionales frente a los peligros globales<sup>15</sup>.

Así, la regulación actual no impone ya simples límites de mínimos, como ocurría en el siglo XIX, sino que establece una relación de requisitos condicionantes, razón por la que muchos hablan de un Derecho administrativo neopolicial<sup>16</sup>. En este sentido, muchas veces se ha optado por reducir el campo de aplicación del Derecho administrativo a las esferas en las que resulta totalmente imprescindible a causa de que el Derecho privado no es aplicable para conseguir los fines del interés general. Tal cosa hace que perdamos en garantías, y esa pérdida puede ser causa de ineficiencias dado que el no tener un control adecuado de la actividad administrativa abre un cauce para el empleo incorrecto de los fondos públicos, el descontrol del gasto o la corrupción<sup>17</sup>. Prosiguiendo con el análisis de esta realidad, el hecho de que surja una huida hacia el Derecho privado gracias al propio legislador es una cuestión que nos debe hacer tomar conciencia de la realidad y examinar los campos que han quedado desfasados, proponiendo nuevas soluciones y buscando un nuevo equilibrio que se ajuste mejor a las necesidades de nuestra coyuntura con nuevas técnicas y nuevos instrumentos<sup>18</sup>.

GARCÍA, J. V., «Globalización económica, Administraciones públicas y Derecho administrativo», *cit.*, pp. 7 y ss.

<sup>14</sup> BECK, U., *La sociedad del riesgo global. Hacia una nueva modernidad*, trad. J. NAVARRO, D. JIMÉNEZ & M. R. BORRÁS, PAIDÓS, Barcelona, 2008, pp. 221 y ss.

<sup>15</sup> BECK, U., *La sociedad del riesgo global. Hacia una nueva modernidad*, *cit.*, pp. 222-226.

<sup>16</sup> MIR, O., *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 2004, pp. 116 y ss.

<sup>17</sup> DESDENTADO, E., *La crisis de identidad del Estado administrativo. Privatización, huida de la regulación pública y administraciones independientes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 105-106 y 130-131.

<sup>18</sup> MIR, O., *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho administrativo*, *cit.*, pp. 240 y ss. Sobre el tema, ver también HEAD, M., *Administrative Law. Context and Critique*, The Federation Press, Sydney, 2008, pp. 50 y ss.

A mi juicio, el camino de la pseudoprivatización que se ha iniciado por la Administración supone que, mediante el recurso a las formas organizativas o al régimen jurídico privado, hay una supuesta creencia de que el Derecho administrativo no es útil. En relación con lo expuesto, se sustenta que tal Derecho no sirve para llevar a cabo la actividad propia de la Administración, solamente aparece como un instrumento inservible para encauzar una actividad administrativa que satisfaga eficazmente los intereses públicos. Teniendo en cuenta todas estas consideraciones, se ha optado por la reducción del ámbito que compete al Derecho examinado. Únicamente le competiría la regulación de aquellas áreas que son imprescindibles, porque el Derecho privado se muestra como un medio alternativo para la consecución de fines de interés general.

Mas, ante la realidad escenificada, se percibe que la Administración es una organización de carácter instrumental. Por esta razón, es muy importante que las sociedades tengan un modelo administrativo que sirva de forma efectiva a los intereses públicos, y que el ordenamiento jurídico regulador establezca las vías y los pasos pertinentes para hacer que ello se logre. En consecuencia, se vendría a afirmar en un primer plano que la eficacia es uno de los principios básicos de la actuación administrativa, junto al de legalidad, conforme a lo previsto en el artículo 103 de la Constitución española. Empleando tales presupuestos, la Administración debe regirse por normas que prevean las vías de mayor eficacia dentro de sus posibilidades y del respeto al resto del ordenamiento jurídico, especialmente a los principios constitucionales. Los principios aludidos se catalogan, aparte de en el principio de legalidad, en el principio de interdicción de la arbitrariedad, el principio de objetividad, el principio de igualdad ante la ley, la libertad de concurrencia, el control del gasto público, la publicidad y transparencia, el acceso a la función pública conforme a los criterios de mérito y capacidad, la participación de los interesados en la adopción de las decisiones administrativas, y el respeto, promoción y protección de los derechos e intereses legítimos de los particulares. Sin embargo, aun aceptando que no haya una reserva general de Derecho administrativo, hay reservas parciales y límites y principios que, sea cual sea la legislación que regule la actividad administrativa, se deben garantizar<sup>19</sup>.

Pero los cambios no quedan aquí. También se constata la existencia de una modificación en lo que respecta a la discrecionalidad administrativa y a los actos políticos o de gobierno y de su control por los tribunales. En resumen, se trata de un Derecho administrativo «menos nacional, más garante y menos prestador, más democrático en unos aspectos y menos en otros, sometidos a un régimen jurídico que le concede mayores espacios de

---

<sup>19</sup> DESDENTADO, E., *La crisis de identidad del Estado administrativo. Privatización, huida de la regulación pública y administraciones independientes*, cit., pp. 108 y 117.

libertad»<sup>20</sup>. Desde el punto de vista apuntado, el reto es alcanzar el desenvolvimiento de un entramado jurídico y político-institucional que pueda hacer frente a los obstáculos de la nueva sociedad global. De modo que es preciso crear nuevas estructuras políticas y administrativas que dispongan de un alcance planetario para regular los mercados globales y hacer que las normas se cumplan por los agentes económicos<sup>21</sup>.

En esta línea, no sería plausible eliminar la idea de que los poderes públicos deben asumir la iniciativa de efectuar medidas que logren la igualdad real mediante políticas redistributivas que superen las fronteras nacionales y reduzcan las desigualdades en el mundo globalizado. La dirección que se debería seguir, pues, es la de potenciar más la solidaridad y menos la competencia, ello es urgente ya que el mercado no puede arreglar la situación por sí solo<sup>22</sup>. Si bien el que los diseños y planteamientos sean globales no significa que hablemos de una uniformización absoluta, sino todo lo contrario. Tanto la Administración como el Derecho administrativo deben tener en cuenta las particularidades locales, y remitirse a las instancias de decisión y ejecución que más cerca estén de los ciudadanos por ser materias de dimensión e interés local<sup>23</sup>.

Una última consideración es que se podría entrar a valorar también el ámbito del Derecho administrativo como autorregulación regulada. Esta viene representando una especie dentro del género de la desregulación consistente en la tolerancia por parte de los poderes públicos de las normas gestadas en el ámbito privado, pero con el objetivo de que tales normas cumplan fines de interés general. Con tal visión, la característica de la autorregulación regulada reside en la cooperación entre el Estado y los sujetos económicos privados que tiene como fin el cumplimiento más eficaz y eficiente de los intereses generales<sup>24</sup>.

<sup>20</sup> ALLI, J. C., *Derecho administrativo y globalización*, Civitas, Madrid, 2004; MIR, O., *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho administrativo, cit.*, pp. 184 y ss., y 207.

<sup>21</sup> BRADLEY, A. W. & EWIN, K. D., *Constitutional and Administrative Law*, Pearson Education Limited, Essex, 2007, pp. 419 y ss.; MIR, O., *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho administrativo, cit.*, pp. 210-211.

<sup>22</sup> DESDENTADO, E., *La crisis de identidad del Estado administrativo. Privatización, huida de la regulación pública y administraciones independientes, cit.*, pp. 142-143.

<sup>23</sup> MIR, O., *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho administrativo, cit.*, pp. 208-214 y 220; y sus remisiones, entre otras, a las obras de BECK, U., *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, trad. B. MORENO & M. R. BORRÁS, PAIDÓS, Barcelona, 2008; DELMAS-MARTY, M., *Trois défis pour un droit mondial*, Seuil, París, 1998; STIGLITZ, J. E., *El malestar en la globalización*, trad. C. RODRÍGUEZ BRAUN, Taurus, Madrid, 2010.

<sup>24</sup> MARCILLA, G., «Desregulación, Estado social y proceso de globalización», *Doxa*, n.º 28, 2005, pp. 246-248.

### 3. LA CONSECUCCIÓN DEL INTERÉS GENERAL POR PARTE DE LA ADMINISTRACIÓN

De lo hasta ahora reflexionado se deduce que el *interés* es la noción que sirve para denotar la adaptación o inadaptación efectiva de los diversos componentes de una relación jurídica, y de ella a los diversos supuestos de la realidad. Corrigiendo la generalidad de las fórmulas de la estructura sin reemplazarlas, las dota de un contenido concretizador y nos da a conocer a cuál de las partes se la puede, o debe, dar la razón.

Por tanto, si realizamos una división clásica en dos compartimentos estancos, el elemento de la relevancia, que en apariencia es excesivamente radical, demuestra que en realidad lo único que se produce es una mayor o menor trascendencia pública de las garantías jurídicas, siendo sumamente difícil concebir una hipótesis de un interés individual que no tenga alguna consecuencia de este tipo. En este orden de ideas, podemos sostener que, puesto que el mundo exterior posee un valor, constituye un bien y, en cuanto es objeto de una tendencia o de una aspiración de la persona hacia él, constituye un interés<sup>25</sup>.

Sin embargo, estos criterios son deficientes o, al menos, no son los únicos que interesan ni a los ciudadanos ni al propio legislador. En el nuevo contexto, a ellos les preocupa cada vez más la efectividad de las normas, porque el legislador no las dicta con el simple propósito de modificar o reafirmar los comportamientos (o los sentimientos, en las simbólicas) de los ciudadanos. Para el legislador, los comportamientos son medios para alcanzar un estado de cosas, por lo que la norma pueda ser eficaz (obedecida) pero inefectiva (no consigue el objetivo perseguido). La eficacia tiene que ver con la actitud positiva o negativa que ante la misma adopten los ciudadanos; y la efectividad depende de que quien haya tomado la decisión normativa haya establecido correctamente la relación causal entre la conducta que se demanda a los ciudadanos y el resultado que se persigue.

En este apartado creo necesario, por tanto, desglosar lo que significa el término *eficacia*, que es sumamente ambiguo, pudiendo seguirse dos clases de criterios: a) La conexión entre el Derecho como técnica de control social y las conductas que llevan a cabo los sujetos; y b) el nivel de incidencia de las normas en las conductas de los sujetos. En relación al primero, la correspondencia citada es un aspecto de la relación semántica entre un contenido de

<sup>25</sup> Desde un punto de vista lingüístico, ver CASARES, J., Voz «Interés», en *Diccionario ideológico de la lengua española*, G. Gili, Barcelona, 1992. Habermas delimita el sentido filosófico del término al afirmar que «el interés presupone una necesidad o genera una necesidad» (HABERMAS, J., *Conocimiento e interés*, trad. M. JIMÉNEZ REDONDO, Universidad de Valencia, Valencia, 1995). Y, desde la perspectiva de la Jurisprudencia de intereses, ver HECK, P., *El problema de la creación del Derecho*, trad. M. ENTENZA, Comares, Granada, 1999, pp. 60 y ss.

proposiciones y un estado de cosas. En lo atinente al segundo, la relación implica que existe un sistema normativo, no pudiendo definirse la eficacia en el nivel de correspondencia entre acciones y prescripciones, integrando, a su vez, las condiciones precisas de la existencia del sistema<sup>26</sup>.

Debido a todo lo que acabamos de decir, se podrían alcanzar, con palabras de P. E. Navarro y C. Redondo, una serie de conclusiones: a) Un concepto de eficacia que sea útil en el ámbito de la Teoría general del Derecho se ha de relacionar de forma lógica con el concepto de prescripción; b) el punto de enlace entre eficacia y prescripción precisa, además de la correspondencia, un elemento contrafáctico en cuanto a la incidencia de los sistemas normativos; c) la conceptualización de la eficacia en relación con los enunciados de correspondencia no expresa la naturaleza normativa de los sistemas jurídicos; y d) la unión del concepto de eficacia con los motivos de los sujetos sirve como criterio valorativo de la actuación de los sistemas jurídicos, manifestando que aquella cuestión no se desenvuelve con una concienciación de la situación de las cosas en su adecuación a los contenidos normativos<sup>27</sup>.

Un último parámetro con el que los ciudadanos juzgan cada vez más las normas es el de la eficiencia. En un contexto de escasez, el legislador racional ha de perseguir los resultados deseados al menor coste posible. «gobernar mejor con menores costes» es una exigencia de los ciudadanos de cualquier país si es verdad que la eficiencia es una condición, aunque deficiente, de la justicia<sup>28</sup>. El jurista tradicional se ha ocupado poco de la eficacia de las normas y muy raramente de su efectividad y eficiencia, pese a ser parámetros de necesaria consideración y cuyas diferencias no ha destacado suficientemente la ciencia jurídica. Centrado en el estudio de la validez de la norma, y como mucho de su eficacia, no ha prestado atención a que la posible quiebra de este mecanismo de control social que es el Derecho no proviene solo, ni fundamentalmente, del grado de obediencia o desobediencia, sino de la sospecha que se ha instalado en nuestras sociedades de que las normas son, a veces, escasamente efectivas, así como del temor a que sus costes no se conozcan o que, cuando se sepan, superen las ventajas prometidas. En suma, aunque no hay que perder de vista que detrás de tales críticas suele haber un intento de justificar políticas neoliberales de desregulación, crece la sospecha de que el Derecho es un instrumento

<sup>26</sup> NAVARRO, P. E. & REDONDO, M. C., *Normas y actitudes normativas*, Fontamara, México, 2000, pp. 22 y ss.; ZAPATERO, V., GARRIDO, M. I. & ARCOS, F., *El Derecho como proceso normativo. Lecciones de Teoría del Derecho*, Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares, 2010, pp. 20-21.

<sup>27</sup> NAVARRO, P. E. & REDONDO, M. C., *Normas y actitudes normativas*, cit., pp. 29-30.

<sup>28</sup> CALSAMIGLIA, A., «¿Debe ser la moral el único criterio para legislar?», *Doxa*, n.º 13, 1993, pp. 69 y ss. Sobre el tema de la eficiencia, ver también CALSAMIGLIA, A., «Eficiencia y Derecho», *Doxa*, n.º 4, 1987, pp. 267-287; HIERRO, L., *Justicia, igualdad y eficiencia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, pp. 63 y ss.



de control social demasiado tosco y costoso que no siempre proporciona lo que se le pide.

Pero no todo queda aquí, sino que, cuando hablamos de la eficacia o de la eficiencia, nos referimos a sus efectos y consecuencias a pesar de la diferencia que hay entre ambos conceptos. En tal sentido, pienso que es subrayable la postura de Nino, quien aprecia que hay una cierta correspondencia entre ambos conceptos dentro la norma jurídica en el supuesto de que su cumplimiento desemboque en una suma agregada de mayor nivel en la satisfacción de preferencias, descontando la frustración de preferencias. Siendo relevante en este punto la idea de que Nino identifique a la eficacia con la anomia y, singularmente, con la que afecta a valores trascendentales del Estado de Derecho<sup>29</sup>.

En vista de lo aducido, en el caso de que partamos de la eficacia como un principio jurídico consagrado en el artículo 103 de la Constitución española, se establece la consecución en cada momento histórico del interés general y de su efectividad. Y hablamos de interés general como «la aglutinación de intereses, valores o bienes concretos susceptibles de ser protegidos». Sin embargo, para realizar satisfactoriamente el mandato previsto en el artículo 103, se ha de ponderar, evaluar y analizar el coste-beneficio de algunas reglas, analizando cuál de las decisiones es la que optimiza el objetivo/objetivos que se ha/han de conseguir. Por consiguiente, si queremos superar la mera eficacia y alcanzar también la eficiencia, hemos de tener en cuenta que, aparte de entender que algo ha de ser realizable, también ha de haber alcanzado todas las metas para llegar a desplegar la mejor decisión con los programas de financiación y periodicidad presupuestaria<sup>30</sup>.

Mas el nuevo escenario supera la comprensión del interés general en el Estado social de Derecho que implica un nivel en el que se evalúan como instrumentos jurídicos del control de la actividad positiva que debe estar canalizada hacia la participación de los individuos y los grupos cuando actúa el poder. Lo que simboliza la aparición del Estado social de Derecho es la extensión de la protección de las libertades y derechos fundamentales a aquellos que antes no habían podido gozarlos. Por esta razón, se sostiene que tal Estado fortalece la conexión entre la libertad y la solidaridad, valores que antes se contraponían, debido a que las garantías de la libertad individual recaen en las formaciones sociales en las que los ciudadanos desenvuelven su personalidad.

En definitiva, el aspecto positivo es lograr una mayor estabilidad y cohesión que los Estados liberales, integrando metas de justicia social, perfeccionadas, más eficientes y adaptadas a las nuevas circunstancias y necesidades,

---

<sup>29</sup> NINO, C. S., *Un país al margen de la ley. Estudio de la anomia como componente del subdesarrollo argentino*, Ariel, Buenos Aires, 2005, pp. 35 y ss.

<sup>30</sup> MONTORO, M. J., *La evaluación de las normas. Racionalidad y eficiencia*, Atelier, Barcelona, 2001, p. 81.

punto en el que hay que profundizar, ya que la crisis de esta clase de Estado reside en la protección que otorga a sus ciudadanos-clientes-beneficiados y en la exclusión que en muchos terrenos se confiere a los inmigrantes, los parados y las minorías<sup>31</sup>. El Estado social de Derecho, aun haciendo referencia a la estructura estatal, se ha de comprender de manera más rigurosa como orientación política enderezada a la obtención de una dimensión innovadora de la libertad. Lo que en realidad se pretende alcanzar es un avance de la libertad en la concepción liberal y en la democrática, una esfera de autonomía del individuo frente al Estado o un mecanismo de participación.

Con esta visión, la pregunta es ¿cuál es la función social que ha de desempeñar el Derecho dentro del ámbito que nos interesa? En un plano generalista, dos son las respuestas según se adopte la concepción funcionalista o la conflictualista de la sociedad. Quienes parten de una concepción funcionalista estiman que la misión del Derecho consiste en mitigar los elementos potenciales de conflicto y lubricar el mecanismo de las relaciones sociales<sup>32</sup>. Lo conciben como un sistema de control social o conjunto de procedimientos y de medios para que los ciudadanos adopten ciertos comportamientos, asuman e interioricen normas y alcancen las metas propuestas por el grupo social<sup>33</sup>. La integración del individuo se realiza con la socialización que, ante su insuficiencia, recurre a otros instrumentos para que la conducta se conforme<sup>34</sup>, viniendo a ser el Derecho ese instrumento que interviene para prevenir y/o reprimir las conductas no deseadas, y para promocionar y/o premiar las socialmente queridas.

No obstante, fuera de este enfoque forzosamente abstracto del Derecho cuando se le considera como un sistema de control social, una perspectiva funcionalista tiene que ocuparse de sus funciones sociales, distando los resultados conseguidos de ser satisfactorios y soliendo proponerse un listado heterogéneo de funcionalidades<sup>35</sup>. En este orden de ideas, no parece probable

<sup>31</sup> VIDAL, E. J., *Los conflictos de derechos en la legislación y jurisprudencia españolas. Un análisis de algunos casos difíciles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 368-369. Ver además LÓPEZ GUERRA, L., «Las dimensiones del Estado social de Derecho», en *Sistema*, n.º 38-39, 1980, pp. 171-192.

<sup>32</sup> TREVES, R., *La Sociología del Derecho. Orígenes, investigaciones, problemas*, trad. M. ATIENZA, Ariel, Barcelona, 1998.

<sup>33</sup> DÍAZ, E., *Sociología y Filosofía del Derecho*, Taurus, Madrid, 1993, pp. 14 y ss.

<sup>34</sup> MERTON, R. K., *Social Theory and Social Structure*, Free Press, Glencoe, 1968. Según Merton la sociedad fija a los individuos una serie de objetivos y medios lícitos para alcanzarlos. Dada la relación entre los fines y la disponibilidad de los medios para obtenerlos, la acción del individuo puede ser conforme, desviante (en sus versiones de innovadora –que acepta los fines pero no los medios– y ritualista –que acepta los medios pero no los fines–) o rebelde.

<sup>35</sup> BOBBIO, N., «El análisis funcional del Derecho: tendencias y problemas», en BOBBIO, N., *Contribución a la Teoría del Derecho*, edic. de A. RUIZ MIGUEL, Debate, Madrid, 1990, pp. 272-273.

que un listado común se pueda abstraer del examen de los distintos sistemas normativos. La generalidad de las respuestas que el planteamiento tiene que suministrar solo puede ser eliminada estudiando las funciones específicas que cumple un sistema normativo. Por eso, parece mucho más útil analizar la funcionalidad de cada uno y, más concretamente, de cada norma o institución. O sea, los objetivos perseguidos, su mayor o menor efectividad, las disfunciones y/o funciones negativas que se generen y las funciones no declaradas, pero reales, de cada sistema, institución o norma<sup>36</sup> que, en un Estado social de Derecho, ha de materializarse en base a políticas redistributivas e intervencionistas, en las que es relevante la aportación de una garantía de niveles mínimos de igualdad material, surgiendo un Derecho regulador que asume las funciones de control, gestión y dirección de los mercados<sup>37</sup>.

Por eso, el Estado social desempeña las funciones de Estado-empresario y distribuidor. Su realización conlleva que el Estado, sin eliminar la economía de mercado, regule, oriente y dirija el proceso económico<sup>38</sup>. En este sentido, lo que se pone de manifiesto es que los derechos sociales que se reconocen y protegen por el Estado son los que permiten que las personas que carecen de recursos satisfagan sus necesidades básicas. El concepto de necesidad se posiciona entre las nociones de supervivencia y abundancia de las que se derivan niveles de subsistencia y de vida decente en relación con el nivel de vida general de una comunidad. De ahí que se hable de derechos de libertad porque tienen como meta crear las condiciones para el pleno desarrollo de la autonomía; y de ahí que los derechos sociales sean incluibles dentro de los derechos participativos, pues determinan una participación en los beneficios del progreso de la vida social. En este orden de ideas, los poderes públicos tienen la responsabilidad de proporcionar a los ciudadanos las prestaciones imprescindibles para que desplieguen su personalidad y se integren socialmente, eliminando el abstencionismo<sup>39</sup>.

<sup>36</sup> GINER, S., *Sociología*, Península, Barcelona, 2009.

<sup>37</sup> JULIOS-CAMPUZANO, A. de, «La crisis del ordenamiento. Reflexiones sobre racionalidad jurídica y globalización», en JULIOS-CAMPUZANO, A. de (ed.), *Ciudadanía y Derecho en la era de la globalización*, Dykinson, Madrid, 2007, p. 79; RÚA, C., «La legitimidad en el ejercicio del poder político en el Estado social de Derecho. Una revisión desde el caso colombiano», en *Ius et Praxis*, n.º 2, 2013, pp. 85 y ss.

<sup>38</sup> FERNÁNDEZ GARCÍA, E., «Estado, sociedad civil y democracia», en ASÍS ROIG, R. de, FERNÁNDEZ GARCÍA, E., GONZÁLEZ AYALA, M. D., LLAMAS, Á. & PECES-BARBA, G., *Valores, derechos y Estado a finales del siglo XX*, Universidad Carlos III de Madrid-Dykinson, Madrid, 1996, pp. 93-94; SMART, P., *Mill and Marx, Individual Liberty and the Roads to Freedom*, Manchester University Press, Manchester, 1991.

<sup>39</sup> ANÓN, M. J., *Necesidades y derechos. Un ensayo de fundamentación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, pp. 261 y ss.; BEEN, S. I. & PETERS, R. S., *Los principios sociales y el Estado democrático*, trad. R. J. Vernengo, Edit. Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1984, pp. 164 y ss.; BOBBIO, N., *Igualdad y libertad*, trad. P.

Pero ahora el Estado tiene que desarrollar su vida dentro de unos parámetros cada vez más complejos y a él le corresponde asegurar la mejor regulación posible en el ámbito social por medio del Derecho y de las políticas públicas, siendo sus funciones más acuciantes las de hacer que mejore el funcionamiento del mercado, la promoción de la igualdad y la protección de los trabajadores vulnerables<sup>40</sup>.

#### 4. LOS LÍMITES A LA ADMINISTRACIÓN Y LA PROTECCIÓN DEL INTERÉS GENERAL

La versión que hemos estado analizando hasta ahora del modelo de protección del interés general por parte de la Administración y del Derecho administrativo conduce a que lo primero que se deba tener en cuenta sea el control de los hechos determinantes, pues toda acción discrecional de la Administración se apoya en una realidad fáctica que actúa como supuesto de hecho de la norma que ha de aplicarse<sup>41</sup>. Las resoluciones de la Administración se deben diferenciar por estar sometidas al principio de legalidad y por ser discrecionales, consecuentemente, la cuestión es saber encontrar un plano intermedio en el que se respeten los dos principios. Con este objeto, se ha precisado que el margen de discrecionalidad para que haya eficacia ha de usarse con arreglo a los fines que persiga la actividad, de forma que son atacables los actos que, llevándose a cabo en el seno de los poderes que la ley reconoce, se dirijan a un fin que sea distinto del que en principio se determinó, figura que se conoce con el nombre de *desvío de poder*, o supongan una medida innecesaria o desproporcionada para alcanzar esos fines, es decir, *exceso de poder*<sup>42</sup>.

---

ARAGÓN RINCÓN, Paidós-Instituto de Ciencias de la Educación de la Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 2000, p. 47; FERNÁNDEZ GARCÍA, E., «Estado, sociedad civil y democracia», *cit.*, pp. 106-110; GARCÍA-PELAYO, M., *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza, Madrid, 2005, pp. 18 y ss.; GILBERT, N. & TERRELL, P., *Dimensions of Social Welfare Policy*, Allyn & Bacon, Needham Heights, 2002, pp. 13 y ss.; PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, *cit.*, p. 230; PRIETO, L., *Ley, principios, derechos*, Dykinson, Madrid, 1998, pp. 73 y ss.; TUORI, K., *Positivismo crítico y Derecho moderno*, trad. D. MENA, Fontamara, México, 2005, p. 22.

<sup>40</sup> ARNAUD, A. J. & FARIÑAS, M. J., *Sistemas jurídicos: Elementos para un análisis sociológico*, *cit.*, p. 282.

<sup>41</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo. (Poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 31-49; en el mismo sentido GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Democracia, jueces y control de la Administración*, Civitas, Madrid, 2000.

<sup>42</sup> BARRY, N. (ed.), *Limited Government, Individual Liberty and the Rule of Law*, Selected Works of Arthur Asher Shenfield, E. Elgar, Cheltenham, 1998; LATORRE, Á., *Introducción al Derecho*, Ariel, Barcelona, 2006, pp. 167-168.

De la misma manera, se establecen una serie de requisitos que se deben cumplir, siendo el primero el de la motivación de las decisiones adoptadas para impedir el capricho o la pura subjetividad del órgano que las dicta, aunque tal motivación puede ser sucinta siempre que sea suficientemente indicativa. Otro requisito es el de la justificación objetiva, esto es, las decisiones tienen que venir respaldadas por los datos objetivos sobre los que operan ya que en los actos discrecionales, al concurrir cierta libertad estimativa, resulta de gran trascendencia el proceso lógico que conduce a la actuación decisional. Lo que hace que la Administración haya de aportar todo el material probatorio que acredite que aquellas se apoyan en una realidad fáctica garante de la legalidad y la oportunidad, sin olvidar la congruencia con los motivos y fines. Además de que la presunción de legalidad de los actos administrativos pretende garantizar su ejecutabilidad y evitar que, dada la oposición de un particular, se produzca su paralización trasladando al afectado la carga de impugnarlos y de promover el proceso<sup>43</sup>.

Pues bien, en la discrecionalidad administrativa plena la Administración debe estar autorizada por el ordenamiento jurídico para desarrollar sus actividades, pero puede suceder que, adjuntamente a la autorización, la faculte para decidir la solución que crea más conveniente en aras del interés público. Satisfacción que constituye uno de los fines del Estado y que justifica la organización administrativa, remitiendo a su estimación las condiciones que no sean regladas y estén enfocadas a la integración del supuesto de hecho, al contenido dentro de los límites de la decisión aplicable o a los dos elementos. Por tanto, el dato decisivo que plantea una potestad discrecional de esta categoría se apoya en las materias de naturaleza política sobre las que se ha de actuar según criterios de conveniencia y oportunidad<sup>44</sup>.

Como sabemos, un elemento limitador es el del control ejercido a través de los principios generales del Derecho, comprendidos como condensación de los valores superiores del ordenamiento jurídico, que en el caso de España son la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político (art. 1.1 de la CE). En este espacio, el mandato de los principios recae en imponer un genérico deber negativo que prohíbe actuar en contra del valor que consagran, pues no pueden crear obligaciones ni otorgar derechos subjetivos típicos o activos. En tal sentido, en cuanto a lo que se refiere a las Administraciones públicas, estas no pueden ejercer acción alguna si la ley vigente no ha delimitado antes los supuestos de hecho en los que puede ejercer como poder público que es, en

<sup>43</sup> FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *De la arbitrariedad de la Administración*, Civitas, Madrid, 1999, pp. 82-92.

<sup>44</sup> ALESSI, R., *Principi di diritto amministrativo*, t. I, Giuffrè, Milán, 1971, pp. 198 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA, E. & FERNÁNDEZ, T. R., *Curso de Derecho administrativo*, t. I, Civitas, Madrid, 1999, pp. 478 y ss.; SAINZ, F., *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Civitas, Madrid, 1976, pp. 347 y ss.

razón de que la configuración del régimen de atribución de potestades con arreglo al principio de legalidad precisa que se determinen a priori los supuestos fácticos en los que la Administración posee competencia. Mas, a mi juicio, el esquema anterior debe superarse porque concurren otras razones de índole práctica. Dentro de esa explicación, se sitúa la imposibilidad material de satisfacer todas las pretensiones que se legitiman en que la comunidad considera valioso que el Estado garantice la realización de un fin<sup>45</sup>.

Hoy, con la vigencia de los Estados constitucionales de Derecho, el tradicional principio de legalidad que regía la libertad del ciudadano y la acción de la Administración han cambiado también. En cualquier caso, la labor encomendada no es la misma que antaño, advirtiéndose que la Administración pública suele ser la gran realizadora de la política social. Sin embargo, desde hace tiempo, las cada vez más abundantes necesidades y la desproporción de los recursos han inducido a ciertos replanteamientos, barajando principios de solidaridad e igualdad, evaluados según el grado de desarrollo de la libertad que posibiliten, promoviendo la participación y la vinculación de los sujetos y de los grupos como sujetos de servicios primarios y como sujetos activos y transaccionales en los aspectos sociales que les afectan.

Congruentemente, el debate de la acción administrativa se encamina hacia la redefinición y fijación de límites para establecer un nivel mínimo de protección, que consiste en la prestación de los servicios indispensables para la integración en la sociedad y el apoyo a la promoción del bienestar. En suma, la polémica recae en que no hay un único camino de colaboración entre lo público y lo privado en las sociedades avanzadas, y en que las formas de colaboración responden a pautas culturales e institucionales que sobrepasan las fronteras de los Estados<sup>46</sup>.

En este marco y con la consideración de los enunciados anteriores, se supera la labor meramente garantizadora de antaño y se asumen tareas de gestión directa de grandes intereses públicos. Esa labor gestora requiere aparatos organizativos que efectúen las tareas según su propia lógica, determinada, como nos ilustra Zagrebelsky, por reglas empresariales de eficiencia, exigencias objetivas de funcionamiento e intereses sindicales de los empleados, por no hablar de las reglas informales que vienen dadas por los partidos políticos. A esto es a lo que se llama legislatividad de la organización<sup>47</sup>, la cual, en razón de la dificultad que supone regular previamente la actuación administrativa, ha de permitir programaciones concertadas, negociadas y flexibles.

<sup>45</sup> BELADIEZ, M., *Los principios jurídicos*, Tecnos, Madrid, 1994, pp. 84-88.

<sup>46</sup> GARRIDO, M. I., *La política social de la familia en la Unión Europea*, Dykinson, Madrid, 2000, pp. 137-141.

<sup>47</sup> ZAGREBELSKY, G., *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. M. GASCÓN, Trotta, Madrid, 2009, pp. 34-35.

La regulación de las interioridades técnicas de la industria desde la Administración es materialmente imposible por la falta de conocimiento especializado. Cuanto mayor sea la pretensión reguladora, mayores serán los espacios de autorregulación<sup>48</sup>. En este caso, nos topamos también con regulaciones paralelas a los Derechos estatales, a título ilustrativo, las que provienen de la sociedad civil cuyo principal ejemplo es la *lex mercatoria*<sup>49</sup>.

## 5. EL CONTEXTO TRANSFORMACIONAL TEÓRICO Y FILOSÓFICO DEL INTERÉS GENERAL CLÁSICO DESDE UN ENFOQUE GARANTISTA

La crisis simultánea del Estado de Derecho, del Estado social y del Estado nacional impone una reflexión sobre las sedes del constitucionalismo, planteándose el problema de la democracia y de los derechos fundamentales por el absolutismo de la soberanía externa de los Estados, al igual que por el neoliberalismo de los poderes económicos financieros de naturaleza transnacional<sup>50</sup>. La puesta en práctica de un garantismo y constitucionalismo internacionales parece difícil de obtener, junto a la construcción de una esfera pública global. Pero hay un salto en lo que se refiere a las posiciones kantiana y kelseniana gracias al Derecho internacional vigente, profundizando en la crítica moral o política, pero también jurídica de las relaciones internacionales. Sin olvidar lo que puede aportar la cultura jurídica de donde es posible que se desarrolle un nuevo sentido común en torno a la ilegitimidad del orden existente y del carácter vinculante del Derecho internacional, constituyendo el primer factor de efectividad de los derechos que se reconocen por él<sup>51</sup>.

Otro tema interesante es el referido a la ciudadanía, habiendo de divisar los planos en el discurso referentes a la Teoría del Derecho, a la Filosofía política o de la justicia, y habiendo de estar basados los derechos fundamentales en la categoría de la persona y de la capacidad de obrar y no en la categoría de la ciudadanía. Una noción como esta de los derechos fundamentales es una noción de Filosofía política normativa que enuncia el deber ser externo del Derecho. Sin embargo, en el caso de que la cuestión la traslademos al campo de la definición de la Teoría del Derecho, entonces nos situaremos

<sup>48</sup> ESTEVE PARDO, J., *Autorregulación. Génesis y efectos*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2002, pp. 26-29.

<sup>49</sup> ESTEVE PARDO, J., *Autorregulación. Génesis y efectos*, cit., pp. 129 y ss.

<sup>50</sup> FERRAJOLI, L., «Los fundamentos de los derechos fundamentales», en CABO, A. de & PISARELLO, G. (eds.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, trad. P. ANDRÉS IBÁÑEZ, A. de CABO, M. CARBONELL, L. CÓRDOVA, M. CRIADO & G. PISARELLO, Trotta, Madrid, 2009, p. 373; FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. P. ANDRÉS IBÁÑEZ & A. GREPPI, Trotta, Madrid, 2010, p. 115.

<sup>51</sup> FERRAJOLI, L., *Garantismo. Una discusión sobre Derecho y democracia*, trad. A. GREPPI, Trotta, Madrid, 2009, pp. 115 y ss.

dentro de una noción que carece de alcance empírico y de capacidad explicativa, ya que no dará cuenta de los derechos fundamentales que en los Derechos positivos vigentes están construidos sobre la base de la ciudadanía siguiendo la estela de una cultura jurídica determinada. Pero lo cierto es que, en las democracias constitucionales, el escenario se puede ampliar más al fundamento de una crítica externa de tipo ético-político, dado que la ciudadanía opera como un factor de exclusión evidente. Lo cual contrasta con su acción inicial de igualdad e inclusión. En lo que respecta a la crítica interna, existe un derecho a emigrar y a inmigrar, por lo que la normativa debería ser reconocer esta cuestión y no ser restrictiva. Lo que no significa decir que no debe ser regulada esta materia, sino que debe ser regulada con miras a favorecerla<sup>52</sup>.

El constitucionalismo jurídico y, por ello, el de la democracia, viene dado por una triple expansión: hacia un constitucionalismo social, añadido al liberal; hacia un constitucionalismo de Derecho privado, agregado al de Derecho público; y hacia un constitucionalismo internacional, añadido al estatal<sup>53</sup>. La globalización ha hecho surgir el valor de las diferencias y de las identidades, y la misma forma del Estado es una amenaza para la paz, resultando más idóneas formas de organización política federales o confederales que descentralicen las funciones administrativas y de gobierno local que hoy están centralizadas en el Estado y asocian a dichos Estados en formaciones políticas más amplias a las que atribuyan las funciones públicas –legislativas, judiciales y administrativas– comunes a todos, en cuestiones de garantía de los derechos de libertad, política económica y monetaria, regulación del mercado, defensa del medio ambiente, redistribución de recursos y seguridad frente a la criminalidad. Siendo así las cosas, Ferrajoli entiende que es necesaria la extensión del paradigma.

El Estado constitucional debe ir abandonando su connotación clásica de naturaleza territorial y hacerse global frente a los retos desterritorializados actuales. Encontrándonos con las teorías del constitucionalismo global o de la democracia cosmopolita. Al mismo tiempo, el Estado constitucional debe diseñar mecanismos que garanticen efectivamente los derechos sociales, desarrollando garantías para el constitucionalismo de la igualdad, capaz de actuar con mecanismos que se impulsan en el constitucionalismo de la libertad. Por otro lado, el constitucionalismo ha de extender su paradigma garantista hacia sedes que son diferentes de los poderes públicos. Desde esta perspectiva, ha de desarrollar un constitucionalismo de Derecho priva-

<sup>52</sup> FERRAJOLI, L., *Garantismo. Una discusión sobre Derecho y democracia*, cit., pp. 119 y ss.

<sup>53</sup> FERRAJOLI, L., *El garantismo y la Filosofía del Derecho*, trad. G. PISARELLO, A. J. ESTRADA & J. M. DÍAZ MARTÍN, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010, p. 178.



do que haga hacer valer los derechos fundamentales también en las relaciones entre particulares<sup>54</sup>.

Los dos aspectos que según el autor se deben seguir para fortalecer un sistema constitucional global son el reconocimiento de la supraestatalidad de los derechos fundamentales con el establecimiento de mecanismos de garantía; y la disociación de los derechos fundamentales y los derechos de ciudadanía, impidiendo que se creen mecanismos de exclusión dados los flujos migratorios<sup>55</sup>. Pero las peculiaridades de la globalización se sintetizan en una creciente incapacidad de regulación por parte del Derecho. Ello se evidencia en que cada vez son más numerosas e incontroladas las violaciones por parte de los poderes públicos y privados, al igual que en el vacío de las reglas que disciplinan sus nuevas dimensiones transnacionales; y como descalificación, intolerancia y rechazo del Derecho puesto que los poderes políticos supremos, por legitimarse democráticamente, no se someten a reglas ni de Derecho internacional ni tampoco de Derecho constitucional<sup>56</sup>.

Avanzando más, la Teoría del Derecho presentada en *Principia iuris* pretende reconstruir el modelo teórico y normativo del Estado constitucional de Derecho con el objetivo de hacer evidentes sus principios y las divergencias entre las prácticas jurídicas y esos principios. Para Ferrajoli, la Teoría del Derecho posee una visión pragmática. Los paradigmas jurídicos son en la mayoría de las ocasiones el producto de las teorías y, en general, de las doctrinas jurídicas y políticas, por lo que se podría llegar a afirmar que la Teoría encierra un papel constituyente o constructivo.

La idea de Ferrajoli sobre la axiomatización de la teoría es que ella constituye uno de los rasgos centrales, si no es el más importante de todos. Desde esta perspectiva, la teoría formalizada refleja una aspiración de la filosofía de la ciencia del neopositivismo lógico presente aún en los años sesenta del siglo XX. Así, *Principia iuris* representa la continuación lógica de su obra *Derecho y razón*; y la teoría garantista parte de la idea que ya fue utilizada en Locke y en Montesquieu de que del poder se ha de esperar un potencial abuso en todo caso, el cual se debe neutralizar haciendo del Derecho un sistema de garantías, de límites y vínculos al poder para la tutela de los derechos. Por tanto, como dice M. Gascón, «el garantismo se opone al autoritarismo en política y al decisionismo en Derecho, propugnando, frente al primero, la

<sup>54</sup> CARBONELL, M., «La garantía de los derechos sociales en la teoría de Luigi Ferrajoli», en CARBONELL, M. & SALAZAR, P (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Trotta-Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Madrid, 2009, pp. 171-172.

<sup>55</sup> CORDOVA, L., «Constitucionalismo democrático y orden global», en CARBONELL, M & SALAZAR, P. (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, cit., p. 458.

<sup>56</sup> FERRAJOLI, L., «Los fundamentos de los derechos fundamentales», cit., pp. 380-381.

democracia sustancial y, frente al segundo, el principio de legalidad; y por eso el Estado constitucional de Derecho es visto como el producto de la mejor ingeniería jurídica<sup>57</sup>. La Teoría del Derecho se conforma como un espacio en el que los diferentes enfoques convergen, aportando una base conceptual con un sentido común<sup>58</sup>.

La formulación teórica del concepto de los derechos fundamentales en Ferrajoli debe ser analizada en relación a su capacidad explicativa y sobre su eficiente distinción entre los planos de la Teoría general del Derecho, la Teoría especial de los derechos fundamentales, la Dogmática jurídica y la Filosofía política. Desde este punto de vista, entiende Ferrajoli que existen distintos significados del término *fundamento*, que pueden ser de naturaleza teórica, jurídica, axiológica o histórica, y respecto de los cuales corresponde una clase de discurso diferente, ya sea teórico, jurídico axiológico o histórico-sociológico. Y se ha mantenido que la discusión sobre el contenido de los derechos pertenece al nivel de la Dogmática constitucional y de la Filosofía política y no de la Teoría del Derecho<sup>59</sup>.

Sin embargo, se puede apreciar que la concepción iuspositivista de Ferrajoli ve de forma indiferente el contenido de los derechos fundamentales a efectos de su positivización pero los convierte en casi intocables, constituyendo el resultado de procesos históricos contingentes. Por otro lado, si intentamos encontrar alguna relación con otros profesores de la doctrina, podemos afirmar que la concepción pluralista y conflictualista, pero también liberal, de Ferrajoli se acerca al liberalismo pluralista de John Gray. Así, Gray indica que es factible distinguir dos tendencias en los orígenes de la tolerancia liberal moderna: la tolerancia es la persecución de una forma de vida ideal; y es la búsqueda de un compromiso de paz entre diferentes modos de vida. Dentro del primer grupo, las instituciones liberales se conciben como aplicaciones de principios universales; y dentro del segundo son un medio para lograr la coexistencia pacífica.

Ferrajoli y Gray dudan del consensualismo moral porque sostienen que, en los hechos, no todos compartimos los mismos valores. Así las cosas, los derechos fundamentales son también una construcción humana<sup>60</sup>. La importancia de la propuesta de Ferrajoli radica en su intento de reformular el Estado social. Repensar el Estado social en la forma del Estado constitucional de

<sup>57</sup> GASCÓN, M., «*Principia iuris*: caracterización de una teoría jurídica», en MARCILLA, G. (ed.), *Constitucionalismo y garantismo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009, pp. 75-97.

<sup>58</sup> FERRAJOLI, L., *Garantismo. Una discusión sobre Derecho y democracia*, cit., p. 20.

<sup>59</sup> MARCIANI, B., «Sobre el concepto de derechos fundamentales de Luigi Ferrajoli», en MARCILLA, G. (ed.), *Constitucionalismo y garantismo*, cit., pp. 164-166.

<sup>60</sup> MARCIANI, B., «Sobre el concepto de derechos fundamentales de Luigi Ferrajoli», cit., pp. 163-188.

Derecho es uno de los deberes principales de una teoría jurídica de la democracia constitucional. Por esta razón, sin la satisfacción de los derechos sociales, los derechos políticos y los de libertad tienen la finalidad de permanecer en el papel. Lo que hacen es desarrollar, al lado de garantías negativas de corte liberal, un sistema social de garantías positivas con un sistema de funciones y de instituciones de garantías primarias y secundarias, dirigidas a la satisfacción de los derechos sociales y a su tutela jurisdiccional.

Otro tipo de cuestión sobre la crisis de legalidad interna es la producida, sobre todo, por fenómenos de inflación legislativa junto al aumento del poder dispositivo de los tribunales, uniéndose la crisis de la legalidad constitucional con la pérdida del rol garantista de las Constituciones y el resquebrajamiento del sistema clásico de las fuentes del Derecho. Aparte de que la transformación de la forma democrática que pasa de ser el gobierno del pueblo al gobierno de las élites origina una escisión entre la titularidad y el ejercicio del poder.

Finalmente, se vislumbra además una crisis del Estado social, sustitutivo durante un periodo de tiempo del ideal de la democracia participativa real, completamente legitimada, por el de una posible igualdad de los individuos en el plano sustancial. De esta situación que encierra una problemática de muy distinta naturaleza económica, jurídica y política de transformación se deriva la sensación de que el constitucionalismo democrático atraviesa muy malos momentos<sup>61</sup>. Pero el desenvolvimiento y el progreso del Estado de Derecho y de la democracia sustancial consisten en el desarrollo de las garantías capaces de hacerlas realidad<sup>62</sup>.

En consecuencia, cabe decir que la triple crisis del Derecho corre el peligro de transformarse en una crisis de la democracia, ya que en todo caso aflora una crisis del principio de legalidad, resolviéndose el problema neoabsolutista del poder público que carece de límites y de controles. Ferrajoli pone de manifiesto que los derechos fundamentales y sus garantías dependen hoy de la crisis del Derecho plasmada en el caos normativo y la ilegalidad difusa, pero también de la crisis de la razón jurídica moderna materializada en su pérdida de confianza<sup>63</sup>.

<sup>61</sup> POZZOLO, S., «Breves reflexiones al margen del constitucionalismo democrático», trad. L. CORDOVA, en CARBONELL, M. & SALAZAR, P. (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, cit., p. 404.

<sup>62</sup> FERRAJOLI, L., «Pasado y futuro del Estado de Derecho», en CARBONELL, M., *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2009, pp. 13-29; FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. P. ANDRÉS IBÁÑEZ, A. RUIZ MIGUEL, J. C. BAYÓN, J. TERRADILLOS & R. CANTARERO, Trotta, Madrid, 2011, p. 867.

<sup>63</sup> FERRAJOLI, L., «Los derechos fundamentales en la teoría del Derecho», en CABO, A. de & PISARELLO, G. (eds.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, cit., pp. 139 y ss.; FERRAJOLI, L., *El garantismo y la Filosofía del Derecho*, cit., p. 18.

## 6. A MODO DE CONCLUSIÓN

Desglosados los aspectos precedentes, se obtienen las ideas de que el interés jurídico se desenvuelve en base a una vinculación a conceptos jurídicos en apoyo de los derechos subjetivos y de las obligaciones. Las razones para entenderlo jurídicamente relevante son una conjunción de factores éticos, culturales, sociales, políticos, económicos, espaciales o temporales, cuya valoración se caracteriza por su mutabilidad<sup>64</sup>. Desde esta posición, las demandas de derechos que poseen una naturaleza social o política son reformulables en muchas ocasiones en términos de violación individualizada y concreta de un derecho personal y con una víctima determinada. No obstante, se advierte que, aun en el supuesto de que el caso no tenga naturaleza colectiva, sí lo habrán de tener sus efectos, por lo que en estos casos se ha de comprender que la actuación judicial tiene el sentido de garantizar de alguna manera cierta forma participativa en la esfera política<sup>65</sup>.

De ese modo, llevando a cabo un intento clasificador, Abramavovich establece una catalogación de supuestos en: Aquellos que consisten en las intervenciones judiciales que tienden a juridificar decisiones de política pública asumidas por el Estado sin entrar en la valoración de la propia política pública; las situaciones consistentes en que el tribunal examina la compatibilidad de la política pública con el estándar jurídico aplicable y, por lo tanto, su adaptabilidad para satisfacer el derecho en cuestión. Dentro del marco de los derechos económicos, sociales y culturales, un elemento básico para el éxito radica en la posibilidad de articular los distintos campos, de forma que la resolución del caso legal contribuya a transformar las deficiencias institucionales, las políticas públicas o las situaciones sociales que se encuentran en la raíz de todo el conflicto. Un tercer tipo puede centrarse en las situaciones en las que el Poder judicial se ve forzado a tomar una decisión ante la no acción del resto de los poderes públicos, esto siempre que el tribunal verifique que solo hay una medida posible para ser adoptada y, por eso, que se produzca una falta de alternatividad al respecto. Y una cuarta variante de intervención judicial se mantiene cuando solo se limita a declarar que la omisión del Estado es legítima sin disponer ninguna medida de reparación<sup>66</sup>.

Con los referentes citados, la conclusión a la que se llega es que debe haber un trabajo conjunto y complementario en el que la acción de los pode-

<sup>64</sup> ARE, M., *Schemi giuridici e rapporti d'interessi*, CEDAM, Padua, 1972, pp. 272 y ss.; ORNAGHI, L., *Il concetto di interesse*, Giuffrè, Milán, 1986, pp. 30 y ss.; y, más recientemente, AÑÓN, M. J. & GARCÍA AÑÓN, J. (coords.), *Lecciones de derechos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 130-131.

<sup>65</sup> ABRAMOVICH, V., «Acceso a la justicia y nuevas formas de participación en la esfera política», *Estudios socio-jurídicos*, n.º 9, 2007, pp. 10-13.

<sup>66</sup> ABRAMOVICH, V., «Acceso a la justicia y nuevas formas de participación en la esfera política», *cit.*, pp. 17 y ss.

res no sea aislada sino que esté en permanente combinación. Estas estrategias legales complementarias tienen como punto de partida un enfoque procedimental. En consecuencia, dice Abramovich que «no se reclama una prestación ni se impugna directamente una política o medida que afecta a derechos, sino que se pretende garantizar las condiciones que hacen posible la adopción de procesos deliberativos de producción de normas legislativas o actos de administración»<sup>67</sup>.

Sin embargo, siendo realistas, fuera de que el Derecho administrativo conforme o no un ordenamiento autónomo, sus normas se dirigen a la expansión de la organización económica capitalista y a la desaparición de las fronteras, refiriéndose a los flujos financieros o al mercado de bienes y servicios. Así pues, desde los parámetros aducidos lo que he tratado de poner de manifiesto es que cada vez se estrechan más las fronteras entre los Derechos público y privado, y se percibe cómo las Administraciones públicas recurren progresivamente al Derecho privado. En definitiva, mi pretensión ha sido mostrar que en las dos esferas preocupan los mismos temas: la participación de los interesados, el acceso de los ciudadanos, los costes que imponen y su control por el Parlamento. Mas la pregunta de hasta dónde puede llegar tal sistema privado es difícil de constatar, observándose que el control estatal se está perdiendo; y que los conflictos que se presentan en la Administración y el Derecho administrativo son significativos<sup>68</sup>. Pero, aun así, creo que ha de quedar claro que ambos tienen mucho que hacer en la protección del interés general.

## 7. BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH, V., «Acceso a la justicia y nuevas formas de participación en la esfera política», *Estudios socio-jurídicos*, n.º 9, 2007, pp. 9-33.
- ALESSI, R., *Principi di diritto amministrativo*, t. I, Giuffrè, Milán, 1971.
- ALLI, J. C., *Derecho administrativo y globalización*, Civitas, Madrid, 2004.
- AMAN, A. C. Jr., «The limits of Globalization and the Future of Administrative Law. From Government to Governance», *Indiana Journal of Global Legal Studies*, n.º 8, 2001, pp. 379-400.
- AÑÓN, M. J., *Necesidades y derechos. Un ensayo de fundamentación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994.
- & GARCÍA AÑÓN, J. (coords.), *Lecciones de derechos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

<sup>67</sup> ABRAMOVICH, V., «Acceso a la justicia y nuevas formas de participación en la esfera política», *cit.*, p. 28.

<sup>68</sup> AMAN, A. C. Jr., «The Limits of Globalization and the Future of Administrative Law. From Government to Governance», *Indiana Journal of Global Legal Studies*, n.º 8, 2001, pp. 379 y ss.; BAKER, G. & CHANDLER, D. (eds.), *Global Civil Society. Contested Futures*, Routledge, Londres-Nueva York, 2005; MIR, O., *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho administrativo*, *cit.*, pp. 240 y ss.

- ARE, M., *Schemi giuridici e rapporti d'interessi*, CEDAM, Padua, 1972.
- ARNAUD, A.-J., *Entre la modernidad y la globalización*, trad. N. González Lajoie, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000.
- & FARIÑAS, M. J., *Sistemas jurídicos: Elementos para un análisis sociológico*, trad. de la segunda parte R. Escudero, Universidad Calos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2006.
- AYRES, I. & BRAITHWAITE, J., *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*, Oxford University Press, Nueva York, 1992.
- BAKER, G. & CHANDLER, D. (eds.), *Global Civil Society. Contested Futures*, Routledge, Londres-Nueva York, 2005.
- BARRY, N. (ed.), *Limited Government, Individual Liberty and the Rule of Law*, Selected Works of Arthur Asher Shenfield, E. Elgar, Cheltenham, 1998.
- BECK, U., *La sociedad del riesgo global. Hacia una nueva modernidad*, trad. J. Navarro, D. Jiménez & M. R. Borrás, Paidós, Barcelona, 2008.
- *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, trad. B. Moreno & M. R. Borrás, Paidós, Barcelona, 2008.
- BEEN, S. I. & PETERS, R. S., *Los principios sociales y el Estado democrático*, trad. R. J. Vernengo, Edit. Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1984.
- BELADÍEZ, M., *Los principios jurídicos*, Tecnos, Madrid, 1994.
- BOBBIO, N., «El análisis funcional del Derecho: tendencias y problemas», en BOBBIO, N., *Contribución a la Teoría del Derecho*, edic. de A. Ruiz Miguel, Debate, Madrid, 1990.
- *Igualdad y libertad*, trad. P. Aragón Rincón, Paidós-Instituto de Ciencias de la Educación de la Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 2000.
- BRADLEY, A. W. & EWING, K. D., *Constitutional and Administrative Law*, Pearson Education Limited, Essex, 2007.
- CALSAMIGLIA, A., «Eficiencia y Derecho», *Doxa*, n.º 4, 1987, pp. 267-287.
- «¿Debe ser la moral el único criterio para legislar?», *Doxa*, n.º 13, 1993, pp. 161-178.
- CARBONELL, M., «La garantía de los derechos sociales en la teoría de Luigi Ferrajoli», en CARBONELL, M. & SALAZAR, P. (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Trotta-Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Madrid, 2009, pp. 171-207.
- CASARES, J., Voz «Interés», en *Diccionario ideológico de la lengua española*, G. Gili, Barcelona, 1992.
- CÓRDOVA, L. «Constitucionalismo democrático y orden global», en CARBONELL, M. & SALAZAR, P. (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Trotta-Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Madrid, 2009, pp. 447-461.
- DELMAS-MARTY, M., *Trois défis pour un droit mondial*, Seuil, París, 1998.
- DESDENTADO, E., *La crisis de identidad del Estado administrativo. Privatización, huida de la regulación pública y administraciones independientes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- DÍAZ, E., *Sociología y Filosofía del Derecho*, Taurus, Madrid, 1993.
- ESTEVE PARDO, J., *Autorregulación. Génesis y efectos*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2002.

- ESTÉVEZ, J. A., «La globalización y las transformaciones del Derecho», en ZAPATE-RO, V. (ed.), *Horizontes de la Filosofía del Derecho, Homenaje a Luis García San Miguel*, vol. I, Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares, 2002, pp. 311-320.
- FARIA, J. E., *El Derecho en la economía globalizada*, trad. C. Lema, Trotta, Madrid, 2004.
- FARIÑAS, M. J., *Globalización, ciudadanía y derechos humanos*, Dykinson, Madrid, 2004.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, E., «Estado, sociedad civil y democracia», en ASÍS ROIG, R. de, FERNÁNDEZ GARCÍA, E., GONZÁLEZ AYALA, M. D., LLAMAS, Á. & PECES-BARBA, G., *Valores, derechos y Estado a finales del siglo XX*, Universidad Carlos III de Madrid-Dykinson, Madrid, 1996, pp. 93-94.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *De la arbitrariedad de la Administración*, Civitas, Madrid, 1999.
- FERRAJOLI, L., «Criminalidad y globalización», trad. M. Carbonell, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n.º 115, 2006, pp. 301-316.
- *Garantismo. Una discusión sobre Derecho y democracia*, trad. A. Greppi, Trotta, Madrid, 2009.
- «Los derechos fundamentales en la teoría del Derecho», en CABO, A. de & PISARELLO, G. (eds.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, trad. P. Andrés Ibáñez, A. de Cabo, M. Carbonell, L. Córdova, M. Criado & G. Pisarello, Trotta, Madrid, 2009, pp. 139-196.
- «Los fundamentos de los derechos fundamentales», en CABO, A. de & PISARELLO, G. (eds.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, trad. P. Andrés Ibáñez, A. de Cabo, M. Carbonell, L. Córdova, M. Criado & G. Pisarello, Trotta, Madrid, 2009, pp. 287-381.
- «Pasado y futuro del Estado de Derecho», en CARBONELL, M., *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2009, pp. 13-29.
- *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. P. Andrés Ibáñez & A. Greppi, Trotta, Madrid, 2010.
- *El garantismo y la Filosofía del Derecho*, trad. G. Pisarello, A. J. Estrada & J. M. Díaz Martín, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010.
- *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J. C. Bayón, J. Terradillos & R. Cantarero, Trotta, Madrid, 2011.
- *Principia iuris. Teoría del Derecho y la democracia*, trad. P. Andrés Ibáñez, J. C. Bayón, M. Gascón, L. Prieto & A. Ruiz Miguel, Trotta, Madrid, vol. 2, 2011.
- FURGER, F., «Global Markets, New Games, New Rules: The Challenge of International Private Governance», en APPELBAUM, R. P., FELSTINER, W. L. F. & GESSNER, V., *Rules and Networks. The Legal Culture of Global Business Transactions*, Hart Publishing, Oxford, 2001, pp. 201-248.
- GARCÍA-PELAYO, M., *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza, Madrid, 2005.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo. (Poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)*, Civitas, Madrid, 1995.
- *Democracia, jueces y control de la Administración*, Civitas, Madrid, 2000.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. & FERNÁNDEZ, T. R., *Curso de Derecho administrativo*, t. I, Civitas, Madrid, 1999.

- GARRIDO, M. I., *La política social de la familia en la Unión Europea*, Dykinson, Madrid, 2000.
- GASCÓN, M., «*Principia iuris*: caracterización de una teoría jurídica», en MARCILLA, G. (ed.), *Constitucionalismo y garantismo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009, pp. 75-97.
- GILBERT, N. & TERRELL, P., *Dimensions of Social Welfare Policy*, Allyn & Bacon, Needham Heights, 2002.
- GINER, S., *Sociología*, Península, Barcelona, 2009.
- GONZÁLEZ GARCÍA, J. V., «Globalización económica, Administraciones públicas y Derecho administrativo», *Revista de Administración Pública*, n.º 164, 2004, pp. 7-40.
- GUASP, J., *Derecho*, Gráficas Hergón, Madrid, 1971.
- HABERMAS, J., *Conocimiento e interés*, trad. M. Jiménez Redondo, Universidad de Valencia, Valencia, 1995.
- HEAD, M., *Administrative Law. Context and Critique*, The Federation Press, Sydney, 2008.
- HECK, P., *El problema de la creación del Derecho*, trad. M. Entenza, Comares, Granada, 1999.
- HIERRO, L., *Justicia, igualdad y eficiencia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002.
- JULIOS-CAMPUZANO, A. de, «La crisis del ordenamiento. Reflexiones sobre racionalidad jurídica y globalización», en JULIOS-CAMPUZANO, A. de (ed.), *Ciudadanía y Derecho en la era de la globalización*, Dykinson, Madrid, 2007.
- LATORRE, Á., *Introducción al Derecho*, Ariel, Barcelona, 2006.
- LIMA, J., «Globalización y derechos humanos», *Anuario de Filosofía del Derecho (España)*, t. XVII, 2000, pp. 43-73.
- LÓPEZ GUERRA, L., «Las dimensiones del Estado social de Derecho», *Sistema*, n.º 38-39, 1980, pp. 171-192.
- MARCIANI, B., «Sobre el concepto de derechos fundamentales de Luigi Ferrajoli», en MARCILLA, G. (ed.), *Constitucionalismo y garantismo*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009, pp. 163-188.
- MARCILLA, G., «Desregulación, Estado social y proceso de globalización», *Doxa*, n.º 28, 2005, pp. 239-263.
- MERTON, R. K., *Social Theory and Social Structure*, Free Press, Glencoe, 1968.
- MIR, O., *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 2004.
- MONTORO, M. J., *La evaluación de las normas. Racionalidad y eficiencia*, Atelier, Barcelona, 2001.
- NAVARRO, P. E. & REDONDO, M. C., *Normas y actitudes normativas*, Fontamara, México, 2000.
- NINO, C. S., *Un país al margen de la ley. Estudio de la anomia como componente del subdesarrollo argentino*, Ariel, Buenos Aires, 2005.
- ORNAGHI, L., *Il concetto di interesse*, Giuffrè, Milán, 1986.
- PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 2005.
- POZZOLO, S., «Breves reflexiones al margen del constitucionalismo democrático», trad. L. Córdova, en CARBONELL, M. & SALAZAR, P. (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Trotta-Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Madrid, 2009, pp. 403-427.



- PRIETO, L., *Ley, principios, derechos*, Dykinson, Madrid, 1998.
- RÚA, C., «La legitimidad en el ejercicio del poder político en el Estado social de Derecho. Una revisión desde el caso colombiano», *Ius et Praxis*, n.º 2, 2013, pp. 85-122.
- SAINZ, F., *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Civitas, Madrid, 1976.
- SMART, P., *Mill and Marx, Individual Liberty and the Roads to Freedom*, Manchester University Press, Manchester 1991.
- SOSA SANTOS, B. de, *Toward a New Common Sense: Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*, Routledge, Londres, 1995.
- STIGLITZ, J. E., *El malestar en la globalización*, trad. C. Rodríguez Braun, Taurus, Madrid, 2010.
- TREVES, R., *La Sociología del Derecho. Orígenes, investigaciones, problemas*, trad. M. Atienza, Ariel, Barcelona, 1998.
- TUORI, K., *Positivismo crítico y Derecho moderno*, trad. D. Mena, Fontamara, México, 2005.
- VIDAL, E. J., *Los conflictos de derechos en la legislación y jurisprudencia españolas. Un análisis de algunos casos difíciles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- ZAGREBELSKY, G., *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. M. Gascón, Trotta, Madrid, 2009.
- ZAPATERO, V., GARRIDO, M. I. & ARCOS, F., *El arte de legislar*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2009.
- & GARRIDO, M. I., *El Derecho como proceso normativo. Lecciones de Teoría del Derecho*, Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares, 2010.

*TITLE: The protection of the general interests by the Administration and the Administrative Law. (A study from the perspective of the juridical theory and the political philosophy).*

*RESUMEN: En este trabajo, pretendo dar cuenta de los importantes cambios que ha sufrido la protección del interés público. No obstante, y como se intentará demostrar, esos cambios no se producen por una evolución progresiva y cuasinatural del contexto sociológico, económico, político o/y jurídico, sino que surgen por la irrupción de una nueva situación en la que la globalización tiene mucho que decir. Asumiendo lo anterior, mostraré la relevante influencia que ha supuesto el fenómeno globalizador, todo ello desde la perspectiva de la Teoría jurídica y de la Filosofía política. A partir de estas premisas, me adentraré en la situación del Derecho administrativo vigente y de las garantías del interés general en los Estados de Derecho contemporáneos; y analizaré el juego de los límites a la Administración en la protección del interés general. Por último, llegaré a la conclusión de que, por muchas mutaciones que se produzcan, dicho interés debe seguir protegiéndose y, desde luego, ahí la Administración y el Derecho administrativo deben seguir prestando una importante función, si bien adaptada a los nuevos tiempos.*

*PALABRAS CLAVE: Protección del interés general – Administración – Derecho administrativo.*

*ABSTRACT: In this paper I intend to give an account of the major changes undergone by the protection of the public interest. However, as I will try to show, these changes are not caused by a progressive and quasi-natural evolution of sociological, economic, political and/or legal context, but arise from the emergence of a new situation in which globalization has much to say. Assuming the aforesaid, I'll show the significant influence that the phenomenon of globalization has had, all from the perspective of Legal theory and Political philosophy. From these premises, I shall go in depth on the current situation of Administrative Law and the guarantees of public interest in contemporary rule of law; and analyze how the government is limited in its protection of the public interest. Finally, the conclusion is reached that, no matter how many changes occur, such interest must continue to be protected and, of course, there the government and Administrative Law should continue to provide an important role, although changed with the times.*

*KEYWORDS: Protection of public interest – Administration – Administrative Law.*

*RECIBIDO: 01.07.2014*

*ACEPTADO: 26.11.2014*

# LA UNIFICACIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA EUROPEO: ¿QUIMERA O REALIDAD?<sup>1</sup>

María Goñi Rodríguez de Almeida

---

**SUMARIO:** 1. LAS PECULIARIDADES DEL DERECHO DE FAMILIA COMO DIFICULTAD HACIA EL EUROPEAN FAMILY LAW. 2. EL DERECHO DE FAMILIA EUROPEO: ORIGEN Y AVANCES. 2.1. *Origen*. 2.1.1. Origen doctrinal de la armonización derecho de familia. 2.1.2. Origen legal. 2.1.3. Origen jurisprudencial. 2.2. *Avances en el Derecho de familia europeo*. 3. HACIA LA ARMONIZACIÓN LEGISLATIVA FORMAL Y MATERIAL EN DERECHO DE FAMILIA: ESTADO DE LA CUESTIÓN. 3.1. *Disolución matrimonial: Divorcio, separación y nulidad*. 3.1.1. Avances en la armonización de los aspectos procedimentales en materia de divorcio. 3.1.2. Avances en la armonización de los aspectos sustantivos en materia de divorcio. 3.2. *Obligación de alimentos*. 3.2.1. Avances en la armonización de los aspectos procedimentales en materia de alimentos. 3.2.2. Avances en la armonización de los aspectos sustantivos en materia de alimentos. 3.3. *Responsabilidad parental*. 3.3.1. Avances en la armonización de los aspectos procedimentales en materia de responsabilidad parental. 3.3.2. Avances en la armonización de los aspectos sustantivos en materia de responsabilidad parental. 3.4. *Efectos patrimoniales del matrimonio y de las uniones de hecho*. 3.4.1. Avances en la armonización de los aspectos procedimentales en materia de los efectos patrimoniales del matrimonio y de la unión de hecho. 3.4.2. Avances en la armonización de los aspectos sustantivos en materia de los efectos patrimoniales del matrimonio y de la unión de hecho. 4. CONCLUSIONES. 5. BIBLIOGRAFÍA.

---

---

<sup>1</sup> Trabajo elaborado dentro del Proyecto de Investigación «La nueva familia ante el Derecho público y privado», (DER2010-17847), del Ministerio de Ciencia e Innovación (proyecto interdisciplinar con profesores de distintas universidades nacionales e internacionales), investigador principal: Matilde Cuenca Casas.

## 1. LAS PECULIARIDADES DEL DERECHO DE FAMILIA COMO DIFICULTAD HACIA EL EUROPEAN FAMILY LAW

El Derecho de familia es una de las tradicionales e importantes divisiones del Derecho civil, que podemos definir como el conjunto de normas de esta rama del derecho que trata de regular las relaciones personales y patrimoniales derivadas de la familia.

Por lo tanto, la familia se convierte en el núcleo y, a la vez, origen de esta especialidad jurídica. La familia es una institución básica en la sociedad humana, anclada y existente desde los orígenes de la misma que, sin embargo, ha variado en el tiempo –sobre todo recientemente–, pero que también varía según el país, la sociedad o cultura en la que se inserta.

De este modo, si el núcleo de este derecho es cambiante, cuánto más lo será el ordenamiento jurídico positivo derivado del mismo.

Las relaciones jurídicas surgidas en el seno de la familia: obligaciones paterno-filiales, matrimonio, filiación, adopción, representación, y obligaciones patrimoniales entre los distintos miembros de la familia, son de una riqueza extraordinaria y completamente diferentes en los distintos países.

Ello es así, además, porque el Derecho de familia tiene unas notas especiales que hacen que esté intrínsecamente unido e impregnado del acervo cultural, idiosincrasia, religión, sociedad y nivel de desarrollo de cada uno de los países en los que se inserta. Esto se debe a que no se trata solo de normas de carácter positivo, objetivas o formales, si no que lindan con el aspecto más personal del ser humano, que se convierte en su esencia. De este modo, según el momento, sociedad y entorno en el que se encuentre la persona, su familia y sus relaciones familiares derivadas de ella, variarán.

No puede extraerse o separarse el Derecho de familia de la propia familia, y esta no puede entenderse sino en su propio medio. Por lo tanto, la variación de ese medio, ocasionará distintos y diferentes visiones de la familia y de las relaciones jurídicas que surjan de la misma; en definitiva, distintos derechos de familia, que darán respuestas muy distintas a una misma situación planteada.

Todo ello entroncado y unido siempre a los valores constitucionales y sociales que defiende cada estado.

En conclusión, no se puede hablar de un mismo Derecho de familia, hay tantos casi como países, y aunque estos pertenezcan, en teoría, a un mismo acervo cultural y social, como puede ser la Unión Europea, sus regulaciones sobre la familia son diversas, porque sus conceptos de familia, y de las relaciones que la sustentan son bien distintos.

Si, además, y como ya hemos indicado, a esto se une la –últimamente rápida– evolución en el tiempo de las principales instituciones de esta rama del Derecho, se llega fácilmente a la conclusión de la multitud de matices

y especificaciones que el Derecho de familia adquiere en cada ordenamiento. A nadie se le escapa que, en los últimos años, esta rama del Derecho ha sufrido importantes variaciones: el nuevo o nuevos modelos de familia, las uniones de hecho, los matrimonios entre personas del mismo sexo, la adopción realizada por estos, los nuevos modos de maternidad y paternidad subrogada, los cambios y avances en la responsabilidad parental hacia la coparentalidad, los nuevos modelos de custodia tras la separación conyugal, nuevos procesos y causas de divorcio matrimonial... en definitiva, un sinfín de cambios profundos que han alterado significativamente las bases tradicionales del Derecho de familia. Estos cambios no han sido aceptados o introducidos a la vez por todos los países de la Unión Europea, lo que incrementa la distancia o diferenciación del Derecho de familia en cada estado miembro.

De ahí la dificultad de avanzar hacia un único Derecho de familia europeo: el European Family Law no es una quimera, pero, por las propias características del mismo, es más arduo de lograr.

Por otra parte, y cada día más, debido al proceso de internacionalización y globalización en el que nos encontramos, es más frecuente la existencia de matrimonios o parejas de hecho formadas por personas de distinta nacionalidad, con domicilio en el mismo o distinto país del de alguna de ellas, que viene a complicar notablemente la aplicación de uno u otro ordenamiento, con sus distintas consecuencias y entramado de derechos y deberes.

Todo ello nos lleva a considerar como necesario –y cada vez más– avanzar en la unificación o al menos armonización de un Derecho de familia único en la Unión Europea que facilite al menos una serie de principios de común aplicación<sup>2</sup>.

El Derecho de familia europeo es más que una utopía, como afirmaba ya en 1997 Boele-Woelki<sup>3</sup>, recogiendo las ideas de Dieter Martiny<sup>4</sup>: se han dado muchos e importantes pasos hacia su armonización desde sus inicios. Y esa convergencia es la que vamos a tratar de exponer en las siguientes líneas.

---

<sup>2</sup> Sobre las dificultades en la armonización del Derecho Europeo de Familia, pero, asimismo, sobre las ventajas y esfuerzos que se están haciendo en el mismo, véase LUDEÑA BENITEZ, O.D., «El derecho de familia de la unión europea: cuestiones de cooperación jurídica comunitaria entre los estados miembros», en *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 32, enero 2014, pp. 1- 44.

<sup>3</sup> BOELE-WOELKI, K., «The road towards a European Family law», en *EJCL*, vol. 1.1 Noviembre 1997, p. 4, disponible en <http://www.law.kub.nl/ejcl/11-1.html> (última visita, 24 julio 2014).

<sup>4</sup> MARTINY, D., «Europaisches Familienrecht – Utopie oder Notwendigkeit?», en *Rebels Zeitschrift fur auslandisches und internationales Privatrecht*, vol. 59, nºs. 3-4, 1995, pp. 419-453.

## 2. EL DERECHO DE FAMILIA EUROPEO: ORIGEN Y AVANCES

### 2.1. Origen

La necesidad o al menos conveniencia de la armonización de un Derecho de familia europeo ha sido puesta de relieve por la doctrina privatista en diversas ocasiones, como facilitador de soluciones más o menos homogéneas a conflictos semejantes en distintos países europeos.

Sin embargo, en este campo del Derecho privado europeo no se ha avanzado tanto como en otros (vgr. obligaciones y contratos), ya que, amén de la dificultad material señalada antes de la existencia de muy distintos y cambiantes ordenamientos jurídicos europeos en la materia, existe en una dificultad de tipo formal, pues esta regulación común, por su materia, escapa a los principales fines de la Unión Europea en sus orígenes.

Inicialmente, el Tratado de la Comunidad Europea (TCE) de Roma de 1957 –en el proceso de construcción europea–, establecía los fines de la misma en su artículo 2, desarrollado en los arts. 3 y 4. Entre estos fines, no puede deducirse en ningún caso la necesidad de armonizar o constituir un Derecho de familia común, pues establecían que la Comunidad Europea tenía como misión promover, el establecimiento de un mercado común; posteriormente y en su versión consolidada (2002), se añadía entre sus fines la unión económica y monetaria y mediante las políticas o acciones comunes contempladas en los arts. 3 y 4 (entre las que no se encuentra el Derecho de familia) un desarrollo armonioso, equilibrado y sostenible de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad. La unificación del Derecho de familia era, por tanto, ajena a los propios fines de la Unión.

Las únicas alusiones existentes en el TCE sobre el Derecho de familia se encontraban en los arts. 61 c), 65 y 67 relativos a las medidas de cooperación judicial en materia civil, sin que de ellas pudiera deducirse la posibilidad de establecer normas sobre cuestiones materiales del Derecho de familia, limitándose a los temas formales de reconocimiento y ejecución de sentencias en materia Derecho civil. El Derecho de familia material ni se atisba<sup>5</sup>.

Posteriormente, con la entrada en vigor del Tratado de Funcionamiento de la Unión europea (TFUE), de Lisboa de 2007, de 13 de diciembre, se da una nueva redacción al art. 65 TFUE, del que, ahora sí, se puede deducir la posibilidad de establecer medidas relativas al Derecho de familia con repercusión transfronteriza; pero no solo respecto a normas procedimentales civi-

---

<sup>5</sup> En este sentido, recoge RODRIGUEZ BENOT las palabras de FRANCISA LLODRÁ, «Hacia un derecho de familia europeo», en *Neus reptes del Dret en família*, Universidad de Gerona, 2005, p. 477, que expone que la verdadera dificultad para la creación de un derecho de familia europeo es la falta de competencia legislativa de la Unión Europea en esta materia.

les de reconocimiento, ejecución y conflictos de leyes, sino que su dicción también permite interpretar que se puede avanzar en medidas sustantivas de Derecho de familia. Posteriormente, el artículo 65 se recoge en los mismos términos en el art. 81 de la versión consolidada del TFUE de 2010.

De esta forma, uno de los obstáculos principales para la armonización de esta rama del Derecho —el quedar fuera de los fines de la Unión Europea—, se ve superado por el propio derecho originario europeo, dando «vía libre» al avance o impulso del Derecho de familia europeo, no solo en aspectos de procedimiento, sino también sustantivos o materiales.

¿Cómo se inició esa armonización o unificación? En primer lugar, queremos señalar que consideramos que es más preciso hablar de armonización del Derecho de familia europeo que de unificación, pues establecer las mismas normas para todos los estados miembros en esta materia no es viable, sin embargo, sí debe perseguirse la búsqueda de esos principios que inspiren o guíen los distintos ordenamientos, tratando por tanto de buscar sus puntos comunes.

De este modo, y tal y como afirma Guido Alpa, para lograr una armonización es necesario, primero buscar el núcleo común y después, a partir del mismo, los principios derivados.

Coincidimos con Guido Alpa<sup>6</sup>, cuando afirma que el núcleo o la esencia del Derecho de familia europeo, común a todos los Estados miembros, debe buscarse partiendo de los principios constitucionales de los países, de los derechos fundamentales en su dimensión más personal o privada, dejando a un lado el derecho de las distintas religiones (canónico, judío, protestante...) que tanto influyen en el Derecho de Familia, para, a partir de allí, descender al nivel de las relaciones personales. Localizando ese núcleo, puede empezar a armonizarse, en una primera fase, a un nivel básico o mínimo y a partir de allí, avanzar a un segundo o nivel medio en la armonización, en el que creo que nos encontramos ahora.

Así, se inició este proceso de armonización, y podemos decir que se produjo a tres niveles distintos: a) el doctrinal o académico, b) el legal y c) el jurisprudencial.

### 2.1.1. Origen doctrinal de la armonización Derecho de familia

Boele Woelki<sup>7</sup> recoge los inicios del interés de la doctrina en la investigación en la convergencia del Derecho Europeo de Familia. Se justifica el interés de la investigación en este campo en la necesidad de obtener al menos tendencias o principios comunes entre los distintos países. En un primer

<sup>6</sup> ALPA, G., «Future of Family contracts, comparative Law and European Law», en *European Business Law Review*, vol. 21, 2010, p. 6.

<sup>7</sup> BOELE-WOELKI, K., «The road towards a european family law», *ob. cit.*, pp. 1-15.

momento, y en Alemania, surgen las primera voces en cuanto a la posibilidad de esta convergencia, si bien, inicialmente son reacias a la misma, pues la ven complicada por la pluralidad de normas distintas existentes, entroncadas con las diferentes culturas y sociedades, amén de que este campo escapa a los objetivos comunitarios primordiales, y por el hecho de no estar recogido en los principales tratados. Se destaca en esta primera fase el escepticismo de Hondius<sup>8</sup>, aunque se muestra favorable a intentar esa armonización. Sin embargo, De Groot<sup>9</sup> se manifiesta claramente favor de la necesidad de intentar busca unos principios comunes europeos en esta materia.

Después, en el resto de países, surgen nuevas voces a favor de intentar esa armonización, y destaca el estudio de Alfred Rieg<sup>10</sup>, en el que ya recoge una comparación entre los ordenamientos francés y alemán en Derecho de familia, y demuestra que existen muchas soluciones parecidas entre ambos ordenamientos, y que estas van en aumento. A él debemos el dejar de considerar la armonización del Derecho de familia europeo como un mito, puesto que entiende que es posible sino encontrar concordancias absolutas entre los distintos países, sí al menos tendencias comunes que hay que perseguir.

Tras Rieg, conviene destacar a Dieter Martiny<sup>11</sup> que realizó un estudio recogiendo las similitudes y diferencias de la legislación en materia de familia de los distintos estados miembros de la Unión, y poniendo de manifiesto cómo en este campo es muy necesaria la convergencia, ya que las distintas legislaciones no están en sintonía.

A partir de aquí, y para conseguir avanzar en la armonización, se hicieron una gran cantidad de estudios o informes comparando las distintas legislaciones en diferentes aspectos del Derecho de familia: por ejemplo, la serie titulada *Beitrag zum Europaischen Familienrecht*, de la Universidad de Regensburg, que recoge los resultados de varios simposios organizados por la Universidad desde 1993, sobre temas como sucesiones, la protección de la vivienda familiar, la solidaridad familiar. Con posterioridad, en 1995, se publica otro referente en el Derecho de familia europeo, publicado por Hamilton, Standley y Hodson<sup>12</sup>, titulado *Family Law in Europe*, que recoge varios informes sobre materias importantes del Derecho de familia, resaltando y

<sup>8</sup> HONDIUS, E.H., «Naar een Europees personen en familierecht», en H. Franken and J. De ruiter, *Drie treden: Over politiek, beleid en recht*, Zwolle, 1995, pp. 173-181.

<sup>9</sup> GROOT, G.R., «Op weg naar een Europees personen – en familierecht?», en *Ars Aequi*, 1995, vol. 44, n.º 1, pp. 29-33.

<sup>10</sup> RIEG, A., *L'Harmonisation européenne du droit de famille: mythe ou réalité? Conflits et harmonisation*, Liber Amicorum A.E. von Overbeck, Fribourg, 1990, pp. 473-499.

<sup>11</sup> MARTINY, D., «Europaisches Familienrecht- Utopie oder Notwendigkeit?», en *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 1995, vol. 59, n.º 3-4, pp. 419-453.

<sup>12</sup> HAMILTON, C., STANDLEY, K. y HODSON, D., *Family Law in Europe*, London/Dublin/Edinburgh, 1995.



comparando las diferencias y similitudes entre los distintos estados miembros, pero, además, añade una novedad al investigar también sobre el propio Derecho de familia europeo derivado de los tratados y normas europeas. Se da un paso más en la investigación y «creación» del Derecho de familia europeo.

A partir de ahí, se abre un periodo fructífero en la investigación sobre Derecho de familia europeo, que ha ido acompañado del avance legislativo del Derecho comunitario en esta materia, lo que ha hecho impulsar los estudios y el propio derecho material.

Prueba de ello, y como luego veremos, y ya en la actualidad más reciente, la CEFL (*Commission of European Family Law*, creada en 2001) ha impulsado importantes publicaciones sobre el Derecho de familia europeo, recogiendo, además, aspectos materiales del mismo, buscando una armonización sustantiva, no solo comparaciones o aspectos formales o conflictuales o procedimentales, en materias concretas de Derecho de familia. La Comisión de Derecho de Familia Europeo pretende la armonización de este derecho, buscando, como antes indicábamos, el núcleo común existente en los diferentes ordenamientos, tras un exhaustivo análisis comparativo entre los mismos, y una vez obtenido ese núcleo, busca obtener unos principios europeos comunes en Derecho de familia<sup>13</sup>.

Entre esos trabajos o publicaciones, destacamos *European Family Law in Action* (2003 y 2004), de Boele-Woelki, Braat y Summer, donde se recogen los cuestionarios y las respuestas dadas por los distintos países, sobre cuestiones materiales de Derecho de familia (divorcio, pensión alimenticia y responsabilidad parental) que han servido de base para la publicación de *Principles of European Family Law regarding Divorce and Maintenance between Spouses*, y posteriormente, un segundo volumen dedicado a la responsabilidad parental, titulado *Principles of European Family Law regarding Parental Responsibilities*. En ambos se recogen principios materiales de Derecho europeo en esas respectivas materias, que luego analizaremos.

Los avances y esfuerzos doctrinales por la armonización de un nexo o núcleo común en Derecho de familia europeo son importantes y sus frutos empiezan a verse, pudiendo afirmar que, hoy en día, al menos las bases comunes de esta rama del Derecho están más o menos claras.

### 2.1.2. Origen legal

Si hablamos del origen legal en el Derecho comunitario, del Derecho de familia europeo común, debemos distinguir ese origen en el derecho originario o primario, donde se encuentran sus bases, y su posterior desarrollo en el derecho derivado.

---

<sup>13</sup> <http://ceffonline.net/wp-content/uploads/Principles-Spanish.pdf> (última visita, 24 julio 2014).

Con respecto al derecho originario europeo, ya hemos dicho que los tratados constitutivos de la Unión Europea no señalaban entre sus fines la necesidad de abordar un espacio común personal o familiar, ni mucho menos un Derecho de familia europeo (EFL).

Si repasamos brevemente el camino de construcción europea, no va a ser hasta bien avanzado cuando encontremos el inicio o germen de la posibilidad de bases comunes para desarrollar un Derecho de familia común en la Unión.

De este modo, surge la idea de la unidad europea, cuando Alemania, Italia, Bélgica, Luxemburgo, Países Bajos y Francia firman en París en 18 de abril de 1951 el Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA). La idea era crear un mercado común donde reinara la libre circulación y libre competencia en esos específicos mercados. Nos encontramos a años luz del Derecho de familia común. Los objetivos son, en cualquier caso, económicos y de mercado.

El segundo paso, tras el fracaso de la Comunidad Europea de Defensa y de la Comunidad Política Europea, fue dado con la firma de dos nuevos tratados en Roma el 25 de marzo de 1957: el que creaba la Comunidad Europea de la Energía Atómica (CEE, Euratom), y el que instituía la Comunidad Económica Europea (CEE, Mercado Común de libre circulación y libre competencia). La unidad europea y su ordenamiento jurídico permanecían anclados en torno a las tres citadas Comunidades Europeas y a sus Tratados Constitutivos, que iban sufriendo adaptaciones según se iban produciendo las posteriores adhesiones, así, en 1972, Dinamarca, Irlanda y Reino Unido; en 1982, Grecia; y en 1985, España y Portugal, con efectos a partir del 1 de enero de 1986, sin que exista tampoco precedente o rastro de la necesidad de abordar el estudio de un derecho común de familia.

La configuración definitiva de la Comunidad Europea, se dio con la 12ª revisión de los tratados, que dio lugar al Acta Única Europea, de 27 de enero de 1986 y que entró en vigor el 1 de julio de 1987. Entre las principales novedades introducidas, cabe destacar la inserción del Consejo Europeo en los tratados, la realización de nuevas transferencias a favor de las Comunidades, la creación del mercado interior y único y la regulación de la cooperación en materia de política exterior.

El siguiente paso se dio con el Tratado de la Unión Europea (TUE) o Tratado de Maastricht de 7 de febrero de 1992, que entró en vigor el 1 de noviembre de 1993. Nace así la Unión Europea, que se asienta sobre tres pilares; el pilar Comunitario (Comunidad Europea, CECA y CEEA), el pilar de la Política Exterior y de Seguridad Común (PESC), y el pilar de la Cooperación en Asuntos de Justicia e Interior (CAJI). Es en este tercer pilar de la Unión Europea donde se va a forjar el origen del Derecho de familia europeo, al ser necesaria también esa cooperación judicial en asuntos civiles, –y en concreto de familia–, transfronterizos, lo que conlleva la necesidad de homo-

geneizar el reconocimiento y ejecución de sentencias en esa materia<sup>14</sup>. Desarrollo que vendrá después con el Tratado de Amsterdam de 1997, de 2 de octubre, en el que se revisa el procedimiento de codecisión, se introduce el mecanismo de cooperación reforzada, así como las disposiciones relativas a la Política Exterior y Seguridad Común relativas a un «espacio de libertad, seguridad y justicia» (artículos 14, 16, 20 TUE). Justamente, es en la necesidad de ese espacio común de libertad y seguridad jurídica y la necesidad de cooperación judicial, donde surge el inicio de un derecho común en materia de reconocimiento de resoluciones judiciales en materia de familia.

A partir de ahí, y establecida la necesidad de reforzar y desarrollar esa cooperación judicial en asuntos civiles, siguiendo en este punto a Rodríguez-Benot<sup>15</sup>, se produjeron dos documentos: Plan de acción del Consejo y de la Comisión, de Viena, de 3 diciembre 1998, sobre la manera de aplicar las disposiciones del Tratado de Amsterdam, relativas a la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia, consecuencia del cual, y en segundo lugar, se produjeron después las conclusiones del Consejo Europeo celebrado en Tampere en 1999.

En el primero de ellos, se establecieron los ámbitos materiales en los que se debía intervenir en un plazo de 5 años, entre los que se encuentran: la ley aplicable al divorcio, las soluciones no judiciales en los conflictos familiares transnacionales y mediación familiar, y la competencia judicial internacional, ley aplicables y reconocimiento y ejecución de sentencias en los regímenes matrimoniales y sucesiones<sup>16</sup>, y establecieron las prioridades de actuación, recogiendo expresamente lo siguiente: «La cooperación judicial en materia civil es fundamental para el «espacio de justicia». Desde este punto de vista, hay que adaptar las normas en materia de problemas derivados de la coexistencia de diferentes leyes y jurisdicciones, sobre todo en lo tocante a las obligaciones contractuales y extracontractuales, divorcio, régimen matrimonial y sucesiones, y también desarrollar la mediación, especialmente para los conflictos familiares. Se estudiará la posibilidad de crear una red judicial civil para intensificar las relaciones de los profesionales en el ámbito europeo».

En cuanto a las conclusiones del Consejo de Tampere, de 15 y 16 octubre 1999, es importante señalar, como afirma Rodríguez –Benot<sup>17</sup>, que se conclu-

---

<sup>14</sup> Hay que señalar que en este tratado se recoge e instrumentaliza este pilar de la Cooperación en Asuntos de Justicia e Interior, si bien, dicha cooperación judicial, ya existía en el propio Convenio de Bruselas, que luego pasará a ser el Reglamento 4401.

<sup>15</sup> RODRÍGUEZ-BENOT, A., «El derecho comunitario europeo de familia: marco institucional y perspectivas de futuro», en FERNÁNDEZ-ARROYO GIMÉNEZ, D.P y GONZÁLEZ MARTÍN, N. (ed.), *Tendencias y relaciones del Derecho internacional privado americano actual*, Porrúa/UNAM/ASADIP, Ciudad de México, pp. 537-552.

<sup>16</sup> Parte II «Prioridades y medidas», letra B «Políticas relacionadas con la libre circulación de personas», apartado II «Cooperación judicial en materia civil», punto 41 del Plan de Acción de Viena 1998.

<sup>17</sup> RODRÍGUEZ –BENOT, A., *ob. cit.*, pág. 545.

yó en la idoneidad de realizar en cuanto al derecho material civil «un estudio global de la necesidad de aproximar las legislaciones de los Estados miembros en materia civil para eliminar los obstáculos al buen funcionamiento de los procedimientos civiles»<sup>18</sup>.

Consecuencia de este Plan de acción y de las conclusiones de Tampere se publica la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo –Marcador para supervisar el progreso en la creación de un espacio de «libertad, seguridad y justicia» en la Unión Europea– (COM (2000) 167 final), donde se va a establecer el cronograma y pasos a seguir para conseguir ese espacio de libertad y justicia a través de la cooperación judicial civil. De este modo, se establece como fin someter «a constante revisión los avances realizados en la ejecución de las medidas necesarias y el cumplimiento de los plazos establecidos en la construcción de ese espacio común».

En concreto, en materia de Derecho civil, se señala que «para facilitar la cooperación judicial y mejorar el acceso al Derecho, hay que lograr una mayor compatibilidad y convergencia entre los ordenamientos jurídicos»<sup>19</sup>.

<sup>18</sup> Véase el punto VII. De las Conclusiones:

«VII. Mayor convergencia en Derecho civil

38. El Consejo Europeo invita al Consejo y la Comisión a que elaboren nueva legislación en materia procesal para casos transfronterizos, en particular en lo que se refiere a los elementos que son decisivos para allanar el camino a la cooperación judicial y para mejorar el acceso a la justicia, como, por ejemplo, las medidas provisionales, la obtención de pruebas, las órdenes de pago y los plazos.

39. Por lo que respecta al Derecho material, se requiere un estudio global de la necesidad de aproximar las legislaciones de los Estados miembros en materia civil para eliminar los obstáculos al buen funcionamiento de los procedimientos civiles. El Consejo debería informar antes de finales de 2001».

<sup>19</sup> Transcribimos el punto 3 de la Comunicación, relativa al Espacio europeo de justicia:

«3. Un auténtico espacio europeo de justicia

El objetivo es dar a los ciudadanos una percepción común de la justicia en toda la Unión. La justicia debe considerarse como un modo de facilitar la vida cotidiana de la gente y hacer frente a los que amenazan la libertad y seguridad de los individuos y de la sociedad. Esto incluye tanto el acceso mejorado a la justicia como la plena cooperación judicial entre Estados miembros.

3.1. Mejor acceso a la justicia en Europa

Hay que garantizar un auténtico espacio de justicia para que particulares y empresas puedan acercarse a los tribunales y autoridades de cualquier Estado miembro tan fácilmente como en el suyo y no se vean privados o disuadidos de ejercer sus derechos por la complejidad de los sistemas legales y administrativos en los Estados miembros.

3.2. Reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales

Un auténtico espacio de justicia debe ofrecer seguridad jurídica a los particulares y a los operadores económicos. Con este fin, las resoluciones y decisiones judiciales deben ser respetadas y ejecutadas en toda la Unión.

Un mayor grado de reconocimiento mutuo de decisiones y resoluciones judiciales y el necesario acercamiento de las legislaciones facilitarían la cooperación entre entidades

Los objetivos, finalidades y prioridades de la Unión Europea, de cara a una armonización del Derecho civil, en aras de conseguir ese espacio de seguridad jurídica, ya se han establecido.

Con posterioridad, se aprobaron nuevos Tratados, como el de Niza 2001, después se produjo la gran ampliación a veinticinco Estados miembros, mediante el Tratado de Adhesión de 16 de abril de 2003, que entró en vigor el 1 de mayo de 2004, el fracaso del Tratado Constitucional de 2005.

En estos tratados sucesivos, se sigue insistiendo en la necesidad de cooperación judicial en asuntos civiles, para conseguir un espacio de libertad y seguridad jurídica, y se va avanzando en instrumentos jurídicos de carácter formal que abundan en el reconocimiento de resoluciones judiciales en materia de Derecho de familia.

Paralelamente, se elaboran otros dos documentos que favorecen el desarrollo formal del derecho común en materia de familia, como son el Programa de la Haya del Consejo Europeo de 14 y 15 de marzo de 2004 para la consolidación de la libertad, la seguridad y la justicia en la Unión Europea, en el que se propone un límite temporal para conseguir la adopción de instrumentos jurídicos oportunos en la construcción de un derecho comunitario de familia (2011), y además se establece que dicho derecho común ha de conseguirse en primer lugar a través de normas conflictuales, procedimentales, para solo después abordar la unidad material o sustantiva.

Un año después se aprueba por el Consejo de Ministros (3 junio 2005) la comunicación de la Comisión al Consejo y Parlamento Europeo, que recoge el Programa de la Haya y lo desarrolla: «Programa de la Haya: diez prioridades para los próximos 5 años. Una asociación para la renovación europea en el ámbito de la libertad, la seguridad y la justicia» (COM (2005) 184 final). En esta comunicación se establecen de nuevo las prioridades de actuación y, en la novena, se determina una vez más, la necesidad de garantizar un espacio europeo de justicia, y se señala que «En materia de justicia civil, la Comisión hace hincapié en la terminación del programa de reconocimiento mutuo de decisiones en materia civil y mercantil. A tal efecto, ha realizado consultas sobre las decisiones referentes al patrimonio familiar, las sucesiones o los testamentos con el fin de preparar nuevas propuestas legislativas»<sup>20</sup>.

---

y la protección judicial de los derechos individuales, con el fin de asegurar que el principio del reconocimiento mutuo sea la piedra angular de la cooperación judicial en la Unión Europea, tanto en lo civil como en lo penal.

### 3.3. Mayor convergencia del Derecho civil

Para facilitar la cooperación judicial y mejorar el acceso al Derecho, hay que lograr una mayor compatibilidad y convergencia entre los ordenamientos jurídicos».

<sup>20</sup> Véase «Programa de la Haya: diez prioridades para los próximos 5 años»:

«Garantizar un auténtico espacio europeo de justicia. Para la obtención y ejecución de las decisiones judiciales debe garantizarse el acceso a la justicia. La Unión debe adoptar medidas con el fin de instaurar una confianza recíproca entre los Estados miembros,

A raíz de esto, y con la finalidad de conseguir la mejora en el reconocimiento mutuo de las resoluciones civiles, se aprueba la elaboración de varios libros verdes en materia de Derecho de familia en la Comunicación de la Comisión al Consejo y Parlamento europeo COM (2006) 331 final, de 28 de junio de 2006: Libro verde sobre sucesiones, Libro verde sobre conflictos de Leyes y jurisdicciones en materia de divorcio, un Libro Verde sobre las consecuencias patrimoniales del matrimonio y parejas de hecho, y un Libro verde sobre el estado civil.

Con base en estos precedentes, consideraciones y prioridades establecidos y derivados de los tratados constitutivos y documentos consecuentes elaborados por instituciones de la Unión Europea, se inició y se abrió el camino al derecho derivado de la Unión en Derecho de familia, si bien, abordando únicamente los problemas formales de las cuestiones transfronterizas de reconocimiento y ejecución de sentencias en distintos ámbitos del Derecho de familia. La Unión Europea ha legislado en este tema a través de Reglamentos, sin que exista ninguna Directiva sobre la cuestión.

Entre estos primeros reglamentos que abordan cuestiones formales de aplicación, reconocimiento y ejecución de sentencias, en una primera fase, caben destacar los siguientes: Bruselas II» (CE) n.º 1347/2000 del Consejo, reformado posteriormente y sustituido por el nuevo Reglamento «Bruselas II bis» (CE) n.º 2201/2003 del Consejo, el Reglamento (CE) n.º 4/ 2009 del Consejo de 18 diciembre de 2008, y por último el Reglamento «Roma III» (UE) n.º 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010. Los analizaremos en el apartado siguiente donde, de forma transversal o por materia, desarrollaremos el *iter* legislativo existente respecto de cada una.

Un nuevo paso en la armonización se produjo a raíz del Tratado de Lisboa, de 13 de diciembre de 2007, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, denomi-

---

creando para ello normas procesales mínimas que garanticen, por ejemplo, los derechos de la defensa.

En materia de justicia civil, la Comisión hace hincapié en la terminación del programa de reconocimiento mutuo de decisiones en materia civil y mercantil. A tal efecto, ha realizado consultas sobre las decisiones referentes al patrimonio familiar, las sucesiones o los testamentos con el fin de preparar nuevas propuestas legislativas.

En cuanto a la justicia penal, la aproximación de la legislación y la creación de normas mínimas de procedimiento penal resultan a veces indispensables para reforzar la confianza mutua entre Estados miembros. Eurojust es la clave del desarrollo de la cooperación judicial en materia penal.

La Comisión también quiere incrementar la protección de los intereses financieros de la Unión. Las medidas operativas destinadas a garantizar un verdadero espacio europeo de justicia incluyen, a modo de ejemplo, el apoyo de la Unión a las redes de organizaciones e instituciones judiciales, la evaluación de la calidad de la justicia, una comunicación sobre la formación judicial en la Unión Europea y seminarios encaminados a fomentar la cooperación entre los profesionales del Derecho».

nándose a partir de entonces Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). A partir del mismo puede colegirse la posibilidad de adoptar medidas en este campo para la cooperación en asuntos civiles con repercusión transfronteriza, tanto en asuntos procedimentales como materiales, ya que modificó el contenido del anterior art. 65 del Tratado de la Comunidad Europea, en la redacción consagrada tras el Tratado de Amsterdam de 2 octubre 1997.

Tras esta nueva redacción se aprobó el desarrollo de una cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza, basada en el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales —igual que antes—, pero se añadió que «esta cooperación podrá incluir la adopción de medidas de aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros»<sup>21</sup>. Además, en su apartado tercero, con-

<sup>21</sup> Véase nueva redacción art. 65 TCE, conforme a la redacción Tratado de Lisboa (TFUE 2007):

*Artículo 65*

1. La Unión desarrollará una cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza, basada en el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales. Esta cooperación podrá incluir la adopción de medidas de aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros.

2. A los efectos del apartado 1, y en particular cuando resulte necesario para el buen funcionamiento del mercado interior, el Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, medidas para garantizar:

- a) el reconocimiento mutuo, entre los Estados miembros, de las resoluciones judiciales y extrajudiciales, así como su ejecución;
- b) la notificación y el traslado transfronterizos de documentos judiciales y extrajudiciales;
- c) la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros en materia de conflictos de leyes y de jurisdicción;
- d) la cooperación en la obtención de pruebas;
- e) una tutela judicial efectiva;
- f) la eliminación de los obstáculos al buen funcionamiento de los procedimientos civiles, fomentando si es necesario la compatibilidad de las normas de procedimiento civil aplicables en los Estados miembros;
- g) el desarrollo de métodos alternativos de resolución de litigios;
- h) el apoyo a la formación de magistrados y del personal al servicio de la administración de justicia.

3. No obstante lo dispuesto en el apartado 2, las medidas relativas al Derecho de familia con repercusión transfronteriza se establecerán por el Consejo, con arreglo a un procedimiento legislativo especial. El Consejo se pronunciará por unanimidad, previa consulta al Parlamento Europeo.

El Consejo, a propuesta de la Comisión, podrá adoptar una decisión que determine los aspectos del Derecho de familia con repercusión transfronteriza que puedan ser objeto de actos adoptados mediante el procedimiento legislativo ordinario. El Consejo se pronunciará por unanimidad, previa consulta al Parlamento Europeo.

firma la posibilidad de desarrollo legislativo en esta materia al establecer que «las nuevas medidas relativas al Derecho de familia con repercusión transfronteriza se establecerán por el Consejo, con arreglo a un procedimiento legislativo especial». Y como ya hemos adelantado y recogiendo las ideas de Rodríguez Benot que se apoya a su vez en Coester-Waltjen, esta norma no se refiere solo a las cuestiones procedimentales, sino también «a las instituciones sustantivas de Derecho de familia»<sup>22</sup>. Posteriormente, y como ya hemos indicado, la versión consolidada del Tratado de Lisboa (2010), transcribe el antiguo art. 65 en el actual art. 81 TFUE (versión consolidada 2010)<sup>23</sup>.

---

La propuesta a que se refiere el párrafo segundo se comunicará a los Parlamentos nacionales. En caso de que un Parlamento nacional notifique su oposición en los seis meses posteriores a la comunicación, la decisión no será adoptada. En ausencia de oposición, el Consejo podrá adoptar la decisión.»

<sup>22</sup> RODRÍGUEZ BENOT, A., «El derecho comunitario europeo de familia», *ob. cit.*, p. 543.

<sup>23</sup> Véase, art. 81 TFUE versión consolidada 2010:

COOPERACIÓN JUDICIAL EN MATERIA CIVIL

*Artículo 81*

(antiguo artículo 65 TCE)

1. La Unión desarrollará una cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza, basada en el principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales. Esta cooperación podrá incluir la adopción de medidas de aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros. 2. A los efectos del apartado 1, y en particular cuando resulte necesario para el buen funcionamiento del mercado interior, el Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, medidas para garantizar: a) el reconocimiento mutuo, entre los Estados miembros, de las resoluciones judiciales y extrajudiciales, así como su ejecución; b) la notificación y el traslado transfronterizos de documentos judiciales y extrajudiciales; c) la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros en materia de conflictos de leyes y de jurisdicción; d) la cooperación en la obtención de pruebas; e) una tutela judicial efectiva; f) la eliminación de los obstáculos al buen funcionamiento de los procedimientos civiles, fomentando si es necesario la compatibilidad de las normas de procedimiento civil aplicables en los Estados miembros; ES C 83/78 Diario Oficial de la Unión Europea 30.3.2010

g) el desarrollo de métodos alternativos de resolución de litigios;

h) el apoyo a la formación de magistrados y del personal al servicio de la administración de justicia.

3. No obstante lo dispuesto en el apartado 2, las medidas relativas al Derecho de familia con repercusión transfronteriza se establecerán por el Consejo, con arreglo a un procedimiento legislativo especial. El Consejo se pronunciará por unanimidad, previa consulta al Parlamento Europeo.

El Consejo, a propuesta de la Comisión, podrá adoptar una decisión que determine los aspectos del Derecho de familia con repercusión transfronteriza que puedan ser objeto de actos adoptados mediante el procedimiento legislativo ordinario. El Consejo se pronunciará por unanimidad, previa consulta al Parlamento Europeo.

La propuesta a que se refiere el párrafo segundo se comunicará a los Parlamentos nacionales. En caso de que un Parlamento nacional notifique su oposición en los seis meses posteriores a la comunicación, la decisión no será adoptada. En ausencia de oposición, el Consejo podrá adoptar la decisión.



Con posterioridad, se aprueba el Programa de Acción de Estocolmo (2010-14), del que deriva el Plan de acción de Estocolmo que se recoge en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 20 de abril de 2010 – Garantizar el espacio de libertad, seguridad y justicia para los ciudadanos europeos – Plan de acción por el que se aplica el Programa de Estocolmo (COM (2010) 171 final). En este programa de acción se insiste en la idea de una Europa abierta y segura que sirva y proteja al ciudadano, y para ello establece la necesidad de «adoptar mínimos comunes en materia civil y penal»<sup>24</sup>. Por lo tanto, ya se afirma claramente la necesidad de buscar y adoptar puntos comunes, «mínimos» en las distintas legislaciones para, a partir de allí, poder avanzar en esa armonización. Nos encontramos ante el asentamiento del núcleo común del Derecho de familia, no solo en temas procedimentales sino también sustantivos.

A partir de aquí, entendemos que la regulación europea en Derecho de familia, basándose en todos los estudios previos desarrollados por la doctrina y por la Comisión Europea de Derecho de Familia, es una realidad posible, y que puede hacerse efectiva a través del derecho derivado de la Unión, al menos en cuanto a criterios, tendencias o principios comunes en aspectos fundamentales y materiales, ya que en aspectos meramente formales de conflicto de leyes o de procedimiento ya se ha avanzado, y prueba de ello es la existencia de distintos reglamentos sectoriales en cuanto al reconocimiento de sentencias en Derecho de familia. Este desarrollo del Derecho de familia, en el derecho derivado europeo, se analizará a continuación, al explicar la situación actual de la unificación del Derecho de familia en distintas materias sustantivas, donde haremos un repaso a la evolución legislativa en cada una de ellas.

---

<sup>24</sup> Una Europa de la justicia

Para reforzar el espacio judicial europeo, el Plan de acción establece medidas para lograr una mayor aplicación del principio de reconocimiento mutuo. Esto incluye propuestas legislativas sobre la obtención y recopilación de pruebas, inhabilitaciones y sanciones pecuniarias en materia penal. La Comisión también tiene la intención de proponer nueva legislación en materia civil, como la relativa al divorcio, y revisar el reglamento referente a los juicios en materia civil y comercial. Para que el principio de reconocimiento mutuo funcione eficazmente, la Comisión emprenderá acciones para fortalecer la confianza mutua. Para ello, también se propondrán acciones para desarrollar normas mínimas comunes en la legislación civil y penal. Asimismo, para que los ciudadanos se beneficien en mayor medida del espacio judicial europeo, la Comisión propondrá acciones para facilitar el acceso a la justicia, especialmente en términos de legislación relativa a los documentos sobre el estado civil, y apoyar la actividad económica, como propuestas legislativas en el cumplimiento de los juicios. Al mismo tiempo, la Comisión tiene la intención de aumentar la presencia internacional de la UE en el ámbito jurídico civil y penal, principalmente a través de la negociación de acuerdos y convenciones con terceros países.

### 2.1.3. Origen jurisprudencial

Por último, la Jurisprudencia europea también ha jugado un papel importante en el origen o embrión del EFL.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de Luxemburgo (TJUE) ha ido perfilando e interpretando distintos aspectos concretos que han servido para desarrollar el EFL.

En concreto, y como recoge Rodríguez Benot<sup>25</sup>, el Tribunal europeo ha intervenido fundamentalmente en asuntos relativos al estatuto personal, en concreto sobre el nombre y apellidos, cuando se han generado problemas en torno a los mismos para garantizar el desarrollo de las libertades comunitarias que tiene todo ciudadano de la Unión Europea<sup>26</sup>. Se trata de supuestos en los que las diferentes legislaciones impedían el reconocimiento de los propios apellidos, o discutían sobre el valor probatorio de los documentos acreditativos de un estado civil, o simplemente impedían la inscripción del nombre en una grafía no existente en otro Estado miembro. Problemas todos ellos derivados de la relación transfronteriza de los ciudadanos europeos, que ven mermados sus derechos y libertades de un estado a otro por esa falta de reconocimiento o convergencia de las normativas en esta materia.

El TJUE soluciona estos problemas abogando por el reconocimiento de esos apellidos, grafía y valor probatorio de los documentos, y la necesidad de que el Estado que los rechazaba, los reconozca para no impedir esa libre circulación y derechos de los ciudadanos europeos.

De esta forma contribuye de forma activa en la armonización en materia de Derecho de familia, siendo importante su aportación en la génesis del EFL.

## 2.2. *Avances en el Derecho de familia europeo*

Como ya hemos explicado en las líneas precedente, se ha avanzado mucho en la construcción del Derecho de Familia Europeo, se han asentado importantes bases para su crecimiento y desarrollo sólido, al igual que se ha incrementado en los últimos años la actividad unificadora y legislativa en la materia.

Por eso, corresponde ahora analizar cuál es el estado actual de la armonización del Derecho de familia europeo.

Para ello, vamos a hacer un examen sectorial y transversal por materias, analizando las materias más importantes de Derecho de familia en las que se está trabajando en la actualidad, para poner de relieve los avances en cada una de ellas y la situación final en la que nos encontramos.

<sup>25</sup> Véase RODRÍGUEZ BENOT, *ob. cit.*

<sup>26</sup> Véase RODRÍGUEZ BENOT, *ob. cit.*, que cita las STJUE C-168/91, de 30 marzo 1993, STJUE C-336/94 de 2 de diciembre y STJUE C-148/02 de 2 octubre 2003.

La razón del estudio por materias concretas, y no en general o de forma cronológica, se debe a que en cada una de ellas se está trabajando a distinto ritmo, ocasionando diferentes normas, documentos, Libros Verdes o compendio de principios generales respecto de cada una de ellas.

Las materias concretas que vamos a abordar son las siguientes: Disolución matrimonial, obligación de alimentos, responsabilidad parental, régimen patrimonial matrimonial o de las uniones de hecho.

La elección de estos temas no es baladí, sino que ha sido en esas materias donde más se ha avanzado en la armonización del Derecho de familia europeo. Ya se puso de relieve que la Comunicación de la Comisión al Consejo y Parlamento europeo COM (2006) 331 final, de 28 de junio de 2006, tuvo como objetivos la elaboración de libros verdes en varias de estas materias, la propia Comisión de Derecho de familia ha elaborado principios generales sobre dos de ellas (divorcio y alimentos), existen reglamentos europeos que las regulan, y en definitiva, son las materias que más problemas ocasionan a nivel transfronterizo y requieren de mayor cooperación judicial para poder solucionar los conflictos generados por la globalidad de los ciudadanos europeos que gozan de libertad de circulación y movimiento personal en la Unión. Estas instituciones de Derecho de familia se ven afectadas, precisamente, por las distintas regulaciones de los países miembros, e inciden de forma especial en la vida de los ciudadanos europeos.

Esto se corresponde, asimismo, con los aspectos que la doctrina destaca como los más importantes en los que conseguir la armonización, en este sentido, Boele-Woelki<sup>27</sup>, ya en 1997, al preguntarse sobre qué áreas concretas deben ser las primeras en las que investigar o buscar los principios comunes europeos, para después conseguir la armonización, responde que deben ser: los aspectos patrimoniales del matrimonio y divorcio, los aspectos patrimoniales de las parejas de hecho, los derechos de los menores y la protección de estos. Áreas en las que encajan perfectamente las materias o instituciones que en la realidad más se han desarrollado, y que, en consecuencia, hemos seleccionado, y pasamos a explicar a continuación.

### 3. HACIA LA ARMONIZACIÓN LEGISLATIVA FORMAL Y MATERIAL EN DERECHO DE FAMILIA: ESTADO DE LA CUESTIÓN

#### 3.1. *Disolución matrimonial: divorcio, separación y nulidad*

Hemos de hacer una primera observación antes de entrar a analizar los avances concretos en las distintas áreas de Derecho de familia. Todas las

<sup>27</sup> BOELE-WOELKI, K., «The road towards a European Family Law», *ob. cit.*, p. 7.

diferentes áreas transversales en las que vamos a ver el estado actual de la armonización del Derecho de familia europeo parten de la disolución matrimonial.

Y es que los problemas familiares que más se dan en la realidad y que por lo tanto requieren de una solución más rápida cuando se implican ciudadanos de diferentes Estados miembros, con las correspondientes dificultades transfronterizas en la aplicación de las normas, son los que se producen una vez disuelto el matrimonio. Mientras las cosas van bien, el Derecho normalmente no actúa, pero cuando se produce una ruptura o fracaso matrimonial, es entonces cuando surgen los problemas respecto de los hijos, la obligación de alimentos, y el patrimonio hasta entonces familiar. La disolución matrimonial es el detonante de la necesidad de dar solución a estos distintos supuestos, que son los que se van a analizar en estas líneas.

Por lo tanto, todos ellos están vinculados con este primer epígrafe destinado a la disolución matrimonial; sin embargo, en este apartado en concreto vamos a analizar sólo cómo se encuentra el Derecho de familia europeo en relación a la acción judicial de disolución: a las causas y procedimiento de la separación, nulidad y divorcio, sin atender a las consecuencias patrimoniales o familiares de la ruptura, que se analizarán en los siguientes epígrafes.

Pues bien, ¿en qué se ha avanzado en relación a la acción de disolución matrimonial?

Es obvio que cada Estado miembro tiene su propia regulación de la disolución matrimonial, con sus propias causas, procesos, y consecuencias. El problema surge cuando un matrimonio compuesto por personas nacionales de diferentes estados miembros, o con residencia en un tercero, ¿cuál es la ley que debe regir esa disolución? ¿Cuál es la ley aplicable a la misma? ¿Hay o se ha avanzado en alguna legislación común a este respecto?

Veamos los pasos que se han dado en relación a la armonización en materia de disolución matrimonial, y en qué punto nos encontramos.

### 3.1.1. Avances en la armonización de los aspectos procedimentales en materia de divorcio

El primer paso hacia la unificación del Derecho europeo de familia en materia de disolución matrimonial lo encontramos con la publicación del Libro Verde de 14 de marzo 2005 (COM/2005/0082 final).

El Libro Verde sobre la legislación aplicable en materia de divorcio, se publica como consecuencia de la invitación que el Consejo hizo al a Comisión en 2004 ante la falta de regulación común sobre la ley aplicable en materia de divorcio en la Unión Europea, y para fomentar o animar a la necesidad de establecer unos parámetros comunes en torno a la ley aplicable en los divorcios transfronterizos.

Es cierto que los Reglamentos anteriores en materia de divorcio, «Bruselas II» (CE) n.º 1347/2000<sup>28</sup> del Consejo y «Bruselas II bis» (CE) n.º 2201/2003 del Consejo<sup>29</sup>, contienen normas sobre competencia y reconocimiento en asuntos matrimoniales, pero no sobre legislación aplicable a los supuestos de disolución matrimonial, en ninguno de los dos cuerpos legales, ya que la entrada en vigor del Reglamento de Bruselas II bis que sustituyó al Reglamento de Bruselas II a partir del 1 de marzo de 2005, no implicó cambio alguno a este respecto, puesto que retoma las normas sobre asuntos matrimoniales del Reglamento de Bruselas II prácticamente sin cambios.

Por lo tanto, aunque ambas normas regulan por vez primera las formas de competencia judicial y el reconocimiento y ejecución de sentencias en materia matrimonial (en concreto sobre divorcio y responsabilidad parental), no abordan la problemática de la Ley aplicable a un divorcio o separación cuando se trate de matrimonios internacionales, de ciudadanos de distintos Estados miembros.

Esta dificultad se pone de relieve en el Libro Verde (2005), en el que se manifiesta las dificultades y los supuestos en los que se puede encontrar un matrimonio para divorciarse en la Unión Europea, pues no se sabe bien cuál es la ley aplicable al mismo, generando inseguridad jurídica y, en muchos supuestos, lo que el Libro Verde denomina «carrera al Tribunal», puesto que el primero que plantee la demanda ante su Tribunal, será quien dirima el asunto conforme a su legislación.

Este abanico de normas aplicables deriva, como así expresa el propio Libro Verde, de que el Reglamento de Bruselas II bis, permite a los cónyuges elegir entre varios criterios de competencia alternativos. Y, continúa, «una vez incoado un proceso de divorcio ante los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro, la legislación aplicable se determina de conformidad con las normas nacionales de conflicto de leyes de ese Estado. Entre las normas nacionales de conflicto de leyes hay acusadas diferencias».

Todo esto, la conjunción de diversidad de normas de conflicto con las actuales normas de competencia, como sigue afirmando el Libro Verde, «puede suscitar una serie de problemas en el contexto de los divorcios «internacionales». Aparte de la falta de seguridad jurídica y de flexibilidad, la si-

---

<sup>28</sup> Reglamento (CE) n.º 1347/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes, DO L 160, de 30.06.2000, p. 19.

<sup>29</sup> Reglamento (CE) n.º 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 1347/2000, DO L 338, de 23.12.2003, p. 1.

tuación actual puede también abocar a resultados que no correspondan a las legítimas expectativas de los ciudadanos».

El Libro Verde, tras poner de manifiesto estos problemas, sugiere diversas soluciones para armonizar o para tratar de dar una solución común en cuanto a qué ley debe aplicarse en cada caso. Las soluciones que propone a este respecto son las siguientes:

- a) No hacer nada y mantener las cosas como están pues el conflicto no es tan importante. Obviamente no es la solución adecuada.
- b) Buscar la armonización de las normas de conflictos de leyes, es decir, introducir normas armonizadas de conflicto de leyes basadas en un grupo de factores de vinculación uniformes. Esta solución tendría la ventaja de garantizar la seguridad jurídica.
- c) Ofrecer a los cónyuges la posibilidad de elegir la legislación aplicable. Esto siempre de forma limitada, y restringiendo la elección a un ordenamiento que les fuera cercano y con el que estén vinculados. Por ejemplo, limitar la elección a la legislación del Estado del foro («lex fori»).
- d) Revisar los criterios de competencia enumerados en el artículo 3 del Reglamento n.º 2201/2003. Como afirma el Libro Verde, «los criterios de competencia enumerados en el artículo 3 del Reglamento del Consejo n.º 2201/2003 se diseñaron originalmente para cumplir requisitos objetivos, corresponder a los intereses de las partes, implicar normas flexibles de tratar la movilidad y cubrir las necesidades de los individuos sin sacrificar la seguridad jurídica»<sup>30</sup>. Pero, a pesar de ello, parece que las normas sobre competencia no cumplen enteramente estos objetivos, puesto que a veces esos criterios de competencia no son lo suficientemente flexibles y en otras ocasiones puede que al existir varios criterios de competencia aplicables, la legislación aplicable resultante no sea la más cercana o adecuada a las partes.
- e) Revisar la norma de competencia residual del artículo 7 del Reglamento n.º 2201/2003<sup>31</sup>, porque puede ocurrir que aplicándola se llegue

<sup>30</sup> Punto 27 del Informe explicativo del Convenio de 28 de mayo de 1998 sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial (en el que se basa el Reglamento de Bruselas II), DO C 221 de 16.07.1998, p. 27.

<sup>31</sup> Artículo 7 Reglamento n.º 2201/2003.

Competencia residual:

«1. Si de los artículos 3, 4 y 5 no se deduce la competencia de ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro, la competencia se determinará, en cada Estado miembro, con arreglo a las leyes de dicho Estado.

2. Todo nacional de un Estado miembro que tenga su residencia habitual en el territorio de otro Estado miembro podrá, al igual que los nacionales de este último, invocar en

a la situación donde ningún órgano jurisdiccional de la Unión Europea o de ningún otro lugar sea competente para conocer de una demanda de divorcio, como puede pasar en el caso de matrimonio de dos personas de distintos estados miembros que residen en un país tercero. En este caso, como se recoge en el libro Verde: «En caso de que un órgano jurisdiccional de un tercer Estado sea competente, la resolución de divorcio subsiguiente no se reconoce en la Unión Europea de conformidad con el nuevo Reglamento de Bruselas II, sino solamente de conformidad con el Derecho nacional o los tratados internacionales aplicables. Esto puede causar dificultades si posteriormente la pareja solicita el reconocimiento y desea que el divorcio se reconozca en sus respectivos países de origen.

- f) Que los cónyuges elijan el órgano jurisdiccional competente. Esto traería enormes ventajas para la seguridad jurídica y previsibilidad de las partes en los divorcios amistosos.
- g) Introducción de la posibilidad de remitir un asunto, en circunstancias excepcionales, a un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro, basándose en que el matrimonio estaba establecido principalmente en ese Estado. El artículo 15 del nuevo Reglamento de Bruselas II establece tal posibilidad en los asuntos de responsabilidad parental. Así se pondría fin a la «carrera a los Tribunales».
- h) Por último, el Libro Verde, aborda la posibilidad de combinar varias de estas alternativas propuestas, buscando una auténtica solución para determinar la Ley aplicable en cada caso de divorcio transfronterizo, pues todas ellas consideradas de forma aislada no resuelven todos los conflictos que puedan plantearse.

El Libro Verde, por tanto, analiza la situación y propone vías de solución que habrán de adoptarse o no, y en su caso desarrollarse más tarde. Como consecuencia de estas propuestas, se publica el Reglamento «Roma III».

El Reglamento (UE) n° 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, conocido como Reglamento Roma III, se publica como consecuencia de la Decisión de 12 julio 2010 (2010/405/UE) del Consejo, para establecer los criterios de ley aplicable en el divorcio y separación. Este Reglamento solo se aplica a la disolución o relajación del vínculo matrimonial, y solo en materia que resuelve cuál es la Ley aplicable al divorcio previsto. El resto de consecuencias patrimoniales o

---

dicho Estado las normas sobre competencia que sean aplicables en el mismo contra una parte demandada que no tenga su residencia habitual en el territorio de un Estado miembro y que no tenga la nacionalidad de un Estado miembro o, en lo que respecta al Reino Unido e Irlanda, no tenga su «domicile» en el territorio de uno de estos dos Estados».

familiares del divorcio (alimentos, responsabilidad parental etc.), quedan fuera de su ámbito.

En este reglamento, por tanto, se avanza en esta importante materia, y se establecen como criterios de ley aplicable a un divorcio transfronterizo los siguientes, recogidos en los arts. 4 y 5.

El art. 4 establece una cláusula de aplicación universal del Reglamento, en el sentido de que «La ley designada por el presente Reglamento se aplicará aunque no sea la de un Estado miembro participante».

Y el Artículo 5 recoge el principio de libertad de elección de la Ley aplicable por las partes, de la siguiente forma:

«Elección de la ley aplicable por las partes:

1. Los cónyuges podrán convenir en designar la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, siempre que sea una de las siguientes leyes:

a) la ley del Estado en que los cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de la celebración del convenio;

b) la ley del Estado del último lugar de residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos aún resida allí en el momento en que se celebre el convenio;

c) la ley del Estado cuya nacionalidad tenga uno de los cónyuges en el momento en que se celebre el convenio, o

d) la ley del foro.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 3, el convenio por el que se designe la ley aplicable podrá celebrarse y modificarse en cualquier momento, pero a más tardar en la fecha en que se interponga la demanda ante un órgano jurisdiccional.

3. Si la ley del foro así lo establece, los cónyuges también podrán designar la ley aplicable ante el órgano jurisdiccional en el curso del procedimiento. En tal caso, el órgano jurisdiccional registrará la designación de conformidad con la ley del foro».

En defecto de convenio de las partes, el art. 8, establece la Ley aplicable a la separación o divorcio:

«Ley aplicable a falta de elección por las partes:

A falta de una elección según lo establecido en el artículo 5, el divorcio y la separación judicial estarán sujetos a la ley del Estado:

a) en que los cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de la interposición de la demanda o, en su defecto,

b) en que los cónyuges hayan tenido su última residencia habitual, siempre que el período de residencia no haya finalizado más de un año antes de la interposición de la demanda, y que uno de ellos aún resida allí en el momento de la interposición de la demanda o, en su defecto;



- c) de la nacionalidad de ambos cónyuges en el momento de la interposición de la demanda o, en su defecto,
- d) ante cuyos órganos jurisdiccionales se interponga la demanda».

Después, se establece en el art. 9 una previsión de aplicación de la Ley del foro cuando, si de la aplicación en los arts. 5 y 8 no se contempla, o se concede el divorcio a una de las partes por razón de sexo, igualdad de acceso al divorcio o a la separación judicial.

El art. 10 excluye la posibilidad de reenvío, debiendo aplicarse las normas en vigor del Estado, excluyéndose las de internacional privado.

De este modo, el Reglamento Roma III, viene a poner fin al problema necesario en cuanto a la Ley aplicable al divorcio, inclinándose en primera instancia por la voluntad de las partes (de forma restringida como sugería el Libro Verde) y, solo en defecto de los que ellas decidan, el orden legal.

### 3.1.2. Avances en la armonización de los aspectos sustantivos en materia de divorcio

Solucionado el importante tema de la legislación aplicable a un divorcio europeo, no menos importante, desde nuestro punto de vista todavía más, es a saber si además de en materia procedimental de legislación aplicable y reconocimiento de sentencias, se está avanzando en el derecho material o sustantivo en cuanto a las causas del divorcio, efectos etc.

Hemos de decir que, este tema, siempre es más complejo, como ya pusimos de relieve al inicio de este escrito, pero, gracias a la importante labor que está llevando a cabo el CEFL (Comisión Europea de Derecho de Familia), se está avanzado en unos principios sustantivos comunes en materia de Divorcio, que se recomiendan para todos los Estados miembros.

Estos principios comunes se basan en la admisión del divorcio en todas las legislaciones, sin que sea necesario que el matrimonio haya tenido duración alguna, que se tramita siempre por un procedimiento legalmente establecido y se declara siempre por una autoridad judicial o administrativa. Además, el divorcio puede ser de común acuerdo o contencioso<sup>32</sup>.

- a) Divorcio de común acuerdo: es posible, sin necesidad de que hay habido separación previa, y se solicita siempre por ambos esposos, o por uno con consentimiento de l otro sin necesidad de aducir causa alguna, más que la propia voluntad de disolver el matrimonio.

Es necesario que los cónyuges alcancen un acuerdo o convenio que se formalizará por escrito sobre los siguientes extremos: responsabilidad

<sup>32</sup> <http://ceffonline.net/wp-content/uploads/Principles-Spanish.pdf> (última visita, 24 julio 2014).

parental, las pensiones de alimentos de los niños, en los casos en que sea necesario, la división o repartición de los bienes y las pensiones entre esposos.

Este acuerdo será supervisado por la autoridad competente en cuanto a la validez y en que se consiga el interés superior del menor, modificándolo en su caso, si fuera necesario.

Se establecen ciertos periodos de reflexión previa cuando existan hijos (3 meses si son menores de 16 años y con acuerdo en todos los ámbitos y 6 meses si no hubiera acuerdo, o 3 meses sin hijos y sin acuerdo en alguno de esos ámbitos señalados), antes de concederse el divorcio. Solamente si ya se llevaran 6 meses de separación de hecho, puede excluirse ese periodo de reflexión en cualquier caso.

b) Divorcio sin Consentimiento de uno de los esposos.

Es posible, y se permite ese divorcio sin consentimiento de uno de los esposos cuando ya hayan estado separados de hecho, al menos 1 año. No obstante, si esta situación fuera muy onerosa para el demandante, se está pensando en una situación de malos tratos<sup>33</sup>, la autoridad podrá determinar el divorcio sin que haya transcurrido un año de separación de hecho. A falta de convenio de los cónyuges, será la autoridad competente quien regule los mismos aspectos antes señalados por el convenio, relativos a la responsabilidad parental, la obligación de alimentos y las cuestiones económicas entre cónyuges.

Podemos observar cómo estos principios, meras ideas motrices, y con carácter de recomendación, se cumplen en buena parte en nuestro ordenamiento, pero no todos ellos. Se ve la tendencia a la admisión del divorcio no causal, no culpable –al igual que en nuestra legislación patria–, pero podemos deducir la exigencia de cierta separación previa, bien a través de un periodo de reflexión en la voluntaria, y una separación de hecho de un año en la no voluntaria. Parece que el Derecho europeo de familia, si se basase en estos principios se inclinaría o sería más conservador que el propio legislador español, que aboga por el divorcio no causal, y directo, como forma de romper el contrato, exigiendo únicamente un plazo de tres meses desde la celebración del matrimonio para poder ponerle fin (arts. 81 y 86 CC).

Habrà que ver cómo sigue evolucionando el desarrollo de estos principios dispositivos básicos, y si acaban teniendo o no reflejo en la legislación comunitaria.

<sup>33</sup> TORRELLES TORREA, E., «La Ley 15/2005, el régimen del *non-fault divorce* y los principios de Derecho europeo de familia», en *Nuevos conflictos del Derecho de familia*, (LLAMAS POMBO, E., Coord), La Ley, Madrid, 2009, pp. 177-209.

### 3.2. *Obligación de alimentos*

La obligación de alimentos definida como el deber de una persona –normalmente, los padres– de asegurar o hacerse cargo de la subsistencia de otra –sus hijos–, con lo que ello implica de alimentarla, cuidarla y procurarle todo lo necesario para el desarrollo y mantenimiento de su persona y personalidad (alimentos, educación, cuidados médicos...), supone una de las obligaciones más importantes del Derecho de familia.

Esta obligación del alimentante hacia el alimentado, tras la separación o divorcio matrimonial, o ruptura de la relación de hecho que unía a los progenitores, puede verse incumplida con más facilidad, y es necesario proveer los mecanismos para que la disolución matrimonial no impida la continuidad de la obligación de alimentar que tiene todo progenitor –casado o no–. Por ello, cuando se produce esa ruptura es necesario prever cómo se va a hacer frente a este deber de alimentos por parte de los progenitores, y, normalmente, esto se pacta o establece en un convenio regulador de la separación y conforme a la legislación correspondiente, aprobado normalmente por un juez. El problema surge cuando, de nuevo, los progenitores son de diferentes Estados miembros, con distintas nacionalidades, e incluso diverso lugar de residencia, que es cuando se discute sobre cuál es la Ley aplicable en estos casos, y si se reconocen y cómo las resoluciones judiciales patrias que establecían dicha obligación de alimentos.

Como cada vez son más frecuente los matrimonios o uniones de hecho transfronterizos, se hace necesario una armonización, o establecimiento de aspectos comunes en relación a la obligación de alimentos, tras la ruptura conyugal.

En este campo, también se han producido avances, y relatamos a continuación los últimos hitos y movimientos europeos al respecto.

#### 3.2.1. Avances en la armonización de los aspectos procedimentales en materia de alimentos

En primer lugar, vamos a ver los avances en la armonización sobre la competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia de obligación de alimentos.

El reglamento Bruselas I, (CE) nº 44/2001 del Consejo de 22 diciembre de 2000, fue el primero que abordó esta materia relativa a la competencia y reconocimiento de resoluciones judiciales sobre alimentos en la Unión Europea, sin que en el mismo se abordara nada sobre la Ley aplicable en materia de alimentos.

Por eso, y con el ánimo de dar un impulso a esta armonización, se elaboró el Libro Verde de la Comisión, de 15 de abril de 2004, sobre las obligaciones alimentarias (COM (2004) 254 final), para tratar de solucionar los conflictos

existentes en torno a las mismas. No hay que olvidar que las obligaciones alimentarias ya han sido reguladas fundamentalmente en los Convenios de La Haya, pero, en sus normas existen todavía lagunas, carecen de uniformidad y su fuerza vinculante se limita a los Estados signatarios, por lo que se pone de manifiesto, en este Libro Verde, la necesidad de avanzar más en la armonización en materia de alimentos, en Europa.

En concreto con el Libro Verde se pretende poner de manifiesto la necesidad de mejorar en:

- la unificación de las normas sobre conflicto de leyes, con vistas a mejorar la seguridad jurídica;
- el reconocimiento automático de la fuerza ejecutoria de las resoluciones extranjeras, mediante la supresión de los procedimientos intermedios de «exequátur», que es la base de la eficacia de las resoluciones judiciales;
- la aproximación de las normas procesales y la instauración de medidas que faciliten la ejecución de las resoluciones; y
- el refuerzo de la cooperación judicial en materia civil, dentro de la UE y con terceros países.

Posteriormente, se firmó el Convenio de Lugano de 30 octubre 2007 relativo, asimismo, a la competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones, donde se avanzó sobre los mismos para desembocar en el Reglamento actual.

Fue el Reglamento (CE) n.º 4/2009 del Consejo de 18 diciembre de 2008, el que por primera vez aborda, además, de la competencia y reconocimiento de resoluciones, el tema de la legislación aplicable en materia de la obligación de alimentos. Este reglamento sigue en vigor, y es el que corresponde aplicar hoy en día, pues sustituye al anterior Reglamento n.º 44/2001 y al Reglamento (CE) n.º 805/2004 por el que se establecía un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados. El ámbito de aplicación es a las obligaciones de alimentos derivadas de una relación familiar, de parentesco, matrimonio o afinidad.

Este reglamento establece una serie de criterios y medidas que permiten y facilitan el pago y cumplimiento de las obligaciones de alimentos en situaciones transfronterizas, tanto de padres a hijos como entre cónyuges, cuando fueran de distinta nacionalidad o residencia. En concreto, este reglamento aborda normas relativas a la competencia judicial, al reconocimiento y ejecución de las resoluciones y a la ley que corresponde aplicar en estos supuestos transfronterizos.

- a) Con respecto a la competencia judicial. Los artículos 3 al 9 del reglamento establecen las principales normas sobre la competencia

judicial en materia de alimentos que pueden resumirse de la siguiente forma<sup>34</sup>:

La jurisdicción competente para decidir en materia de obligaciones alimentarias es:

- la jurisdicción del lugar de residencia habitual del demandado o el acreedor; o
- la jurisdicción competente para examinar una acción en materia de estado de las personas (un divorcio, por ejemplo) o de responsabilidad parental, cuando esté asociada una demanda relativa a una obligación alimentaria (siempre que esta competencia no se base únicamente en la nacionalidad de una de las partes).

Salvo los litigios relativos a la obligación de alimentos respecto a un menor de edad inferior a 18 años, las partes podrán, según ciertas condiciones, atribuir de común acuerdo la competencia a un órgano jurisdiccional o a los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro para resolverlo.

Será competente el órgano jurisdiccional de un Estado miembro ante el cual comparezca el demandado, excepto si éste pretende impugnar tal competencia.

Si no se cumple ninguna de las condiciones antes mencionadas, el litigio podrá interponerse, según ciertas condiciones, ante los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro en el que residan las dos partes.

De no darse esa circunstancia, si el procedimiento no puede interponerse en un Estado tercero con el que el litigio tiene un estrecho vínculo, la demanda podrá interponerse ante el órgano jurisdiccional de un Estado miembro con el que el asunto presente un vínculo suficiente.

Si el acreedor sigue viviendo en el Estado miembro que ha dictado la resolución en materia de obligaciones de alimentación, el deudor no podrá, salvo excepciones, iniciar un procedimiento para modificarla en ningún otro Estado miembro. Sin embargo, el acreedor podrá aceptar que otro órgano jurisdiccional conozca del recurso.

Si un procedimiento concierne a las mismas partes y con el mismo objeto y la misma causa se presentase ante los órganos jurisdiccionales de distintos Estados miembros, será competente el órgano jurisdiccional ante el cual se interpuso primero.

Independientemente del órgano jurisdiccional competente en el fondo, se pueden presentar medidas provisionales y cautelares ante todo órgano jurisdiccional de todo Estado miembro, desde cuando son previstas en la ley del Estado en cuestión.

<sup>34</sup> Véase [http://europa.eu/legislation\\_summaries/justice\\_freedom\\_security/judicial\\_cooperation\\_in\\_civil\\_matters/jl0024\\_es.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/judicial_cooperation_in_civil_matters/jl0024_es.htm) (última visita, 24 julio 2014).

- b) Reconocimiento y ejecución de resoluciones. Regulan esta cuestión los artículos 16 a 43 del reglamento, cuyo contenido puede resumirse de la siguiente forma<sup>35</sup>:

Las resoluciones en materia de obligaciones de alimentos dictadas por un Estado miembro deben ser reconocidas en otros Estados miembros sin que sea necesario procedimiento especial alguno.

La inmensa mayoría de los Estados miembros está vinculada por el Protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre la Ley aplicable a las obligaciones alimenticias.

Aunque la resolución sea dictada por un Estado miembro vinculado por el Protocolo de la Haya de 2007, no podrá impugnarse su reconocimiento. Si es ejecutoria en el Estado miembro que la ha adoptado, disfrutará de la fuerza ejecutiva en otro Estado miembro sin necesidad de una declaración. En ciertos casos, queda sin embargo la posibilidad de solicitar el reexamen de la resolución, así como el rechazo o la suspensión de su ejecución.

En aquellos casos en los que la resolución es dictada por un Estado miembro no vinculado por el Protocolo de La Haya de 2007, su reconocimiento podrá revocarse en ciertos casos. Podrá ponerse en ejecución en otro Estado miembro –si es ejecutoria en el Estado miembro que la ha dictado– siempre que obtenga del Estado miembro de ejecución una declaración que constate la fuerza ejecutiva.

En cualquier caso, el órgano jurisdiccional de origen podrá otorgar fuerza ejecutiva a una resolución con carácter provisional. En aquellos casos en los que la resolución deba ejecutarse en un Estado miembro distinto de aquél en que fue dictada, su fuerza ejecutiva se regirá por la ley de tal Estado miembro.

No podrá revisarse el fondo de la resolución dictada en un Estado miembro en el Estado miembro en el que se solicite el reconocimiento, la fuerza ejecutiva o la ejecución.

Las partes de un litigio relevante del reglamento se benefician de un acceso efectivo a la justicia en otro Estado miembro, incluido en el marco de los procedimientos de ejecución y de los recursos. En particular, los Estados miembros facilitarán, según determinadas condiciones, asistencia jurídica. Para las demandas presentadas por los acreedores sobre una resolución relacionada con las obligaciones de alimentos a favor de una persona menor de 21 años y que se deriven de una relación paterno-filial, se facilitará una asistencia jurídica gratuita.

- c) Ley aplicable. El art. 15 del Reglamento establece que la Ley aplicable en materia de alimentos «se determinará de acuerdo con el Proto-

<sup>35</sup> Véase [http://europa.eu/legislation\\_summaries/justice\\_freedom\\_security/judicial\\_cooperation\\_in\\_civil\\_matters/jl0024\\_es.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/judicial_cooperation_in_civil_matters/jl0024_es.htm) (última visita, 24 julio 2014).

colo de La Haya, de 23 de noviembre de 2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias en los Estados miembros que estén vinculados por este instrumento».

Corresponde, por tanto, ahora, detenernos a analizar qué es lo que establece el Protocolo de la Haya de 2007 en este punto.

La Unión Europea aprobó y firmó el Convenio de La Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre cobro internacional de alimentos para niños y otros miembros de la familia, mediante Decisión del Consejo de 31 de marzo de 2011. Previamente, había sido aceptado el Protocolo de la Haya de Ley aplicable, por Decisión del Consejo de 30 de noviembre de 2009, para la Comunidad Europea. De este modo se acoge y aprueba el sistema mundial de cooperación administrativa y para el reconocimiento y ejecución de resoluciones y arreglos en materia de alimentos. Este Convenio o Protocolo de La Haya establece un procedimiento simplificado de reconocimiento y ejecución de estas resoluciones, así como un sistema de asistencia gratuita. En casi todos los asuntos de alimentos para los niños, el art. 59 de este Convenio, autoriza a las organizaciones de integración económica regional como la Unión a firmar, aceptar y aprobar el Convenio o a adherirse a él. Y con base en este precepto legal, la Unión Europea lo firma y se adhiere (con excepción de Dinamarca) mediante la Decisión del Consejo citada.

El Protocolo de La Haya establece en su art. 3, como regla general de Ley aplicable al cobro de las obligaciones de alimentos, la del del Estado de la residencia habitual del acreedor, salvo que este Protocolo disponga otra cosa. Estableciendo en los artículos siguientes varias excepciones, y la posibilidad también de acordar o convenir la Ley aplicable entre el deudor y el acreedor dentro de los supuestos del art. 8 del Protocolo.

Gracias a la firma y adhesión de la Unión Europea a este Protocolo de La Haya, las cuestiones sobre Ley aplicable y reconocimiento y ejecución de sentencias en una materia tan delicada como la obligación de alimentos se facilitan y aclaran, no ya solo a nivel europeo si no mundial. Se trata de un importantísimo avance que repercute en gran medida en beneficio de los acreedores menores de edad, especialmente dignos de protección.

### 3.2.2. Avances en la armonización de los aspectos sustantivos en materia de alimentos

Pero, por otra parte, vistos los importantes esfuerzos de armonización en los temas procedimentales, es necesario ver cómo están las cosas con respecto al derecho sustantivo o material de alimentos en la Unión Europea.

En este aspecto, la armonización es mucho más lenta, y al igual que en el tema de divorcio, se ha avanzado en la elaboración por el CEFL de unos principios o recomendaciones comunes en esta materia de alimentos, si bien, únicamente se contempla la obligación económica entre esposos tras el divorcio, sin ser estrictamente por lo tanto la obligación de alimentos propiamente dicha, o prototípica de los hijos menores que es la que más preocupa.

Los principios comunes que la Comisión Europea de Derecho de Familia recomienda como base y núcleo común a todo el acervo comunitario en alimentos, pero solo entre esposos, son los siguientes<sup>36</sup>:

Cualquiera que sea la forma del divorcio, los alimentos entre cónyuges se rigen por las mismas normas. No obstante se establece un principio de autosuficiencia de cada cónyuge tras el divorcio como situación ideal. Si esto no fuera posible, surgirá la obligación de alimentos entre cónyuges cuando el acreedor no tuviera suficientes recursos para satisfacer sus necesidades, y el deudor, por el contrario, tenga capacidad suficiente para satisfacerlas. A la hora del cálculo de la pensión de alimentos deberán tenerse en cuenta las siguientes circunstancias: el cuidado de los niños; la división de tareas durante el matrimonio; la duración del matrimonio; el nivel de vida durante el matrimonio y todo nuevo matrimonio o pareja de hecho duradera.

El pago de la pensión de alimentos se hará por adelantado en los plazos o fracciones determinados. Cuando el pago de esta pensión sea demasiado onerosa para el deudor, podrá limitarse o reducirse la misma por la autoridad competente. La pensión de alimentos tendrá siempre un plazo limitado en el tiempo sin que pueda ser indefinida, y se extinguirá por la muerte de cualquiera de los esposos, nuevo matrimonio o relación de hecho duradera del acreedor. Igualmente, los ex esposos podrán acordar y convenir mediante acuerdo por escrito entre ellos, el establecimiento, cuantía y condiciones de dicha pensión de alimentos.

Es una pena que, de momento, no se haya avanzado igualmente en la armonización o definición de unos principios comunes en materia de alimentos de los progenitores a sus hijos menores, pues es el tema más preocupante, donde el acreedor se convierte en una persona débil y especialmente protegida por los ordenamientos.

Sería bueno un impulso y avance en los principios comunes de la obligatoriedad de esta pensión de alimentos a los hijos menores, su duración, cálculo y requisitos.

### 3.3. Responsabilidad parental

El tema de la responsabilidad parental y la corresponsabilidad parental preocupa y mucho en los últimos años. Es un concepto que se ha ido acuñan-

<sup>36</sup> Principios en materia de alimentos entre esposos divorciados establecidos por CEFL., disponible en <http://ceflonline.net/principles/> (última visita, 24 julio 2014)



do mas allá de lo que significa la Patria Potestad, para entender con el mismo el conjunto de deberes y obligaciones que tiene un padre con respecto a su hijo en todos los aspectos de desarrollo del mismo.

La importancia del acreedor en esas relaciones jurídicas, el menor, persona necesitada de una especial protección, hace que el cumplimiento de esos deberes y obligaciones sea mas importante que en otras relaciones jurídicas.

De este modo, y mientras la situación matrimonial o de hecho, que une a los progenitores del menor, dura, normalmente, el cumplimiento de estos deberes se facilita, y son más raros los casos en los que uno de los progenitores puede excluir o eludir sus obligaciones. Sin embargo, una vez producida la ruptura de la convivencia o del matrimonio, hay que determinar con quién viven los hijos menores y procurar que todas sus necesidades estén cubiertas por ambos progenitores que ya no conviven entre ellos, ni con el menor. En estos casos, es cuando hay que establecer y determinar qué va a pasar con ese menor en relación a su guardia y custodia y, si los progenitores son de distintas nacionalidades, se complica la situación, al no saber qué regulación hay que aplicar, ni que juez es competente para intervenir en el cumplimiento de los deberes derivados de la responsabilidad parental, pues cada país tiene su propia legislación sobre la custodia, derechos de visita, administración de los bienes de los menores, etc. Asimismo, debemos ver si se ha avanzado algo en el derecho material en este asunto, pues no se puede olvidar que es el interés y la protección al menor lo que está en juego, y hay que subrayar la idea de la necesidad de que el menor se relacione con ambos progenitores, por otra parte algo en lo que todos los países de la Unión Europea están de acuerdo.

### 3.3.1. Avances en la armonización de los aspectos procedimentales en materia de responsabilidad parental

Para regular las cuestiones sobre competencia, reconocimiento, ejecución de resoluciones y ley aplicable en materia de responsabilidad parental, se aprobó el Reglamento «Bruselas II bis» (CE) n° 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003<sup>37</sup>, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 1347/2000.

Este reglamento regula, como ya vimos, y de igual forma, las cuestiones procesales de competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia de divorcio, pero también lo relativo a la protección del menor, el derecho de visitas, y en definitiva la responsabilidad parental, porque estas medidas se adoptan normalmente en un proceso judicial matrimonial (por la

<sup>37</sup> Véase el Reglamento en <http://www.anar.org/116000/http://www.anar.org/116000/wp-content/uploads/2012/11/Reglamento-CE-2201-2003-Responsabilidad-Parental.pdf> (última visita, 24 julio 2014)

separación, nulidad o divorcio), y por eso aparecen vinculadas a estos procesos de disolución.

Por otra parte, y con respecto al ámbito material de este Reglamento, hay que decir, que el mismo se aplicará, como dice el propio preámbulo del Reglamento, «únicamente a las medidas de protección del menor, es decir: i) a la designación y las funciones de la persona u organismo encargado de administrar los bienes del menor, de representarlo y de prestarle asistencia, y ii) a las medidas relativas a la administración, conservación o disposición de los bienes del menor. Y las medidas relativas a los bienes del menor que no se refieran a la protección del mismo deben seguir rigiéndose por el Reglamento (CE) n.º 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

De este modo, este Reglamento no se aplicará a asuntos relativos a la seguridad social, a las medidas de Derecho público de carácter general en materia de educación y salud, ni a las resoluciones relativas al derecho de asilo y a la inmigración. No se aplica, por lo demás, al establecimiento de la filiación, que es una cuestión distinta de la atribución de la responsabilidad parental, ni a las demás cuestiones ligadas al estado de las personas. Tampoco se aplica a las medidas adoptadas a consecuencia de infracciones penales cometidas por menores. Ni, tampoco, como ya se ha adelantado, a lo relativo a las obligaciones alimentarias, al estar ya reguladas en el Reglamento (CE) n.º 44/2001.

En concreto, quedan excluidos asimismo del ámbito de aplicación del Reglamento:

- la determinación y la impugnación de la filiación;
- las resoluciones sobre adopción y medidas que la preparan, así como la anulación y revocación de la adopción;
  - el nombre y apellidos del menor;
  - la emancipación;
  - los fideicomisos y las sucesiones;
  - las medidas adoptadas a consecuencia de infracciones penales cometidas por los menores.

El principio básico que rige en este Reglamento es el interés del menor, y conforme al mismo se instrumentalizan todas las cuestiones.

De igual forma, el derecho del menor a ser oído es básico en toda la regulación europea sobre la responsabilidad parental, debiendo dársele, por tanto, la posibilidad al menor de intervenir y mostrar su opinión.

Con base en estos principios, el Reglamento regula las cuestiones de competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones:

- A) Competencia: Con respecto a la competencia jurisdiccional, teniendo en cuenta este principio, y la regla de proximidad, por regla general se

establece que será competente el juez del Estado miembro donde el menor tenga su residencia habitual (art. 8), excepto en ciertos casos de cambio de residencia del menor o en caso de acuerdo entre los titulares de la responsabilidad parental. (art. 9 y 10). Si no fuera posible establecer la residencia habitual del menor, serán competentes los órganos jurisdiccionales donde el menor tuviera presencia (art. 13), es decir, el lugar donde se encontrare el menor: Se esta pensando en los casos de menores refugiados o internacionalmente desplazados como consecuencias de acontecimientos en sus países de origen. Cuando no sea posible determinar la competencia de un Tribunal en aplicación de las disposiciones específicas establecidas por el Reglamento, cada país de la UE podrá aplicar su legislación nacional.

De forma excepcional, y con base en el interés del menor, el presente Reglamento permite al órgano jurisdiccional competente, con carácter excepcional y en condiciones determinadas, remitir el asunto al órgano jurisdiccional de otro Estado miembro que esté mejor situado para conocer del asunto. (art. 15).

- B) Reconocimiento y ejecución: El reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales dictadas en un Estado miembro, como sigue afirmando en los considerandos el propio reglamento, «deben basarse en el principio de confianza mutua, y los motivos del no reconocimiento deben limitarse al mínimo necesario». Por eso el art. 21 establece la regla general del reconocimiento de resoluciones judiciales entre los Estados miembros, de la siguiente forma: «Las resoluciones dictadas en un Estado miembro serán reconocidas en los demás Estados miembros sin necesidad de recurrir a procedimiento alguno». Y el art. 23 limita los motivos de denegación de reconocimiento de resoluciones.

Lo mismo ocurre con respecto a la ejecución de resoluciones, ya que el art. 28 establece la misma regla general de ejecución, con las siguientes palabras: «las resoluciones dictadas en un Estado miembro sobre el ejercicio de la responsabilidad parental con respecto a un menor que fueren ejecutivas en dicho Estado miembro y hubieren sido notificadas o trasladadas se ejecutarán en otro Estado miembro cuando, a instancia de cualquier parte interesada, se hayan declarado ejecutivas en este último Estado».

Se reconoce, en el art. 40 del Reglamento, una especial fuerza ejecutiva legal a las resoluciones dictadas sobre el Derecho de visitas y la restitución de un menor sustraído en cualquiera de los Estados miembros. En estos casos, no será necesario recurrir a un procedimiento de ningún tipo (supresión del *exequatur*) siempre que la resolución vaya acompañada de un certificado. Un modelo estándar de los certificados relativos al derecho de visita y restitución del niño está disponible en el anexo del Reglamento.

### 3.3.2. Avances en la armonización de los aspectos sustantivos en materia de responsabilidad parental

¿Y en qué se está avanzando en materia de derecho sustantivo sobre la responsabilidad parental?

Esta materia es de especial interés y extremadamente delicada. El menor tiene el derecho, reconocido en el propio reglamento (CE) n.º 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, a estar en contacto con sus padres y a mantenerlo a pesar de la disolución matrimonial o separación.

Por lo tanto, este importante principio general, de derecho sustantivo, se desprende e inspira todo el articulado del Reglamento citado.

De igual forma, de este Reglamento, al hilo de la regulación de las cuestiones procesales de reconocimiento y ejecución de resoluciones, se extraen otros principios de carácter sustantivo como son: la audiencia del menor, pues el menor tiene derecho a ser oído, en función de su propia madurez personal en estos procedimientos, e igualmente se extrae el derecho del menor a estar, relacionarse y crecer con sus progenitores, lo que se confirma por la consagración del derecho de visitas en todos los ordenamientos y el reconocimiento y ejecución de sentencias en ese sentido y, de igual forma, se puede deducir de los requisitos que se establecen para procurar a la restitución de los menores sustraídos por sus propios progenitores, para que no se impida el derecho que tienen a relacionarse con ambos padres<sup>38</sup>.

Por otra parte, en este punto los avances se han hecho en sede del Derecho internacional, en el Convenio de la Haya de 1993, donde se establecen las bases internacionales en materia de responsabilidad parental, y derechos del niño.

Esta claro, que los dictados del Convenio de la Haya firmado por la Unión Europea, debe ser de aplicación generalizada en los Estados Miembros.

Además, en esta materia, también la Comisión de Derecho Europeo de Familia (CEFL), está realizando un importante esfuerzo doctrinal, y ha elaborado unos principios/recomendaciones comunes para todos los países de la Unión.

Resumimos los principales principios de Derecho europeo de familia relativos a la responsabilidad parental, elaborados por la CEFL<sup>39</sup>:

1. Se da un concepto de responsabilidad parental amplio, que implica todos los derechos y deberes de los titulares con el menor con respecto a su cuidado, protección y educación.

<sup>38</sup> Sobre el tema de la reagrupación familiar, el derecho de los menores a relacionarse con sus padres, véase: PÉREZ MARTIN, E., «El derecho al respeto de la vida familiar y la reagrupación familiar de los hijos menores de extranjeros en la unión europea (STJCE de 26 de junio de 2006, C-540/03)», en [http://www.funciva.org/uploads/ficheros\\_documento/1216117825\\_elena\\_perez\\_martin.pdf](http://www.funciva.org/uploads/ficheros_documento/1216117825_elena_perez_martin.pdf) (última visita, 24 julio 2014).

<sup>39</sup> Véase <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Principles-PR-Spanish.pdf> (última visita, 24 julio 2014)

2. Se establece como titulares de la responsabilidad parental a los padres o terceros distintos de los padres que tengan relación con ellos (familiares).
3. La responsabilidad parental no se ve afectada por la disolución matrimonial o separación legal o de hecho de los padres titulares de la misma.
4. Se establecen los derechos básicos del niño que son: el interés superior del niño, la autonomía del niño, su no discriminación, y el derecho a ser oído.
5. En cuanto al ejercicio de la responsabilidad parental se determina:
  - a) Como regla general, el ejercicio conjunto de los padres titulares, aunque puede ejercitarse por uno solo de ellos si hay acuerdo entre los padres o decisión de la autoridad en ese sentido. En el ejercicio conjunto de la responsabilidad, los titulares deben ponerse de acuerdo para tomar las decisiones necesarias al respecto, si ese acuerdo no fuera posible podrá adoptar la decisión la autoridad competente.
  - b) Pero también pueden ejercer la responsabilidad parental terceras personas.
6. En cuanto al contenido de la responsabilidad parental, esta alcanza a:
  - a) Persona y bienes del niño:
    - i) El cuidado, protección y educación del menor, así como las cuestiones de custodia del menor en caso de separación de los padres. Por eso, hay que fijar la residencia del menor y con quién se van a quedar a vivir, y parece deducirse, como criterio preferente, la custodia compartida, alterna, entre ambos padres titulares, siempre que así lo acuerden ellos, o en su defecto el juez, atendiendo al interés del menor.
    - ii) Administración de los bienes de los hijos, que corresponde a los titulares de la responsabilidad parental.
    - iii) Representación. También los titulares deben representar a los menores en todos los negocios o asuntos que se requiera.
  - b) Relación personal del niño con los padres y terceros: debe permitirse y fomentarse las relaciones personales entre el niño y sus padres o terceras personas implicadas siempre.
7. Extinción de la responsabilidad parental. Esta se extingue por la llegada a la mayoría de edad del menor, adopción, muerte, o matrimonio del niño. La muerte de ambos padres también extingue la responsabilidad si eran los titulares de la misma, y el fallecimiento de uno de ellos, hace recaer la titularidad de la responsabilidad en el otro.

8. Por último, se podrá privar de la responsabilidad parental, si el comportamiento o negligencia del titular causa un grave riesgo a la persona o los bienes del niño. Siempre se privará por la autoridad competente.

Como vemos, estos principios sustantivos en materia de responsabilidad parental son acertados y lo suficientemente amplios para que puedan adoptarse y cumplirse por los Estados miembros. En concreto, en España, todos ellos ya se aplican, y no distan en absoluto de lo previsto por el ordenamiento en el Código Civil. A lo mejor, donde hay más discrepancias es en el tema de la custodia compartida, ya que, en nuestro país, existen distintos modelos según las diferentes CCAA, aunque en todas ellas y en el Derecho común se prevé esta posibilidad, desde luego con acuerdo de los padres.

Es un buen punto de partida, y ahora el esfuerzo está en desarrollar más estos principios en preceptos concretos sobre los distintos aspectos mencionados.

### 3.4. *Efectos patrimoniales del matrimonio y de las uniones de hecho*

El matrimonio, o en su caso una unión de hecho, generan unos efectos sobre los patrimonios de cada una de las partes integrantes de los mismos, ya que aquellos pueden unirse a partir de ese momento, o permanecer separados pero, aun en este caso, con unas vinculaciones estrechas entre ambos, que produce ciertos efectos importantes que son regulados por la Ley. Esta regulación sobre esos efectos patrimoniales desemboca en una pluralidad de regímenes económicos matrimoniales diferentes en los distintos países de la Unión, y una serie de regulaciones también distintas en cada Estado miembro con respecto a los efectos patrimoniales de esas uniones de hecho, en grados muy diversos. Sería conveniente en este punto armonizar o tratar de regular de forma común esos efectos patrimoniales derivados del matrimonio o unión de hecho cuando los mismos están formados por personas de distintas nacionalidades europeas, puesto que cada ordenamiento prevé muy distintas consecuencias para los mismos. La pluralidad y diversidad de regímenes económicos matrimoniales europeos es prolija y genera situaciones de inseguridad jurídica en los matrimonios (o uniones de hecho) transfronterizos<sup>40</sup>.

Pero, además, tras la disolución o separación del matrimonio o de la unión de hecho, quedan por resolver los temas patrimoniales de los anteriores cónyuges o convivientes, en relación al conjunto de bienes y derechos que tuvieran o poseyeran en común. Se trata de las consecuencias o efectos patrimoniales que produce esa disolución o separación.

---

<sup>40</sup> Véase los distintos regímenes económicos matrimoniales en [www.coupleseurope.eu](http://www.coupleseurope.eu) (última consulta, 24 julio 2014) del portal del Notariado europeo que ofrece una buena información sobre todos ellos.

Si, como hemos dicho, la pluralidad y diversidad de regímenes económico matrimoniales existentes en los Estados miembros de la Unión Europea es importante, también lo es respecto de la liquidación o extinción de los mismos después de la disolución matrimonial.

De este modo, y de nuevo, cuando el matrimonio o la pareja de hecho que se separa está formada por personas de nacionales de diferentes Estados miembros, se nos plantea la duda de qué Ley es la que debe regir ese liquidación del régimen patrimonial común, qué juez es el competente para llevarlo a cabo, si las resoluciones que se produzcan al respecto se reconocen y se pueden ejecutar en cualquiera de los Estados, y por último, si se está avanzado en una regulación sustantiva común que rijan de manera general los efectos patrimoniales de la disolución.

Vamos a analizar qué pasos se han dado y en qué punto nos encontramos con respecto a la armonización de los efectos patrimoniales del matrimonio y las uniones de hecho durante y después de su disolución.

#### 3.4.1. Avances en la armonización de los aspectos procedimentales en materia de los efectos patrimoniales del matrimonio y de la unión de hecho

En primer lugar, nos detenemos en los aspectos formales o procedimentales donde la armonización europea es mayor, como ha ocurrido en todas las áreas de Derecho de familia ya estudiadas, pues es necesaria para facilitar el fin comunitario de la libre circulación de personas en la Unión.

Si bien es cierto que los Reglamentos «Bruselas II y II bis» abordaron por vez primera las formas de competencia judicial y el reconocimiento y ejecución de sentencias en materia matrimonial, solo lo hicieron en lo concerniente al propio divorcio y a la responsabilidad parental, como ya hemos visto. No abordaron nada sobre la competencia, ni reconocimiento, ejecución o ley aplicable a los efectos patrimoniales derivados de la disolución matrimonial.

Por eso, se elaboró el Libro Verde de la Comisión (COM (2006) 400 final) de 17 julio 2006, sobre conflicto de leyes en materia de régimen matrimonial y efectos patrimoniales de las uniones de hecho, con especial referencia a las cuestiones de competencia jurisdiccional y reconocimiento mutuo. En este Libro Verde no se abordan cuestiones sustantivas, si no solo procedimentales sobre las cuestiones relativas a la determinación de la legislación aplicable a los efectos patrimoniales y las vías para facilitar el reconocimiento y la ejecución de las decisiones judiciales sobre estos temas.

En concreto, en el Libro Verde se planteó una consulta sobre las dificultades a las que se enfrentan las parejas casadas o no, tras su ruptura, en relación a su régimen patrimonial.

Consecuencia de esta consulta planteada, el Libro Verde obtuvo las siguientes conclusiones o resultados, que se exponen y resumen con lo expresado por la propia Comisión<sup>41</sup>:

- a) Es necesario regular los conflictos de leyes, para determinar cuál es la ley aplicable a los regímenes matrimoniales.

A nivel comunitario sólo existen normas dispersas, que son inaplicables o incompletas, para responder a las dificultades prácticas y jurídicas que plantea el reparto y la gestión del patrimonio de las parejas. A falta de una norma comunitaria, se aplica el Derecho nacional de los Estados miembros a los regímenes matrimoniales (para los casos que tienen vínculos nacionales: una pareja alemana casada en Alemania y que viva en Alemania) o el Derecho internacional privado (para los casos que tienen vínculos con el extranjero: esta pareja posee bienes inmuebles en Francia y Estados Unidos).

La Comisión Europea querría instaurar normas de carácter universal que conduzcan indiferentemente a la aplicación de la ley de un Estado miembro o de un Estado tercero. Esto incluye la determinación de los puntos de conexión y la cuestión de la elección por los esposos de su régimen matrimonial y las normas de competencia.

- b) Por eso, es preciso determinar los puntos de conexión. En primer lugar, deben establecerse puntos de conexión para determinar la ley aplicable. La Comisión pregunta sobre la naturaleza de estos puntos y su orden de prioridad, así como sobre la utilización de puntos diferentes para aspectos distintos («desmembramiento»). La Comisión destaca que una solución es necesaria cuando los factores de conexión elegidos por la norma de conflicto (por ejemplo, la residencia) se han modificado o desplazado en el tiempo.
- c) De igual forma, se cuestionan si debe mantenerse o no la elección del régimen matrimonial por los cónyuges. El Derecho nacional de la mayoría de los Estados miembros reconoce la elección por los cónyuges de la ley aplicable en materia de regímenes matrimoniales. La Comisión querría saber si es necesario apoyar esta elección en un futuro instrumento comunitario y, en caso afirmativo, qué puntos de conexión deben tenerse en cuenta para permitir la elección del régimen matrimonial.
- d) Es necesario regular la competencia judicial. Los Estados miembros adoptaron criterios muy diversos para determinar la competencia judicial internacional en materia de regímenes matrimoniales. A escala comunitaria debe respetarse el Reglamento (CE) n.º

<sup>41</sup> Véase <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2006:0400:FIN:ES:PDF> (última consulta, 24 julio 2014).



2201/2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental. La Comisión pregunta si el juez competente según este Reglamento debe serlo también para pronunciarse sobre la liquidación del régimen matrimonial en caso divorcio, separación o sucesión. En su defecto, ¿qué otras soluciones son posibles? Además, habida cuenta de la importancia de las funciones ejercidas por las autoridades no judiciales, como notarios o abogados, la Comisión desea regular la cuestión de su competencia al respecto y facilitar el reconocimiento de los actos por ellas establecidos. Por último, la Comisión considera que la existencia de normas uniformes sobre la ley aplicable y la competencia aumentarán la confianza mutua entre los Estados miembros, lo que podría hacer posible suprimir medidas intermedias para el reconocimiento y la ejecución de las sentencias.

Según la Comisión, será necesario aumentar la publicidad de los regímenes matrimoniales en la Unión Europea con el fin de garantizar la seguridad jurídica de todas las partes interesadas, en particular los acreedores.

- e) No puede obviarse la realidad social, con la cada vez mayor importancia de las uniones de hecho, a las que habrá que solucionar este mismo problema.

El número de parejas no casadas, en forma de asociaciones registradas o uniones de hecho no cesa de aumentar, lo que se traduce en un aumento correlativo de las situaciones jurídicas.

Cuando se trate de asociaciones registradas, la Comisión se interroga sobre la necesidad de normas sobre conflicto de leyes específicas para los efectos patrimoniales derivados de las asociaciones registradas: ¿debe considerarse como ley aplicable la del lugar de registro de la asociación o bien otras leyes?; ¿la ley designada se aplicará a todo el ámbito o se tendrán en cuenta otros criterios como la ley del lugar donde están situados los bienes? La Comisión plantea la cuestión de la competencia en la materia de las autoridades judiciales, pero también del reconocimiento y la ejecución de las decisiones sobre las asociaciones registradas.

Y si son simplemente uniones de hecho, también la Comisión estudia las normas de conflicto específicas para ellas y se pregunta sobre la necesidad de prever al menos normas particulares para los efectos de la separación de estas uniones frente a terceros. Por último, la Comisión aborda las normas de competencia y reconocimiento específicas para las relaciones patrimoniales derivadas de las uniones de hecho.

La consulta relativa al presente Libro concluyó el 30 de noviembre de 2006. Se recibieron las respuestas recibidas por los gobiernos y parlamentos

nacionales y regionales, sobre las que se elaboró, después las propuestas de Reglamento del Consejo que explicamos a continuación<sup>42</sup>.

Estas dos propuestas de Reglamento se aprobaron por la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, Bruselas, 16.3.2011 COM (2011) 125 final, y se decidió separar el régimen de los efectos patrimoniales del matrimonio y de las uniones de hecho.

En esta Comunicación se pone de manifiesto la necesidad de regular la ley aplicable, reconocimiento y ejecución de sentencias en relación a los efectos patrimoniales de esa disolución matrimonial, pues los reglamentos anteriores (Bruselas II, II bis y Roma), solo abordan estos aspectos con relación al propio divorcio, los alimentos y la responsabilidad parental, pero nada dicen de la división patrimonial consecuente. Por ello, es necesario que se regule sobre este aspecto.

Las conclusiones más importantes que se desprenden de esta Comunicación son las siguientes<sup>43</sup>:

- a) Debe permitirse a las parejas internacionales casadas escoger la ley aplicable a su patrimonio en caso de fallecimiento o divorcio;
- b) Asimismo, debe mejorarse la seguridad jurídica de las uniones registradas con dimensión internacional, mediante el sometimiento de los bienes comunes a la ley del país donde se registró la asociación;
- c) Hay que aportar seguridad jurídica para las parejas internacionales (casadas o en uniones registradas) a través de un conjunto coherente de reglas para identificar cuál es el tribunal del país es responsable y qué ley se aplicará;
- d) Y en consecuencia, se debe aumentar la previsibilidad para las parejas suavizando el proceso de reconocimiento de sentencias, resoluciones y títulos en toda la UE.
- e) Eso sí, las regulaciones no armonizan o cambiar cualquiera de la legislación sustantiva nacional sobre el matrimonio o las uniones registradas.

Como consecuencia de esta Comunicación se adoptan dos Propuestas de Reglamentos sobre los efectos patrimoniales de las parejas europeas: a) la Propuesta de Reglamento del Consejo COM (2011) 126/final relativa a la competencia, ley aplicable, reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia de régimen económico matrimonial de 16 marzo 2011, y b) la Propuesta de Reglamento del Consejo COM (2011) 127/ final relativa a la com-

---

<sup>42</sup> Las respuestas recibidas a la Consulta planteada en el Libro Verde, pueden consultarse en [http://ec.europa.eu/justice/index\\_en.htm#newsroom-tab](http://ec.europa.eu/justice/index_en.htm#newsroom-tab) (última consulta, 24 julio 2014).

<sup>43</sup> <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0125:FIN:en:PDF> (última consulta, 24 julio 2014).

petencia, ley aplicable reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia de régimen económico de las parejas no casadas, de 16 marzo 2011.

- a) Propuesta de Reglamento del Consejo COM (2011) 126/final relativa a la competencia, ley aplicable, reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia de régimen económico matrimonial de 16 marzo 2011. Este futuro Reglamento solo se aplicará a los efectos patrimoniales tras la disolución matrimonial.

A) Competencia: Como regla general, se establece que será competente para conocer del régimen económico matrimonial tras la muerte de un cónyuge, los órganos jurisdiccionales que lo fueran para conocer la sucesión. De igual forma, si se produjera una separación, divorcio, o anulación los órganos ante los que se interponga esa demanda serán quienes deban conocer las cuestiones de régimen económico matrimonial relacionadas con aquella (arts. 3 y 4).

En otros casos distintos de estos, el art. 5 establece reglas especiales de competencia:

1. Serán competentes para conocer de los procedimientos relativos al régimen económico matrimonial de los cónyuges, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro:
  - a) de la residencia habitual común de los cónyuges, o en su defecto
  - b) del último lugar de residencia habitual común de los cónyuges, siempre que uno de ellos aún resida allí o en su defecto
  - c) del lugar de residencia habitual del demandado, o en su defecto
  - d) de la nacionalidad de ambos cónyuges o, en el caso del Reino Unido e Irlanda, de su domicilio común.
2. Las dos partes podrán asimismo acordar que los órganos jurisdiccionales del Estado miembro cuya ley hayan elegido como ley aplicable a su régimen económico matrimonial, de conformidad con los artículos 16 y 18 del Reglamento, también sean competentes para conocer de las cuestiones relativas a su régimen económico matrimonial.

A continuación se establece una regla de competencia subsidiaria a favor de los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro donde se encuentren determinados bienes patrimoniales, y solo respecto de los mismo. Por último se establece un *Forum Necessitatis* a favor de un estado miembro con el que exista cierta vinculación, en caso de ser imposible aplicar alguno de los criterios anteriores.

- B) Respecto a la Ley aplicable se establece en el art. 15 un régimen unitario a todo el patrimonio o conjunto de bienes implicado, sin que se hagan diferencias por el carácter mueble o inmueble de los mismos. Los criterios que se establecen para determinar esta Ley aplicable son:
- 1) La elección limitada de los cónyuges (Art. 16):  
Los cónyuges o futuros cónyuges podrán elegir la ley aplicable a su régimen económico matrimonial, que deberá ser una de las leyes siguientes:
    - a) la ley del Estado de residencia habitual común de los cónyuges o futuros cónyuges, o
    - b) la ley del Estado de residencia habitual de uno de los cónyuges o futuros cónyuges en el momento de la elección, o
    - c) la ley del Estado de nacionalidad de uno de los cónyuges o futuros cónyuges en el momento de la elección.
  - 2) A falta de elección de los cónyuges (Artículo 17):
    - a) la ley del Estado de la primera residencia habitual común de los cónyuges después del matrimonio o, en su defecto,
    - b) la ley del Estado de nacionalidad común de los cónyuges en el momento del matrimonio o, en su defecto,
    - c) la ley del Estado con el que los cónyuges tengan conjuntamente vínculos más estrechos, teniendo en cuenta todas las circunstancias y, en particular, el lugar de celebración del matrimonio.  
Las disposiciones del apartado 1, letra b), no serán de aplicación cuando los cónyuges tengan más de una nacionalidad común.
- C) Por último con respecto al reconocimiento y ejecución de resoluciones en esta materia, la Propuesta de Reglamento prevé, como regla general en el art. 26, que las resoluciones dictadas en un Estado miembro serán reconocidas en los demás Estados miembros, sin que sea necesario recurrir a procedimiento alguno.  
De igual forma, en cuanto a la ejecución el art. 31 establece que las resoluciones dictadas en un Estado miembro y que sean allí ejecutivas se ejecutarán en los demás Estados miembros de conformidad con lo dispuesto en los artículos [38 a 56 y 58] del Reglamento (CE) no 44/2001.
- b) Propuesta de Reglamento del Consejo COM (2011) 127/ final relativa a la competencia, ley aplicable, reconocimiento y ejecución de resolu-

ciones en materia de régimen económico de las parejas no casadas, de 16 marzo 2011<sup>44</sup>.

El Reglamento que se propone solo se aplicará a los aspectos patrimoniales de las uniones registradas. No se aplicará, en particular, a las materias fiscales, aduaneras y administrativas. Y en el mismo se establecen, igualmente, los criterios de competencia, ley aplicable y reconocimiento y ejecución de sentencias.

A) Competencia: se establece un criterio de competencia general, igual que en los efectos patrimoniales del matrimonio, por el que serán competentes los órganos jurisdiccionales que entiendan de la sucesión en caso de muerte de uno de los miembros de la pareja, y aquellos ante los que se interponga una demanda de disolución o anulación de una unión registrada también serán competentes, previo acuerdo de los miembros de esa unión, para conocer de los efectos patrimoniales relacionados con dicha demanda.

En otros casos, serán competentes para conocer de los procedimientos relativos a los efectos patrimoniales de una unión registrada los órganos jurisdiccionales del Estado miembro, conforme al art. 5:

- a) de residencia habitual común de los miembros de la unión, o, en su defecto,
- b) del último lugar de residencia habitual común de los miembros de la unión, siempre que uno de ellos aún resida allí, o, en su defecto,
- c) del lugar de residencia habitual del demandado, o en su defecto.
- d) de registro de la Unión.

Además como criterio de competencia subsidiario, cuando sea imposible establecerla por los criterios anteriores, se establece en el art. 6 que serán competentes los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro en la medida en que:

- a) un bien o varios bienes de uno o ambos miembros de la unión se encuentren en el territorio de dicho Estado miembro, en cuyo caso el órgano jurisdiccional al que se someta el asunto sólo deberá pronunciarse sobre el bien o los bienes mencionados, o
- b) los dos miembros de la unión registrada posean la nacionalidad de ese Estado miembro, o bien, en el caso del Reino Unido y de Irlanda, hayan establecido en él su domicilio común.

---

<sup>44</sup> Véase la Propuesta en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0127:FIN:en:PDF> (última consulta, 24 julio 2014).

Al igual que para los matrimonios, se establece el *Forum Necessitatis*, en relación a un estado miembro con el que el asunto tuviera alguna vinculación (art. 7).

B) Ley aplicable: se establece una regla general: La ley aplicable a los efectos a los efectos patrimoniales de la unión registrada será la ley del Estado de registro (art. 15), y se determina el carácter universal de la norma de conflicto de leyes, puesto que el art. 16 establece que «la ley determinada en virtud de las disposiciones del presente Capítulo se aplicará aunque no sea la ley de un Estado miembro.»

C) Reconocimiento y ejecución de sentencias: Al igual que ocurría para el caso de los efectos patrimoniales derivados de la ruptura matrimonial, se establece las resoluciones dictadas en un Estado miembro serán reconocidas en los demás Estados miembros, sin que sea necesario recurrir a procedimiento alguno (art. 21).

De igual forma, y conforme al art. 27: Las resoluciones dictadas en un Estado miembro y que sean allí ejecutivas y las transacciones judiciales se ejecutarán en los demás Estados miembros de conformidad con lo dispuesto en los artículos [38 a 56 y 58] del Reglamento (CE) no 44/2001.

A la espera de que se aprueben definitivamente estos Reglamentos, hay que señalar los grandes avances que se están produciendo en cuanto a la armonización de los aspectos procedimentales de reconocimiento, ejecución y ley aplicable de las resoluciones sobre los efectos patrimoniales de las parejas europeas. Es de desear que los Reglamentos se aprueben pronto, entren en vigor y faciliten las soluciones en las separaciones transfronterizas.

### 3.4.2. Avances en la armonización de los aspectos sustantivos en materia de los efectos patrimoniales del matrimonio y de las uniones de hecho

Si en el tema formal los avances o esfuerzos armonizadores son notables, aunque están más retrasados que en otras áreas del Derecho de familia europeo, no podemos decir lo mismo respecto a la unificación, o acercamiento de posturas en cuanto a las normas materiales o sustantivas que rigen los efectos patrimoniales de un matrimonio o unión de hecho.

En este sentido, y como señalábamos al inicio de este punto III.4, la gran diversidad de regímenes económico matrimoniales, con grandes peculiaridades hace francamente complicado avanzar en encontrar un núcleo común europeo que acerque las posturas en cuanto a ellos.

Si bien, se están produciendo avances que son, de momento, solamente de carácter doctrinal, y se refieren a la regulación del régimen económico constante matrimonio, o pareja estable.

En este sentido, la Comisión Europea de Derecho de Familia (CEFL) ha realizado notables esfuerzos de aproximación a ideas básicas o comunes y ha elaborado unos principios o recomendaciones sobre el régimen económico común europeo: Principios de derecho europeo de familia relativos a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges<sup>45</sup>. Estos principios solo se refieren a los regímenes económico matrimoniales, sin abordar los efectos patrimoniales derivados de las uniones de hecho.

Destacamos o resumimos sus ideas más importantes:

1. Estos principios son de aplicación general será cual sea el régimen económico matrimonial que se establezca.
2. Se establece la igualdad de los cónyuges y su plena capacidad jurídica.
3. Ambos cónyuges están obligados a contribuir a las necesidades de la familia, que son de carácter amplio (vivienda, educación, alimento, etc.), y en caso de incumplimiento, esta obligación puede exigirse ante el juez competente.
4. Se protege especialmente la vivienda y el ajuar familiar, exigiéndose el consentimiento dual de ambos cónyuges para su disposición. De igual forma el arrendamiento de la vivienda familiar resulta también protegido.
5. Se declara la libertad de los cónyuges de concluir capitulaciones matrimoniales sobre sus relaciones patrimoniales, eligiendo el régimen económico que prefieran. Estas capitulaciones deben otorgarse ante notario o profesional jurídico, y pueden cambiarse o modificarse en cualquier momento.
6. Se establecen dos regímenes económico matrimoniales comunes: participación en las ganancias y comunidad de gananciales.
7. El régimen de participación en las ganancias es el régimen que se establece en defecto de capitulaciones matrimoniales, y por lo tanto el régimen común o básico.
8. El régimen de comunidad de gananciales se establece si no hay capitulaciones en contrario.

Este documento describe el concepto y funcionamiento de ambos regímenes económicos, pero queremos destacar la importancia que se le da al régimen de participación en las ganancias, que será el régimen por defecto.

Este régimen se caracteriza por ser un régimen económico matrimonial durante cuya duración cada uno de los cónyuges es propietario de su patrimonio. Este patrimonio individual comprende las ganancias y los bienes reservados. En el momento de disolución del régimen cada cónyuge participa en las ganancias obtenidas por el otro conforme a las siguientes normas: (1) si las ganancias netas de un cónyuge exceden el valor de las del otro, este par-

---

<sup>45</sup> Véanse estos principios en <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Principles-PRS-Spanish.pdf> (última visita, 24 julio 2014).

ticipa en el excedente por mitad. (2) Las ganancias netas equivalen al valor de las ganancias una vez deducidas las deudas. (3) Las pérdidas sufridas por un cónyuge, que excedan a sus ganancias en la fecha de disolución, no se comparten con el otro cónyuge. (4) El crédito de participación es un crédito monetario, salvo acuerdo en contrario de los cónyuges. (5) A solicitud del cónyuge deudor y mediando causa grave la autoridad competente puede autorizar el aplazamiento del pago o el pago a plazos.

Podemos afirmar que los pasos que se están dando en materia de búsqueda de un régimen común matrimonial parecen conducir a un sistema de participación, como este o similar, en detrimento del de separación de bienes, que ni aparece en estos principios, y del régimen de gananciales tan comunes en nuestro ordenamiento español.

Esto puede explicarse probablemente porque se trata de un sistema de carácter mixto, ya que en este régimen se deducen dos momentos diferenciados: constante matrimonio y la disolución. Durante la primera fase, este sistema funciona como si de una separación de bienes se tratase (existen dos patrimonios separados), mientras que en la extinción, habrá que liquidar y determinar la participación que cada cónyuge debe tener en las ganancias obtenidas por el otro. Es cierto, como afirman Duplá y Bardají<sup>46</sup>, que no se puede hablar exactamente aquí de un régimen de comunidad pues no existe una masa común, pero sí un derecho eventual que correspondería a cada uno sobre la mitad o parte de las ganancias del otro, lo que asemeja a ciertos derechos a bienes en común o compartidos.<sup>47</sup>

Del mismo modo, se ven intentos europeos de unificación de régimen económico matrimonial en este sentido, admitiendo como común el régimen de participación en ganancias. Baste ver la propuesta Alemana y Francesa de establecer este régimen como el común para los matrimonios mixtos franco-germanos. En efecto, el 4 febrero de 2010 se firmó el Convenio bilateral de Derecho uniforme entre Alemania y Francia, y en el mismo se estableció el sistema de participación en participaciones, como el régimen económico común. Este sistema, a su vez, se inspiraba en los sistemas parecidos, el convencional francés y el legal supletorio alemán, de participación.<sup>48</sup>

Este nuevo régimen, como describen Duplá y Bardají, será de carácter convencional, y aplicable a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges

<sup>46</sup> DUPLA MARIN, T. y BARDAJÍ GALVEZ, L., «Hacia un régimen económico matrimonial europeo: participación en ganancias. Especial referencia al Libro II del Código Civil de Catalunya», en *Globalización y Derecho: desafíos y tendencias*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2013, pp. 1-6.

<sup>47</sup> El sistema de participación también está previsto en nuestro ordenamiento civil español, y regulado en los arts. 1411-1434 CC.

<sup>48</sup> Sistema convencional francés: *participation aux acquets* y el legal alemán, *Zugewinngemeinschaft*.



que lo acuerden. Por tanto, sería uno de los regímenes legales existentes, que puede elegirse de forma voluntaria por los cónyuges, y pasaría a formar parte de los Códigos civiles francés y alemán, junto con los que ya regulan ambos cuerpos normativos.

Este régimen se caracteriza, al igual que el contemplado en los principios comunes europeos, por mantener dos patrimonios separados durante el matrimonio, y una participación en las ganancias del 50% en su extinción.

En definitiva, creemos que el régimen de participación en ganancias es el régimen común al que se debe ir para la armonización europea. Como afirman Dupla y Bardají<sup>49</sup> «se vislumbra una tendencia en Europa hacia la homogeneización del Derecho de Familia y particularmente en lo relativo a la esfera patrimonial. De consagrarse dicha tendencia encontraríamos un camino que facilitase la determinación de la ley aplicable a los llamados matrimonios mixtos, cada vez mas frecuentes en Europa».

#### 4. CONCLUSIONES

1. Las especiales características del Derecho de familia dificultan su armonización. Esto se debe a que el Derecho de familia tiene unas notas especiales que hacen que esté intrínsecamente unido e impregnado del acervo cultural, idiosincrasia, religión, sociedad y nivel de desarrollo de cada uno de los países en los que se inserta. Por lo tanto, no recoge solo normas de carácter positivo, objetivas o formales, si no que lindan con el aspecto más personal del ser humano, que se convierte en su esencia. De este modo, según el momento, sociedad y entorno en el que se encuentre la persona, su familia y sus relaciones familiares derivadas de ella, variarán. Y por eso, podemos arriesgarnos a decir que nos encontramos con tantos derechos de familia como sociedades concretas existan, aun incluso dentro de la Unión Europea, en la que existe cierta homogenización de costumbres, lo que supone una dificultad para su armonización.
2. Además de las dificultades derivadas de su propia y variada naturaleza, la armonización del Derecho de familia europeo es más complicada porque no ha sido una prioridad para la UE, fundada inicialmente como una unión económica, y de mercado común. El origen del Derecho de familia europeo se encontrará en el Tercer Pilar de la Unión Europea, pilar de la Cooperación en Asuntos de Justicia e Interior (CAJI). Es en este tercer pilar de la Unión Europea donde se va a forjar el origen del Derecho de familia europeo, al ser necesaria también esa cooperación judicial en asuntos civiles transfronterizos, –y en concre-

<sup>49</sup> DUPLA MARIN, T. y BARDAJI GALVEZ, L., «Hacia un régimen...», ob. cit., p. 3.

- to de familia—, con la necesidad de homogeneizar el reconocimiento y ejecución de sentencias y resoluciones judiciales en esa materia.
3. Existen muchos problemas transfronterizos de Derecho de familia que hay que solucionar, y son graves porque afectan a la esfera más personal del ser humano y a los menores, especialmente dignos de protección (divorcios, pensiones alimenticias, custodia de los hijos menores, etc.). Por eso, en Europa se aprecia la necesidad de avanzar en esa armonización, al menos y en un primer momento, en el aspecto procesal o formal, de competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia de Derecho de familia.
  4. La armonización procesal está bastante avanzada, y hoy ya existen Reglamentos comunitarios que regulan los temas de competencia, reconocimiento, y ejecución de sentencias, así como de la ley aplicable a los diversos casos de conflictos familiares: divorcio y separación, obligación de alimentos, efectos patrimoniales derivados de la separación o divorcio, y la responsabilidad parental con los temas de custodia, y protección de menores. Los diversos Reglamentos europeos han señalado en cada caso, cuál es la ley aplicable, el tribunal competente para juzgar de esos asuntos, y en general, proclaman el reconocimiento y la ejecución de las sentencias en las materias señaladas, de cualquier estado miembro de la Unión en otro.
  5. Sin embargo, es en el tema del Derecho material o sustantivo del Derecho de familia donde la armonización es más lenta y mucho más difícil puesto que la elaboración de normas comunes en temas tan delicados como los mencionados anteriormente, y con la diversidad de regímenes y ordenamientos existentes, es francamente complicada.
  6. No obstante, se están realizando importantes estudios doctrinales, y notables esfuerzos en aunar posturas en relación a todos estos temas. Es de destacar los principios de Derecho de familia europeo que ha elaborado la European Commission of Family Law (CEFL), si bien dichos principios son todavía meras recomendaciones.
  7. Los principios comunes que se han elaborado giran en torno a las 4 materias que ya hemos mencionado: divorcio, obligación de alimentos entre los cónyuges como consecuencia del divorcio, el régimen económico matrimonial y efectos patrimoniales del matrimonio y parejas de hecho, y la responsabilidad parental.
  8. Destacamos los siguientes principios comunes elaborados y recomendados por la CEFL:
    - a) En cuanto al divorcio: se admite el mismo en todas las legislaciones, sin que sea necesario que el matrimonio haya tenido duración alguna, se tramita siempre por un procedimiento legalmente establecido y se declara siempre por una autoridad judicial

- o administrativa. Además, el divorcio puede ser de común acuerdo o contencioso. El primero de ellos sin necesidad de separación previa, con la firma de un acuerdo o convenio por escrito que regule la responsabilidad parental, las pensiones alimenticias, y el reparto de bienes. Asimismo, se aconseja un periodo de reflexión cuando existan hijos menores. El divorcio contencioso (sin consentimiento de uno de los cónyuges) exige siempre separación previa de los cónyuges de al menos 1 año de duración, y también la firma del convenio regulador, o su establecimiento por el juez.
- b) Respecto a la obligación de alimentos, la CEFL solo establece los principios que deberían regir la obligación de alimentos entre cónyuges, tras el divorcio o separación, pero nada dice, todavía, sobre la obligación de alimentos con respecto a sus hijos, fuera de lo que de forma general se determina en la responsabilidad parental. Hay que seguir avanzando a este respecto. En cualquier caso, los principios que recomiendan para la obligación de alimentos entre cónyuges son los siguientes: Cualquiera que sea la forma del divorcio, los alimentos entre cónyuges se rigen por las mismas normas. No obstante se establece un principio de autosuficiencia de cada cónyuge tras el divorcio como situación ideal. Si esto no fuera posible, surgirá la obligación de alimentos entre cónyuges cuando el acreedor no tuviera suficientes recursos para satisfacer sus necesidades, y el deudor, por el contrario tenga capacidad suficiente para satisfacerlas. A la hora del cálculo de la pensión de alimentos deberán tenerse en cuenta las siguientes circunstancias: el cuidado de los niños; la división de tareas durante el matrimonio; la duración del matrimonio; el nivel de vida durante el matrimonio y todo nuevo matrimonio o pareja de hecho duradera. El pago de la pensión de alimentos se hará por adelantado en los plazos o fracciones determinados. Cuando el pago de esta pensión sea demasiado onerosa para el deudor, podrá limitarse o reducirse la misma por la autoridad competente. La pensión de alimentos tendrá siempre un plazo limitado en el tiempo sin que pueda ser indefinida, y se extinguirá por la muerte de cualquiera de los esposos, nuevo matrimonio o relación de hecho duradera del acreedor.
- c) Responsabilidad parental: Se da un concepto de responsabilidad parental amplio, que implica todos los derechos y deberes de los titulares con el menor con respecto a su cuidado, protección y educación. Se establece como titulares de la responsabilidad parental a los padres o terceros distintos de los padres que tengan relación con ellos (familiares). La responsabilidad parental no se ve afecta-

da por la disolución matrimonial o separación legal o de hecho de los padres titulares de la misma. Se establecen los derechos básicos del niño que son: el interés superior del niño, la autonomía del niño, su no discriminación, y el derecho a ser oído. Como regla general, se establece el ejercicio conjunto de los padres titulares, aunque puede ejercitarse por uno solo de ellos si hay acuerdo entre los padres o decisión de la autoridad en ese sentido. Pero también pueden ejercer la responsabilidad parental terceras personas. Hay que destacar que la CEFL parece inclinarse por establecer como criterio preferente, la custodia compartida, alterna, entre ambos padres titulares cuando así lo acuerden, o cuando lo establezca el juez, atendiendo al interés del menor. Y por último, debe fomentarse la relación del menor tanto con sus padres separados, como con terceros implicados en su cuidado.

- d) Con relación a los efectos patrimoniales de la separación o divorcio, la CEFL ha abogado por establecer como principios básicos los siguientes: Se establece la igualdad de los cónyuges y su plena capacidad jurídica. Ambos cónyuges están obligados a contribuir a las necesidades de la familia, que son de carácter amplio (vivienda, educación, alimento, etc.). Se protege especialmente la vivienda y el ajuar familiar, exigiéndose el consentimiento dual de ambos cónyuges para su disposición. Se declara la libertad de los cónyuges de concluir capitulaciones matrimoniales sobre sus relaciones patrimoniales, eligiendo el régimen económico que prefieran. Estas capitulaciones deben otorgarse ante notario o profesional jurídico, y pueden cambiarse o modificarse en cualquier momento. Se establecen dos regímenes económico-matrimoniales comunes: participación en las ganancias y comunidad de gananciales. Siendo el de participación el preferido y el que se establece en defecto de capitulaciones.
9. Queda mucho camino por recorrer, y todavía muchos objetivos que conseguir, hay que seguir avanzando en la armonización de las principales líneas del Derecho de familia europeo. Pero, lo que sin duda puede confirmarse es que esa armonización ya no es una quimera y se ha iniciado una importante senda para llegar a la misma, con notables esfuerzos por parte de la comunidad europea que deben conducir a una total armonización procesal con plenos efectos y reconocimientos de resoluciones judiciales en materia de familia en Europa, y un esfuerzo todavía mayor, buscando –y encontrando– ese núcleo común del Derecho de Familia Europeo (EFL) en las cuestiones sustantivas relativas a disolución matrimonial o de hecho, responsabilidad parental, menores y alimentos.

## 5. BIBLIOGRAFÍA

- ALPA, G., «Future of Family contracts, comparative Law and European Law», *European Business Law Review*, vol. 21, 2010, pp. 1-13.
- BOELE-WOELKI, K., «The road towards a european Family law», *EJCL*, vol. 1.1 Noviembre 1997, pp. 1-15, disponible en <http://law.kub.nl/ejcl/11-1.html>
- DUPLA MARIN, T. Y BARDAJI GALVEZ, L., «Hacia un régimen económico matrimonial europeo: participación en ganancias. Especial referencia al Libro II del Código Civil de Catalunya», en *Globalizacion y Derecho: desafíos y tendencias*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2013, pp. 1-6.
- GROOT, G.R., «Op weg naar een Europees personen – en familierecht?», en *Ars Aequi*, 1995, vol. 44, n.º 1, pp. 29-33.
- HAMILTON, C., STANDLEY, K., y HODSON, D., *Family Law in Europe*, London/Dublin/Edinburgh, 1995.
- HONDIUS, E.H., «Naar een Europees personen en familierecht», en FRANKEN, H. y DE RUITER, J., *Drie treden: Over politiek, beleid en recht*, Zwolle, 1995, pp. 173-181.
- LLODRÁ, F., «Hacia un derecho de familia europeo», en *Neus reptes del Dret en família*, Universidad de Gerona, 2005, pp. 477 y ss.
- LUDEÑA BENITEZ, O.D., «El derecho de familia de la unión europea: cuestiones de cooperación jurídica comunitaria entre los estados miembros», *Revista Jurídica de Castilla y León*, n.º 32, enero 2014, pp. 1-44.
- MARTINY, D., «Europaisches Familienrecht – Utopie oder Notwendigkeit?», *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, vol. 59, n.º s. 3-4, 1995, pp. 419-453.
- PÉREZ MARTIN, E., «El derecho al respeto de la vida familiar y la reagrupación familiar de los hijos menores de extranjeros en la unión europea (STJCE de 26 de junio de 2006, C-540/03)», disponible en [http://www.funciva.org/uploads/ficheros\\_documento\\_s/1216117825\\_elena\\_perez\\_martin.pdf](http://www.funciva.org/uploads/ficheros_documento_s/1216117825_elena_perez_martin.pdf).
- RIEG, A., *L'Harmonisation européenne du droit de famille: mythe ou réalité? Conflits et harmonisation*, Liber Amicorum A.E. von Overbeck, Fribourg, 1990.
- RODRIGUEZ-BENOT, A., «El derecho comunitario europeo de familia: marco institucional y perspectivas de futuro», en Fernández-Arroyo Giménez, D.P y González MARTÍN, N. (ed.), *Tendencias y relaciones del Derecho internacional privado americano actual*, Porrúa/UNAM/ASADIP, Ciudad de México, pp. 537-552.
- TORRELLES TORREA, E., «La Ley 15/2005, el régimen del *non-fault divorce* y los principios de Derecho europeo de familia», en *Nuevos conflictos del Derecho de familia*, (LLAMAS POMBO, E., Coord), La Ley, Madrid, 2009, pp. 177-209.

*TITLE: The unification of the European family law: chimera or reality?*

*RESUMEN: Este estudio pretende analizar la evolución de la unificación o armonización del Derecho de familia europeo a lo largo de estos años, para tratar de concluir si realmente es posible o no conseguirla, y en su caso qué pasos y avances es necesario alcanzar. Partiendo de las iniciales dificultades que la propia materia conlleva para su homogeneización, se examina cómo se está llevando a cabo, tanto en el aspecto formal o pro-*

*cedimental de competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones, como en el aspecto material o sustantivo en materia de familia. Para ello, se estudian tanto los Reglamentos comunitarios, como los principios comunes europeos en Derecho de familia, y las opiniones doctrinales más relevantes en torno a este difícil camino de la aproximación de las legislaciones.*

*PALABRAS CLAVE: Derecho de familia; Derecho europeo; unificación Derecho familia.*

*ABSTRACT: This study analyzes the evolution of unification or harmonization of European family law over the years, trying to conclude whether or not, it is really possible to achieve it, and if so, which steps must be taken. Starting from the initial difficulties that matter itself leads to the homogenization, the way it is carried out is examined, both in the formal or procedural aspect of competence, recognition and enforcement of judgments, as in material or substantive aspect in family matter. To do this, we study both the European regulations and the common European principles in family law, as well as the most relevant doctrinal views on this difficult path of the approach of legislations.*

*KEYWORDS: Family law; European law; European family law harmonization.*

*RECIBIDO: 12.09.2014*

*ACEPTADO: 28.10.2014*

# LA FUNCIÓN JUDICIAL EN EL MARCO DEL ESTADO SOCIAL Y AUTONÓMICO ESPAÑOL: ¿PODER O SERVICIO PÚBLICO?<sup>1</sup>

Ciro Milione

---

**SUMARIO:** 1. JUSTICIA Y ESTADO EN EL PENSAMIENTO DE MONTESQUIEU. 2. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA (CE) DE 1978. 2.1. *Los principios constitucionales que rigen la función jurisdiccional en la CE.* 2.1.1. El principio de legitimación democrática del Poder Judicial y de sumisión del juez a la Ley. 2.1.2. El principio de responsabilidad. 2.1.3. El principio de exclusividad. 2.1.4. El principio de unidad de la jurisdicción y la dimensión territorial del Poder Judicial en nuestro Estado Autonómico. 3. LA NECESIDAD DE JUSTICIA EN NUESTRAS SOCIEDADES DEMOCRÁTICAS ACTUALES. 3.1. *Estado Social y función judicial.* 3.2. *¿Es el Poder Judicial un verdadero poder público? Hacia una nueva configuración de la Administración de Justicia.* 4. CONCLUSIONES. LA JUSTICIA: UN SERVICIO PÚBLICO ESENCIAL.

---

*«La Justicia es la verdad en acción»*

Joseph Joubert

## 1. JUSTICIA Y ESTADO EN EL PENSAMIENTO DE MONTESQUIEU

Examinar el pensamiento de MONTESQUIEU, eminente filósofo y jurista francés, constituye una premisa imprescindible para entender la posición del Poder Judicial en el marco de un Estado democrático y para poder analizar, desde una perspectiva histórica, nuestras realidades constitucionales.

Núcleo esencial del pensamiento de MONTESQUIEU es la obediencia a la Ley, interpretada como un camino hacia la permanencia del Estado. En este

---

<sup>1</sup> Quiero formular mis más profundos agradecimientos a los Profs. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, Miguel J. Agudo Zamora y Luis I. Gordillo Pérez por sus inestimables aportaciones que enriquecen ahora este trabajo y por su amable labor de revisión. Cualquier error, omisión o imprecisión es exclusivamente imputable al autor.

sentido, el filósofo afirma «*la virtud cívica consiste en el deseo de ver el orden establecido en el Estado, en el sentir felicidad por la tranquilidad pública, por la exacta administración de la Justicia, por la seguridad de la magistratura, por el respeto tributado a las leyes, por la estabilidad de la República.*»<sup>2</sup>

Con el fin de garantizar dicha permanencia y estabilidad y, en definitiva para asegurar la libertad del ciudadano respecto a los demás ciudadanos y a los que ostentan un Poder estatal, MONTESQUIEU identifica, en toda organización política estable, tres Poderes distintos («*Hay en todos los Estados tres especies de Poder: el legislativo, el de ejecutar aquello que depende del derecho de gentes y el de ejecutar lo que depende del derecho civil*») e inmediatamente después postula su neta separación<sup>3</sup>.

Sin embargo, la división de Poderes de MONTESQUIEU se presta a interpretaciones diversas, haciendo de esta teoría sin duda una «*obra grande*» pero a la vez «*ambigua*»<sup>4</sup>.

Como señala BARBERIS<sup>5</sup>, es posible distinguir, por lo menos, tres lecturas distintas del pensamiento del ilustre filósofo francés: una primera tesis que describe como «*distinción de Poderes*»; una segunda definida «*equilibrio entre Poderes*»; una tercera descrita como «*separación de Poderes en sentido estricto*»<sup>6</sup>.

<sup>2</sup> MONTESQUIEU, C.-L. de S., *Del espíritu de las leyes*, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1906. Sobre las tesis del conocido pensador, señalamos SANTAELLA LÓPEZ, M., *Montesquieu: el legislador y el arte de legislar*, Universidad Pontificia Comillas, 1995; VALLET DE GOYTISOLO, J. B., *Montesquieu, leyes, gobiernos y poderes*, Cívitas, Madrid, 1986; IGLESIAS, C., *El pensamiento de Montesquieu: ciencia y filosofía en el siglo XVIII*, Círculo de Lectores, Galaxia Gutenberg, Barcelona, 2005.

<sup>3</sup> Afirma MONTESQUIEU, «*Todo estaría perdido si el mismo hombre, o el mismo cuerpo de los próceres o de los nobles o del pueblo, ejerciese estos tres Poderes: el de hacer las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los delitos o las diferencias de los particulares*», *Del espíritu...*, ob. cit., p. 228.

<sup>4</sup> Como quiso poner en evidencia TARELLO, G., *Storia della cultura giuridica moderna*, Vol. I, *Assolutismo e codificazione del diritto*, Il Mulino, Bologna, 1998, p. 262.

<sup>5</sup> BARBERIS, M., «*Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione*» en, COMANDUCCI, P., GUASTINI, R. (coord.), *Analisi e diritto 2004*, pp. 2-8.

<sup>6</sup> Así, BARBERIS describe la tesis de MONTESQUIEU, en primer lugar, como una teoría de la «*distinción de Poderes*». En este sentido, el pensador francés pretende sencillamente describir tres funciones del Estado que destacan por determinadas características: la función de producción normativa que se define como «*libre*»; la función de ejecución normativa, descrita como «*discrecional*»; y finalmente la función de aplicación normativa con su carácter «*vinculante*». Interpretado en este sentido el pensamiento de MONTESQUIEU encuentra su principal opositor en H. KELSEN que reconoce exclusivamente las funciones de creación y aplicación normativa y subordina la segunda a la primera (KELSEN, H., *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Etas, Milano, 1966, pp. 274-287).

Una segunda lectura de la tesis de MONTESQUIEU es la que interpreta como la teoría de los «*equilibrios entre poderes*». En otras palabras, las tres funciones estatales estarían repartidas entre otros muchos órganos, capaces de contrabalancearse. Es esta la interpreta-



Con el fin de apreciar y definir el perímetro y los contornos propios del Poder Judicial, el jurista italiano se acerca a esta tercera teoría describiendo cómo la división de Poderes de MONTESQUIEU, en realidad, describe un mecanismo de atribución de funciones estatales a órganos diversos.

En este sentido y basándose en la letra del Capítulo VI del Libro XI («*El poder de juzgar*») de «*El espíritu de las leyes*», BARBERIS afirma que una verdadera separación es exclusivamente la que atañe al Poder Judicial. En efecto, mientras los órganos legislativos y ejecutivos participan de modo excepcional a las funciones jurisdiccionales, los órganos judiciales jamás participan en las funciones legislativas o ejecutivas.

Por ello, BARBERIS puede afirmar que «*el Poder Judicial, en MONTESQUIEU, es el único Poder por el que vale el criterio técnico de la especialización de las funciones, característico de la doctrina de la separación de los Poderes en sentido estricto, y también el único respecto al cual encontrarán aplicación las teorías montesquianas al comienzo de la Revolución*»<sup>7</sup>.

Asimismo, cabe destacar cómo el ejercicio del Poder Judicial, en el pensamiento de MONTESQUIEU, no debe ser atribuido a profesionales o burócratas, sino a jueces populares, de modo que dicho Poder «*tan terrible entre los hombres, sin estar relacionado a una determinada condición profesional, deviene invisible y nulo. No se tiene continuamente a los jueces ante los ojos y se teme a la magistratura y no a los magistrados*»<sup>8</sup>.

De esta manera, MONTESQUIEU puede describir el Poder Judicial como «*un Poder nulo*», porque confiado a ciudadanos comunes, y, en su utópica visión de la administración de Justicia, el filósofo francés puede llegar a afirmar que «*los jueces de la Nación no son, según sabemos, sino la boca por donde habla la Ley, seres inanimados que no pueden moderar ni su fuerza ni su rigor*»<sup>9</sup>.

---

ción más coherente tomando en consideración la letra del Capítulo IV del Libro XI, ahí donde el filósofo francés, después de haber admitido que «todo hombre investido de autoridad propende a abusar de ella» afirma «para que no pueda abusarse del poder es preciso que, por la disposición de las cosas, el poder contenga al poder» (Del espíritu..., ob. cit., p. 225). En este sentido, para BARBERIS, MONTESQUIEU atribuye el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo a dos órganos «no especializados», es decir, a dos órganos capaces de intervenir uno en las tareas del otro, para que a través de un ejercicio concertado de sus funciones esté garantizado un suficiente equilibrio entre Poderes. Por último, en esta interpretación de la tesis de MONTESQUIEU, el Poder Judicial representa la única función dotada de un «carácter de especialización» y por lo tanto ajena a toda intromisión perpetrada por parte de otros Poderes. En este sentido, para BARBERIS, todo deja pensar que MONTESQUIEU configurara el Poder Judicial como un verdadero «contrapoder».

<sup>7</sup> Cfr. BARBERIS, M., Benjamin Constant. Rivoluzione, costituzione, progresso, Il Mulino, Bologna, 1988, pp. 122 ss.; siempre del mismo autor., I limiti del potere: il contributo francese, en DUSO, G. (coord.), Il potere. Per la storia della filosofia politica moderna, Carocci, Roma, 1999, pp. 214-224.

<sup>8</sup> Del espíritu..., ob. cit., p. 229.

<sup>9</sup> Del espíritu..., ob. cit., p. 237.

El pensamiento de MONTESQUIEU, como es sabido, ha influido en manera determinante en la consolidación del constitucionalismo moderno.

Es significativo que la teoría de la división de Poderes, así como adoptada por los constituyentes revolucionarios de Norteamérica (1787) y Francia (1789-91), así es aun hoy recogida en las principales Constituciones de los Estados democráticos europeos.

Es muy interesante dar cuenta de esta influencia, y por ello, a continuación, queremos describir cómo la función jurisdiccional ha sido constitucionalizada en nuestra Constitución de 1978 (a partir de ahora CE).

## 2. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL EN LA CE DE 1978

La Constitución de 1978 regula la materia judicial preeminentemente<sup>10</sup> en su Título VI (Arts. 117-127), rubricado «*Poder Judicial*».

Es evidente que, recurriendo a esta acepción –la de «*Poder*»–, el Constituyente español<sup>11</sup> adopta una expresión formalmente distinta respecto a las que se emplean en otras muchas Constituciones europeas<sup>12</sup> para regular la misma materia.

---

<sup>10</sup> En efecto, el concepto de Justicia es recurrente en el dictado constitucional, como valor (es suficiente señalar cómo el mismo Preámbulo establece que «la Nación española, deseando establecer la justicia, la libertad y la seguridad...»); asimismo el art. 1.1 señala como valores superiores del ordenamiento jurídico «la libertad, la justicia, la igualdad, y el pluralismo político»); como derecho fundamental (véase por ejemplo el art. 24, relativo a la tutela judicial efectiva, pero también el art. 17, relativo al derecho a la libertad personal), como Poder del Estado (véase el art. 117), como estructura organizada (véase el art. 122), y como servicio público dentro del esquema de reparto competencial entre Estado y Comunidades Autónomas (véase el art. 149.1.5). LÓPEZ AGUILAR, J. F., *Justicia y Estado Autonómico*, Civitas, Madrid, 1994; *La Justicia y sus problemas en la Constitución*, Tecnos, Madrid, 1996; y «Justicia y Poder Judicial: radiografía de una crisis cronicada», en *Nuevas Políticas Públicas: Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones Públicas*, núm. 5, 2009, p. 11.

<sup>11</sup> Interesante es recordar como en la Sesión de la Ponencia de Constitución celebrada el día 2 de noviembre de 1977, sólo el representante de Alianza Popular, D. Manuel Fraga Iribarne, manifestó algunas reservas de carácter técnico en cuanto al empleo de la expresión «Poder Judicial». Vd. «Las actas de la ponencia constitucional», en *Revista de las Cortes Generales*, núm. 2, 1984, p. 306.

<sup>12</sup> Pensemos al caso alemán y al Capítulo IX de la Ley Fundamental para la República Federal de 1949, rubricado «Die Rechtsprechung» (que podría traducirse con «La Jurisdicción»); o al caso de la Constitución Francesa cuyo Título VIII tiene por epígrafe «De l'Autorité Judiciaire» («De la Autoridad Judicial»). Valga particularmente el ejemplo de la Constitución Italiana. Como es sabido, el Constituyente italiano decidió no emplear la expresión «Poder Judicial» para indicar el conjunto de órganos e instituciones encargados de desarrollar la función judicial –al contrario de lo que ocurrirá 30 años después en España– sino que adoptó un término más genérico, «Magistratura», como testimonia el epígrafe del Título IV («La Magistratura») o el primer apartado del art. 104.

Actuando así, el texto fundamental de este país retoma una expresión no se había vuelto a utilizar desde la Constitución de 1869, cuyo art. 36 declaraba «*Los tribunales ejercen el Poder Judicial*» y cuyo Título VII llevaba por epígrafe «*Del Poder Judicial*»<sup>13</sup>.

---

Significativo, en este sentido, fue el debate que se desató, en seno a la Asamblea Constituyente, al momento de determinar la exacta colocación de la función judicial en el esquema constitucional italiano.

En esta labor, el pensamiento de MONTESQUIEU y su teoría de la separación de Poderes fue tenido en constante consideración e interpretado con el fin de asegurar, en el marco del principio de sumisión a la Ley y al ordenamiento jurídico, la máxima autonomía y libertad para la función judicial a través de una serie de garantías subordinadas sólo a la sumisión de los jueces a la Ley y al Estado de Derecho.

En este sentido, como evidenció RUINI (*Le confessioni pel domani* (da un ultraottuagenario), Ricordi di pensiero e di vita e per la storia di domani, escrito inedito guardado en el Archivio Meuccio Ruini, Biblioteca «Panizzi»-Reggio Emilia), miembro de la asamblea constituyente, la elección del término «Magistratura» se debió a la voluntad de identificar un conjunto de individuos responsables del *ius dicere*, sin con ello cuestionar la verdadera naturaleza de la función judicial interpretada como un verdadero Poder del Estado.

En efecto, para defender dicha tesis, RUINI recordó cómo incluso en los casos del Poder Legislativo y Ejecutivo se había optado por evitar el recurso al término «Poder» a favor de expresiones distintas como «Parlamento» y «Gobierno», sin que con esto se cuestionara la verdadera naturaleza de estas funciones, es decir, la de Poderes del Estado.

Asimismo el diputado remarcó la independencia de la Magistratura al sostener que «afirmando que un determinado orden, el orden de la Magistratura, debe ser independiente, es decir, no debe depender de otro Poder del Estado, y que debe ser autónomo, es decir, disponer de sí para lo que concierne a su estado, como personal de los magistrados, no afirmamos que no sea constitucional y democrático. Que la Magistratura esté desvinculada de la dependencia y influencia del Gobierno es una exigencia y una conquista de la democracia».

Si bien es cierto que gran parte de la Asamblea Constituyente aceptó esta tesis, otros miembros se mantuvieron en posiciones antitéticas.

En particular, destaca entre todas ellas, la posición de PRETI que apoyó la decisión de no rubricar el Título IV como «Poder Judicial» considerando, entre otras cosas, la función judicial ya no como un Poder sino como un verdadero servicio público. En este sentido, en la sesión antemeriñana celebrada el día 25 de noviembre de 1947, el diputado PRETI tomó la palabra para afirmar que «hoy me parece que los magistrados deban considerarse al servicio del Estado, así como todos los demás funcionarios, si bien es cierto que su posición se debe considerar como particular [...] ellos desarrollan una función delicada, y por lo tanto su independencia debe estar garantizada, pero no se debe llegar a declarar en la Constitución que constituyen un orden autónomo e independiente. Decir esto quiere decir reconocerles un pleno autogobierno, casi como si se quisiera crear un Estado en el Estado, o por lo menos una casta cerrada, intangible». (Para consultar las actas de la Asamblea Constituyente señalamos un excelente recurso en línea a la página web <<http://banchedati.camera.it/AssembleaCostituente/>>. Asimismo señalamos, FALZONE, V., PALERMO, F., COSENTINO, F., *La Costituzione della Repubblica italiana illustrata con i lavori preparatori*, Milano, 1976)

<sup>13</sup> TORRES DEL MORAL, A., *Constitucionalismo Histórico Español*, Tirant lo Blanch, Madrid, 2004.

Por otra parte, es significativo notar cómo, a la hora de describir las funciones legislativas y ejecutivas, el Constituyente de 1978 haya decidido emplear fórmulas que no aluden tan claramente al concepto de «Poder», prefiriendo a esta noción términos que describen fundamentalmente los órganos encargados de dichas funciones correspondientes (Título III «*De las Cortes Generales*», Título IV «*Del Gobierno y de la Administración*»).

¿Cuál puede haber sido la razón de esta singularidad?

La doctrina ha ofrecido distintas interpretaciones para aclarar esta circunstancia, es decir, para aclarar por qué la Constitución utiliza la expresión Poder sólo para aludir a la función judicial.

Así, algunos defienden la elección del Constituyente en razón del «*carácter único*» de la función judicial respecto a las funciones legislativa y/o ejecutiva que gozan también de una importantísima dimensión territorial que se plasma en los valores de la autonomía local y autonómica<sup>14</sup>.

Sin embargo, como recuerda FRIAS<sup>15</sup>, para una parte de la doctrina el empleo de la expresión judicial tiene como fundamento el hecho de resaltar la autonomía e independencia de la jurisdicción, como Poder y no solo como función<sup>16</sup>. Para otros el recurso al término «*Poder Judicial*» responde a la voluntad del Constituyente de reafirmar la garantía última de materialización del Estado Social y Democrático de Derecho al que se refiere el art. 1.1 de la Carta fundamental<sup>17</sup>.

Más allá del debate doctrinal, es imperativo acudir a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional para entender el alcance de la expresión que introduce el Título VI de la Constitución de 1978. Así, en la Sentencia 108/1986, de 29 de junio, esa Corte pone en evidencia como «*El Poder Judicial consiste en la potestad de ejercer la jurisdicción, y su independencia se predica de todos y cada uno de los jueces en cuanto ejercen tal función, quienes precisamente integran el Poder Judicial o son miembros de él porque son los encargados de ejercerla. Así resulta claramente del artículo 117.1 de la Constitución, con que se abre el Título VI de la misma dedicado al Poder Judicial.*»

<sup>14</sup> MOSQUERA SÁNCHEZ, L., «La posición del Poder Judicial en la Constitución Española de 1978» en Constitución Española de 1978, Estudio Sistemático, Civitas, Madrid, 1980.

<sup>15</sup> FRIAS, E., «La Administración de Justicia», en ORTEGA, L. (dir.), Derecho Administrativo Autonómico de Castilla-La Mancha, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2000, p. 202.

<sup>16</sup> ALMAGRO NOSETE, J., «Poder Judicial y Tribunal de Garantías en la nueva Constitución», en Lecturas sobre la Constitución Española, UNED, 1, 1980.

<sup>17</sup> XIOL RIOS, L., GONZÁLEZ RIVAS, J. J., RODRÍGUEZ ZAPATA PÉREZ, J., El Poder Judicial y su Consejo General en el Estado Social y Democrático de Derecho, Premios Poder Judicial. Consejo General del Poder Judicial, 1990.

Por último, es oportuno volver a la doctrina y, más concretamente, a esa parte de la misma<sup>18</sup> que pone el acento sobre el aspecto subjetivo del Poder Judicial, para afirmar que dicho Poder encarna, esencialmente, una estructura organizada cuyos protagonistas son los órganos llamados a administrar la Justicia. En nuestra opinión sería esta la lectura más fiel de la expresión contenida en el art. 117.1 CE —*integrantes del Poder Judicial*—, referida a Jueces y Magistrados. En este mismo sentido debería de interpretarse la letra del art. 122, referido al Consejo General del Poder Judicial (a partir de ahora, CGPJ), en el que se establece que *«la Ley orgánica del poder judicial determinará la constitución, funcionamiento y gobierno de los Juzgados y Tribunales, así como el estatuto jurídico de los Jueces y Magistrados de carrera, que formarán un Cuerpo único, y del personal al servicio de la Administración de Justicia.»*

## 2.1. *Los principios constitucionales que rigen la función jurisdiccional en la CE*

Entre los principios constitucionales que rigen el funcionamiento de la administración de Justicia en España, estimamos oportuno señalar algunos de ellos que destacan por su importante contenido de valor y que, por ello, contribuyen a definir el correcto alcance de la función judicial en este país. Hablamos, en otras palabras, del principio de legitimación democrática del Poder Judicial; del principio de unidad de la jurisdicción; del principio de responsabilidad y del principio de exclusividad.

### 2.1.1. El principio de legitimación democrática del Poder Judicial y de sumisión del juez a la Ley

Como es sabido, uno de los principios más importantes que vieron la luz a raíz de las primeras revoluciones liberales del siglo XVIII fue el principio de soberanía popular. Así, si el art. 3 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, solemnemente establecía que *«la Nación es esencialmente la fuente de toda soberanía; ningún individuo ni ninguna corporación pueden ser revestidos de autoridad alguna que no emane directamente de ella»*; hoy el art. 1.2 CE declara que *«la soberanía reside en el pueblo español del que emanan los poderes del Estado»*.

En nuestro sistema constitucional, la legitimación democrática de la función judicial no se expresa en los mismos términos que caracterizan la función legislativa o ejecutiva. En efecto, en estos dos últimos casos, la soberanía

<sup>18</sup> SAINZ DE ROBLES y AROZAMENA, F. C., «Poder Judicial y Consejo General del Poder Judicial», en Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Prof. E. García de Enterría, Tomo VI, Civitas, 1991

nía popular se manifiesta de forma patente a través de la elección directa de los representantes en las Cortes Generales por parte de quién esté legitimado al voto (Arts. 68 y 69 CE) o a través del vínculo de confianza que debe existir –y permanecer, si es posible– entre una parte de estos representantes (el Congreso de los Diputados) y el Gobierno (art. 99 CE).

Sin embargo, por lo que atañe a la función judicial, la legitimación democrática exigida por el art. 1.2 CE se plasma diversamente, trayendo origen en el principio de sumisión del juez a la Ley y a la Constitución (Arts. 9.1 CE y art. 117.1 CE), es decir, en el acto en el que se sustancia la voluntad general tras la conclusión del procedimiento legislativo<sup>19</sup>. Así pues, es en la Ley y exclusivamente en ella, donde el juez debe encontrar la solución al caso llevado a su conocimiento. Por ello, toda resolución jurisdiccional (sentencia, pero también auto, providencia, etc.) fundándose en la Ley, fruto de la voluntad popular expresada a través de representantes legítimos elegidos democráticamente, puede destacar por su carácter vinculante e imperativo<sup>20</sup>.

<sup>19</sup> Este concepto es claramente expuesto en la «Exposición de Motivos» a la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, cuando en ella se afirma que «El Estado de Derecho, al implicar, fundamentalmente, separación de los poderes del Estado, imperio de la Ley como expresión de la soberanía popular, sujeción de todos los poderes públicos, a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico y garantía procesal efectiva de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, requiere la existencia de unos órganos que, institucionalmente caracterizados por su independencia, tengan un emplazamiento constitucional que les permita ejecutar y aplicar imparcialmente las normas que expresan la voluntad popular, someter a todos los poderes públicos al cumplimiento de la ley, controlar la legalidad de la actuación administrativa y ofrecer a todas las personas tutela efectiva en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos. El conjunto de órganos que desarrollan esa función constituye el Poder Judicial del que se ocupa el título VI de nuestra Constitución». Por otra parte, el mismo art. 1 de dicha Ley, retomando la fórmula del art. 117.1 CE, declara que «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 a la Constitución y al imperio de la ley».

<sup>20</sup> Recordemos el tenor del art. 118 CE, por el que «Es obligado cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto». Por otra parte, merece, en este contexto, volver el pensamiento de MONTESQUIEU y lo que vimos hablando de su teoría, recordando nuevamente las palabras que empleó para describir la función judicial «los jueces de la nación no son, según sabemos, sino la boca por donde habla la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni su fuerza ni su rigor». (Del espíritu..., ob. cit., p. 237). Acerca de la legitimación democrática del Poder Judicial, podemos mencionar HITTERS, J. C., «Legitimación democrática del poder judicial y control de constitucionalidad», en *Justicia: revista de derecho procesal*, n.º 2, 1987, pp. 421-434; BREY BLANCO, J. L., «La legitimación democrática de la función jurisprudencial y la elección de los vocales del CGPJ», en *Revista general de legislación y jurisprudencia*, n.º 2, 2000, pp. 151-174; y también MOSCHELLA, G., «Función jurisdiccional y legitimación democrática», en *Cuadernos de derecho público*, n.º 26, 2005, pp. 11-40.

Por estas razones, el primer párrafo del art. 117 establece que «*la Justicia emana del pueblo*», empleando una fórmula que, lejos de ser puramente retórica, remite a un principio fundamental en todo Estado democrático y de Derecho: el dogma de la soberanía popular.

Desde esta perspectiva, es fácilmente comprensible porque los jueces deberán manifestar, a través de la motivación de sus sentencias, los razonamientos jurídicos y lógicos en los que se apoyan sus decisiones últimas<sup>21</sup>. Dicho principio se traduce, además, en la imposibilidad para el juez de desaplicar las normas previstas para el caso en aras de una presunta ilegitimidad constitucional de las mismas. En efecto, en estos casos, la coherencia del sistema ofrece al magistrado la posibilidad de elevar la duda de constitucionalidad al supremo juez de la Ley, es decir, al Tribunal Constitucional a través de la formulación de una cuestión de inconstitucionalidad ex art. 163 CE<sup>22</sup>.

### 2.1.2. El principio de responsabilidad

La independencia del juez y su responsabilidad constituyen conceptos íntimamente relacionados.

Como es sabido, la Constitución exige al juez de ser independiente y, por lo tanto, de administrar la Justicia aplicando exclusivamente un conjunto de preceptos legales que constituyen el fruto y la expresión de la voluntad general. Así, por estas mismas razones, el propio juez debe ser consciente de que, renunciado a su propia independencia, desatiende responsablemente la aplicación del marco legal, otorga prevalencia a otros principios ajenos al criterio legal y, en definitiva, se aparta de la voluntad democrática.

Desde estas perspectivas, es posible afirmar que la independencia sirve para recordar al juez que su propia conducta, en el ejercicio de la función jurisdiccional, debe responder exclusivamente a unos cánones normativos preestablecidos.

<sup>21</sup> Así, como establecido por el art. 120.3 CE «Las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública», y por el art. 11.2 y 11.3 de la LO 6/1985 y por el art. 417.15 de la citada que considera como falta muy grave «La absoluta y manifiesta falta de motivación de las resoluciones judiciales que la precisen, siempre que dicha falta haya sido apreciada en resolución judicial firme». Recordamos, sobre este mismo tema, MILIONE FUGALI, C., «El derecho a obtener una resolución de fondo en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional español», en PEREZ TREMPES, P., (coord.), *La Reforma del Tribunal Constitucional: actas del V Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, 2007, pp. 761-792.

<sup>22</sup> Art. 163 CE: «Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos».

Que la función jurisdiccional constituya una «*función responsable*», la Constitución de 1978 lo pone de manifiesto, por una parte, garantizando en su art. 9.3 una serie de principios, entre los cuales destaca «*la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los Poderes públicos*»; por otra, citando la responsabilidad en su art. 117.1, entre las características que deben acompañar jueces y magistrados en la administración de Justicia.

Por otra parte, cabe destacar cómo la norma llamada a desarrollar la materia judicial, es decir, la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, rubrica su Título III «*De la Responsabilidad de Jueces y Magistrados*» (Arts. 405-427), disciplinando, en dos Capítulos distintos, la «*Responsabilidad penal*» (Cap. I)<sup>23</sup> y la «*Responsabilidad civil*» (Cap. II)<sup>24</sup> que se resuelven, respecti-

<sup>23</sup> En materia de responsabilidad penal de los magistrados señalamos: LLARENA CONDE, P., «Consideración puntual de determinados aspectos relativos a la responsabilidad penal de jueces y magistrados», en Estudios de derecho judicial, n.º 153, 2008 (Ejemplar dedicado a: La responsabilidad personal del juez), págs. 55-74; SOTO NIETO, F., «La responsabilidad penal de los jueces y magistrados», en La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, n.º 1, 1987, pp. 927-949; ORTEGA PÉREZ, F., «La exigencia de responsabilidad penal a jueces y magistrados: el antejuicio y su supresión», en Justicia: revista de derecho procesal, n.º 1, 1997, pp. 165-184; ZARZALEJOS NIETO, J. M., El proceso penal contra jueces y magistrados: (la especialidad del antejuicio), Centro de Estudios Judiciales, Madrid, 1992; BACIGALUPO ZAPATER, E., «La responsabilidad penal de jueces y fiscales en el estado democrático de derecho», en Díez RIPOLLÉS, J. L. (coord.), La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir, 2002, pp. 1191-1204; SOTO NIETO, F., «La responsabilidad penal de los jueces y magistrados», en Terceras Jornadas de Derecho Judicial, Vol. 2, 1987, pp. 1135-1174; MARTÍN-GRANIZO FERNÁNDEZ, M., «Reflexiones sobre la responsabilidad de jueces y magistrados», en Terceras Jornadas de Derecho Judicial, Vol. 2, 1987, pp. 1175-1204.

<sup>24</sup> En materia de responsabilidad civil de los magistrados señalamos: ALVAREZ SANCHEZ, J. I., «La responsabilidad civil de jueces y magistrados, abogados y procuradores», en ALVAREZ SANCHEZ, J. I. (dir.), Cuadernos de derecho judicial, n.º 7, 2003, pp. 19-66; FERNÁNDEZ HIERRO, J. M., Responsabilidad civil judicial, Editorial Aranzadi, 1987; ATIENZA NAVARRO, M. L., La responsabilidad civil del juez, Tirant lo Blanch, 1997; GARCÍA MANZANO, P., «Responsabilidad civil de Jueces y Magistrados», en Revista de administración pública, n.º 117, 1988, pp. 99-152; GARCÍA VARELA, R., «La responsabilidad civil de los jueces y magistrados», en La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, n.º 2, 1999, pp. 1857-1863; RAYÓN BALLESTEROS, M. C., «Aspectos sustantivos y procesales de la responsabilidad civil de los jueces y magistrados», en Anuario jurídico y económico escurialense, n.º 29, 1996, pp. 301-342; RODRÍGUEZ ALIQUE, M. A., «Algunas reflexiones sobre la responsabilidad civil de jueces y magistrados», en Justicia: revista de derecho procesal, n.º 3, 1988, pp. 613-626; PUIG I FERRIOL, L., «Apuntes sobre la responsabilidad civil de jueces y magistrados después de la vigencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero», en Revista jurídica galega, n.º 30, 2001, pp. 13-30; y siempre del mismo autor, «Responsabilidad civil de los jueces y magistrados», en MORENO MARTÍNEZ, J. A. (coord.), Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio, 2000, pp. 469-488; MONTERO AROCA, J., «Sobre la responsabilidad civil de los Jueces», en Estudios de derecho procesal: en honor de Víctor Fairén Guillén, 1990, pp. 335-356.



vamente, por la vía del proceso penal y por la vía del proceso civil. Asimismo, la Ley Orgánica recoge un tercer Capítulo dedicado a la «*Responsabilidad disciplinaria*» (Cap. III) de la que es competente el órgano de gobierno del Poder Judicial: el Consejo General del Poder Judicial (art. 122 CE)<sup>25</sup>.

Por último, la Constitución, en una dimensión íntimamente relacionada con el principio de responsabilidad, asegura en su art. 121 que «*los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la Ley*». En este sentido, la Carta de 1978 introduce un mecanismo de indemnización a cargo del Estado (elevado a la calidad de «responsable objetivo») para las víctimas de perjuicios causados por errores judiciales o por funcionamiento anormal de la Justicia.

### 2.1.3. El principio de exclusividad

Cómo establece el art. 117.3 CE «*el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan*». Asimismo, el cuarto párrafo reitera que «*los Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior y las que expresamente les sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho.*»

Estas dos normas consagran, en positivo y en negativo, el principio de exclusividad de la jurisdicción, por el que, por un lado, los jueces no pueden ejercer otra función que no sea la de administrar la Justicia, y por otro, nadie puede ejercer esta misma función encomendada a los jueces<sup>26</sup>.

<sup>25</sup> Más en concreto, la Ley Orgánica la LOPJ distingue entre tipos distintos de faltas disciplinarias, discriminando entre faltas leves (sancionadas con apercibimiento o sanciones pecuniarias); faltas menos graves (sanciones de mayor cuantía, traslados forzosos); y faltas graves (suspensión, separación definitiva de la carrera y pérdida del empleo). Acerca de la responsabilidad disciplinaria de jueces y magistrados, señalamos VACAS GARCÍA-ALÓS, L., «La responsabilidad disciplinaria de jueces y magistrados», en *Estudios de derecho judicial*, n.º 153, 2008, pp. 267-340; y del mismo autor, «Ética pública, deontología judicial y responsabilidad disciplinaria de jueces y magistrados», en *Manuales de formación continuada*, n.º 24, 2004, pp. 137-234; RUIZ VADILLO, E., MUÑOZ CAMPOS, J., «La responsabilidad disciplinaria de los jueces y magistrados», en *Terceras Jornadas de Derecho Judicial*, Vol. 2, 1987, pp. 1245-1279; REQUERO IBÁÑEZ, J. L., «Responsabilidad disciplinaria de jueces y magistrados», en *Actualidad administrativa*, n.º 27, 1995, pp. 433-454.

<sup>26</sup> Acerca del principio de exclusividad de la jurisdicción, recordamos CHOCHRÓN GIRÁLDEZ, A. M., «La exclusividad y la unidad jurisdiccionales como principios constitucionales en el ordenamiento jurídico español», en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n.º 113, mayo-agosto de 2005, pp. 651-687.

El Tribunal Constitucional ha aclarado algunos de los efectos de dicho principios en dos Sentencias distintas. Así, en la Sentencia n.º 1/1981, de 26 de enero, relativa a la eficacia jurídica de los Tribunales Eclesiásticos, el supremo intérprete de la Constitución subrayó cómo dichos Tribunales carecen de facultades para que sus resoluciones produzcan efectos civiles en los casos de procesos canónicos de separación, afirmando que *«los procesos de separación matrimonial, para que produzcan efectos civiles, tendrán que seguirse ante los jueces ordinarios, siguiendo lo dispuesto en el artículo 117.3 de la Constitución española y el artículo 51 de la LEC.»*

Por otra parte, en la Sentencia n.º 23/1985, de 15 de febrero, el Tribunal Constitucional reconoció, en materia de proceso penal, que *«la fijación de los «hechos» del proceso, y la valoración o apreciación de los medios de prueba tendentes a definir la quaestio facti del proceso penal corresponde a la exclusividad del Juez que conoce la causa y sólo revisable [...] en las instancias superiores incardinadas en la organización judicial penal.»*

#### 2.1.4. El principio de unidad de la jurisdicción y la dimensión territorial del Poder Judicial en nuestro Estado Autonómico

El art. 117.5 CE establece que *«El principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales. La ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio, de acuerdo con los principios de la Constitución.»*

Asimismo, el art. 122 CE, reenviando al legislador orgánico la determinación del funcionamiento, de la constitución y del gobierno de los Juzgados y Tribunales, aclara que los Jueces y Magistrados de carrera *«formarán parte de un Cuerpo único»*.

Por su parte, la Ley Orgánica (a partir de ahora, LO) 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial declara en la primera parte del art. 3.1 que *«La jurisdicción es única y se ejerce por los Juzgados y Tribunales previstos en esta Ley»*<sup>27</sup>.

Como podemos ver, tanto la Constitución de 1978 como la legislación orgánica que desarrolla la materia judicial, dibujan dos características esenciales de la función jurisdiccional, es decir, su carácter unitario y, a la vez, su desconcentración, pues todo Juez o Magistrado que ejerce la jurisdicción es además representante del Poder Judicial.

---

<sup>27</sup> En realidad, numerosas otras normas son útiles para entender el alcance del principio de unidad del Poder Judicial. Así, por ejemplo, cabe recordar que el art. 122.2 CE indica que el gobierno de dicho Poder corresponde únicamente al Consejo General del Poder Judicial y que el art. 123.1 CE reconoce en el Tribunal Supremo *«es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales»*.

El principio de unidad, por otra parte, se sustancia en la prohibición de crear tribunales especiales o de excepción, es decir, tribunales convocados *ad hoc* o *ad hominem* y llamados a tratar y resolver casos determinados que se hayan producido antes de su convocación y, por lo tanto, en el más absoluto desprecio del criterio de predeterminación del juez.

Otra dimensión del principio de unidad de la jurisdicción es la que atañe a la repartición territorial del Poder. Así, si en las Comunidades Autónomas, a través de las cuales se organiza territorialmente el Estado español, asistimos a una separación en escala reducida de un Poder Legislativo (Parlamentos autonómicos) y de un Poder Ejecutivo (Gobiernos autonómicos), esto mismo no es posible predicarlo en relación a la función judicial. En efecto, la doctrina considera unánimemente que *–rebus sic stantibus–* el principio de unidad de la jurisdicción nos impide imaginar una descentralización del Poder Judicial en nuestro modelo territorial<sup>28</sup>.

Nos interesa, en este sentido, recordar la Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010, de 28 de junio, relativa a la impugnación del nuevo Estatuto Catalán, y en particular el Fundamento Jurídico n.º 42, por el que *«la función jurisdiccional, mediante la que tales normas [estatales y autonómicas] adquieren forma y contenido definitivos, es siempre, y sólo, una función del Estado. En definitiva, si el Estado autonómico arranca con una Constitución única, concluye con una jurisdicción también única, conteniéndose la diversidad de órganos y funciones en las fases del proceso normativo que media entre ambos extremos. La unidad de la jurisdicción y del Poder Judicial es así, en el ámbito de la concreción normativa, el equivalente de la unidad de la voluntad constituyente en el nivel de la abstracción. La estructura territorial del Estado es indiferente, por principio, para el Judicial como Poder del Estado.»*

Por otra parte, el mismo Tribunal Constitucional en su Sentencia 56/1990, de 28 de marzo, interpretando el reparto de competencias dibujado por el art. 149.1.5 CE, ya había señalado que, en relación con la materia judicial, dicho artículo *«hace imposible [para las Autonomías] asumir cualquier competencia al respecto, ni a través de cláusulas, ni a través de otro mecanismo»*.

A la luz de esta jurisprudencia, entonces, resulta claro que la única norma constitucional en virtud de la cual la distribución territorial del poder produce algún reflejo sobre la materia judicial, es el citado art. 152.1 CE, párrafo segundo.

<sup>28</sup> En este sentido, FRIAS, E., «La Administración...», ob. cit., p. 203; VIRGALA FORU-RIA, E., «El Poder Judicial en las comunidades autónomas», en IBARRA ROBLES, J. L., y GARCIA HERRERA, M. A., (Dir.), Estudios de derecho judicial. Ejemplar dedicado a: Poder Judicial y unidad jurisdiccional en el Estado autonómico, n.º 90, 2006, pp. 402; AGUDO ZAMORA, M., «La configuración del Poder Judicial en el Estado Autonómico», Centro de Estudios Andaluces, n.º 22, 2007, p. 4.

Según este artículo «*Un Tribunal Superior de Justicia, sin perjuicio de la jurisdicción que corresponde al Tribunal Supremo, culminará la organización judicial en el ámbito territorial de las Comunidades Autónomas. En los Estatutos de las Comunidades Autónomas podrán establecerse los supuestos y las formas de participación de aquéllas en la organización de las demarcaciones judiciales del territorio. Todo ello de conformidad con lo prevista en la ley orgánica del poder judicial y dentro de la unidad e independencia de éste.*»

Este precepto deja suficientemente claros algunos aspectos que consideramos oportuno detallar. En primer lugar, en cada Comunidad Autónoma, debe existir un Tribunal Superior de Justicia competente por una serie de asuntos que se hallan descritos en los Arts. 73-77 de la LO 6/1985. Sin embargo, la doctrina, a la luz del dictado constitucional, considera de forma unánime que dichas instituciones representan órganos estatales que, simplemente, se ubican en las Comunidades Autónomas. A la luz de esta reconstrucción doctrinal, debemos concluir que ni tan siquiera la existencia de los Tribunales Superiores de Justicia constituye un argumento válido para afirmar que el modelo constitucional español conoce una verdadera distribución territorial del Poder Judicial<sup>29</sup>.

Desde otra perspectiva y por lo que concierne a las demarcaciones judiciales en los territorios autonómicos, las conclusiones no pueden ser distintas. Así, en la misma Sentencia 56/1990, el Tribunal Constitucional recuerda que el art. 152.1, apartado dos, representa fundamentalmente una «*norma de remisión*». En este sentido, este precepto, por un lado, atribuye a los Estatutos autonómicos la competencia sobre la regulación de una serie de conteni-

<sup>29</sup> XIOL RIOS, J. A., «El papel constitucional del Tribunal Supremo», en GERPE LANDIN, M., (coord.), *La posición del Tribunal Supremo en el Estado Autonómico*. Seminario, Barcelona, 17 de mayo de 2007, Institut de Estudis Autònomic, Barcelona, 2008, p. 28. El autor recuerda que «El Tribunal Constitucional extrae la consecuencia (STC 25/1981, FJ 5) de que la relación de los órganos judiciales con la comunidad autónoma no es de pertenencia a una organización, sino de ubicación territorial. La unidad del poder judicial, pues, se erige en principio limitador frente a la diversidad propia del Estado compuesto». En este mismo sentido y, si cabe más, claramente, BACIGALUPO ZAPATER, E., «Tribunal Supremo y Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas (desde la perspectiva del orden jurisdiccional penal)», en GERPE LANDIN, M., (coord.), *La posición...*, ob. cit., p. 52, recuerda que «Sin duda, el art. 152 CE es ambiguo, pues pareciera que la organización y la jurisdicción de los tribunales superiores es cuestión del Estatuto y de la competencia de las comunidades autónomas, pero esto es sólo una apariencia. En la medida en la que la Administración de Justicia es nacional y los Estatutos son producto de una ley orgánica de la Cortes, aprobada mediante un procedimiento que bien podría ser denominado como de «codecisión», la primacía del Estado, surgida del art. 149, no experimenta una excepción en el art. 152.» Asimismo, GUZMAN FLUJA, V., «El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía», en TEROL BECERRA, M. J., (coord.), *Comentarios al Estatutos de Autonomía para Andalucía*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, p. 443.

dos («*los supuestos y las formas de participación [de las Comunidades Autónomas] en la organización de las demarcaciones judiciales del territorio*»), mientras por otro, remite a la propia Ley Orgánica del Poder Judicial la imposición de una serie de límites relativos a esas regulaciones<sup>30</sup>. Así, según el supremo interprete de la Constitución, la materia relativa a la demarcaciones judiciales constituye sí, una excepción respecto al principio por el que se impide a las Comunidades Autónomas asumir competencias en materia judicial. Sin embargo, es evidente que no resulta admisible fundar sobre un argumento tan débil ninguna teorización sobre la distribución territorial del Poder Judicial en España.

Para concluir nuestra exposición sobre el principio de unidad jurisdiccional, y sobre su articulación a nivel territorial, consideramos necesario hacer breve referencia a las fuertes contraposiciones doctrinales que se produjeron a raíz de la introducción de los Consejos de Justicia de las Comunidades Autónomas, consagrados en algunos de los –así llamados– «*Estatutos autonómicos de segunda generación*»<sup>31</sup>.

Cabe, en primer lugar, mirar a la LO 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña (EAC) y, más concretamente, a los Arts. 97-100 del mismo que describen la naturaleza y las competencias del Consejo de Justicia en esa Comunidad Autónoma. Las razones por las que mirar, principalmente, al Estatuto catalán de 2006 son evidentes. En primer lugar, se trata de entender que el modelo de Consejo de Justicia descrito por el EAC ha sido adoptado, en las formas y en los contenidos, también por otros Estatutos autonómicos con ocasión de sus reformas: así, *in primis*, por

<sup>30</sup> Así lo expone el Tribunal Constitucional: «nos encontramos, pues, con el juego de tres normas, las cuales en el presente supuesto integran el bloque de la constitucionalidad: la Constitución, norma habilitante, que abre la posibilidad de que las Comunidades Autónomas, a través de sus respectivos Estatutos de Autonomía, asuman competencias en la organización de las demarcaciones judiciales; los Estatutos de Autonomía, normas a través de las cuales y con fundamento en la previsión constitucional, las distintas Comunidades Autónomas han asumido competencias en la referida materia; y la LOPJ que ha establecido el marco en el que las Comunidades Autónomas han de ejercer las competencias asumidas por los Estatutos de Autonomía con fundamento en la previsión constitucional, es decir, ha articulado el ejercicio de las mismas».

<sup>31</sup> Así, en primer lugar, debemos recordar el art. 33.3 de la LO 1/2006, de 10 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana; el art. 96 de la LO 6/2006, de 18 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña; el art. 96 de la LO 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de las Illes Balears; el art. 144 de la LO 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía; el art. 64 de la LO 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón; el art. 42 de la LO 14/2007, de 30 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León; y, finalmente, el art. 52 de la LO 1/2011, de 28 de enero, de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

el de Andalucía de 2007 (véanse, en particular, su art. 144). En segundo lugar, debemos recordar los efectos *–inter partes, erga omnes* e interpretativos– de la STC 31/2010, de 28 de junio, que, resolviendo el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra distintas normas del EAC, ha, *de jure*, sancionado la inconstitucionalidad de algunos preceptos relativos al Consejo de Justicia catalán<sup>32</sup> y, *de facto*, de sus normas correspondientes en el Estatuto andaluz.

Así, para el Tribunal Constitucional, los Consejos de Justicia autonómicos no pueden constituir órganos de gobierno del Poder Judicial, paralelos y descentrados respecto al CGPJ, pues a la luz de la legislación actual, no existen premisas legales útiles para permitir una configuración de esas instituciones en estos términos.

Así lo manifiesta el Alto Tribunal cuando afirma que *«ni otra ley que no sea la Orgánica del Poder Judicial puede determinar la estructura y funciones de aquel Consejo dando cabida, en lo que ahora interesa, y en su caso, a eventuales fórmulas de desconcentración que, no siendo constitucionalmente imprescindibles, han de quedar, en su existencia y configuración, a la libertad de decisión del legislador orgánico con los límites constitucionales antes expresados»*.

Parece evidente, entonces, que el asunto relativo a los Consejos de Justicia Autonómicos ha constituido un caso emblemático de *«huida hacia adelante»* de los legisladores estatuyentes que no han sabido ni considerado oportuno esperar una necesaria reforma Ley Orgánica del Poder Judicial para poder dar vida a esos órganos autonómicos que *–de jure condido–* no tienen derecho de ciudadanía en nuestro sistema jurídico y constitucional.

### 3. LA NECESIDAD DE JUSTICIA EN NUESTRAS SOCIEDADES DEMOCRÁTICAS ACTUALES

Es difícilmente cuestionable la tesis por la que la idea de Justicia, su percepción e incluso su función han profundamente evolucionado en nuestras sociedades en esta última mitad de siglo.

<sup>32</sup> Así, CASTELLA ANDREU, J. M., («La Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010, sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña y su significado para el futuro del Estado autonómico», en Fundación Ciudadanía y Valores, Septiembre 2010, pág. 11) señala que «El Tribunal declara inconstitucionales las referencias al Consejo como órgano delegado del Consejo General del Poder Judicial para el gobierno del Poder Judicial en el ámbito catalán (art. 97); también son nulas buena parte de sus atribuciones (art. 98.2 a, b, c, d y e, y 3)9; los incisos «y con la participación del Consejo de Justicia de Cataluña» del art. 95.5 y 6, en relación con el nombramiento de los presidentes del TSJ y los presidentes de Sala del TSJ que propone el CGPJ; la referencia al Presidente del TSJ como Presidente del Consejo de Justicia de Cataluña (art. 99.1); y el recurso en alzada de los actos del Consejo de Justicia ante el CGPJ (art. 100.1)».

Merece la pena recordar las palabras de FIX-ZAMUDIO y COSSÍO DÍAZ<sup>33</sup> cuando afirman que *«la función jurisdiccional de nuestra época se encuentra sujeta a una profunda revisión en virtud de su creciente complejidad, ya que lo que se había concebido de manera tradicional como una actividad puramente técnica de resolución de conflictos jurídicos se ha transformado en uno de los servicios públicos esenciales del Estado contemporáneo.»*

Estas consideraciones llevan GARCÍA DE ENTERRÍA a reconocer que en nuestras sociedades modernas se está realizando un proceso de transformación del Estado de Derecho en Estado de Justicia<sup>34</sup>, tesis que el mismo TOHARIA retoma, recordándonos cómo la Justicia adquiere en la actualidad un protagonismo social antes desconocido, como consecuencia de un conjunto de factores de naturaleza evidentemente distinta (políticos, sociales, culturales, etc.)<sup>35</sup>.

Así, según apuntan dichos juristas, el deseo de una correcta aplicación de las normas jurídicas constituye un sentimiento irrenunciable para todo conjunto ciudadano, para una ciudadanía que, respecto al pasado, es hoy más formada y más informada, en definitiva, más consciente del alcance de sus prerrogativas basadas en el Derecho y por ello, más propensa a acudir al sistema de Justicia para conseguir la satisfacción de sus pretensiones por medio de los jueces<sup>36</sup>.

<sup>33</sup> FIX-ZAMUDIO, H., COSSÍO DÍAZ, J. R., El poder judicial en el ordenamiento mexicano, México Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 15.

<sup>34</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, E., Democracia, jueces y control de la Administración, Civitas, 3ª ed., Madrid, 1995.

<sup>35</sup> TOHARIA, J. J., La imagen de la Justicia en la Sociedad Española – Séptimo barómetro de opinión, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, pp. 5-24. Este jurista señala, entre otros, cuatro procesos de cambio que, en su opinión, dibujan un nuevo papel institucional de la Justicia en la realidad actual. En primer lugar, TOHARIA pone en evidencia el espectacular crecimiento del sistema legal y su tendencia a abarcar todos los aspectos más comunes e incluso más complejos de la convivencia civil; por otro lado este jurista subraya la emersión de una nueva cultura jurídica más consciente de sí y que tiende a la afirmación, reclamación y defensa de los derechos individuales; en tercer lugar, otro proceso fundamental en nuestro contexto social es la «judicialización de la vida pública» por la que los Tribunales de Justicia amplían su ámbito de acción a espacios que antes se consideraban fundamentalmente políticos; por último, TOHARIA hace referencia a la mayor importancia que cobra el sistema de Justicia en el correcto desarrollo económico del país.

<sup>36</sup> Estas consideraciones llevan FRIEDMAN, L. M., (Total Justice, Russell Sage, New York, 1994) a hablar de «Justicia total» para describir una tendencia propia de estos últimos 50 años en los que, como TOHARIA eficazmente describe (La imagen... ob. cit., pág. 15) «El azar, el accidente, lo imprevisible o lo inevitable tienden a ser factores de disculpa cada vez menos aceptables socialmente. La idea ahora dominante es que tras todo daño o perjuicio hay una culpa y por tanto una obligación de resarcimiento. Y lo que se espera del sistema legal es que garantice que alguien esté obligado a prever toda posible contingencia negativa, del tipo que sea, que su evitación sea competencia y responsabilidad de alguien, y que caso de producirse un daño alguien haya de compensar a las personas que resulten afectadas.»

Desde estas perspectivas, el sentimiento primordial de Justicia es hoy más fuerte, mientras que, de manera inexorable, los ámbitos de nuestra convivencia que se encuentran regulados por normas jurídicas se hacen, cada vez, más amplios.

La necesidad de Justicia de nuestras sociedades democráticas es, hoy día, más presente y, por ende, presupone el máximo esfuerzo de los Poderes públicos para asegurar un sistema judicial eficaz y efectivo, para asegurar, en otras palabras, un servicio público –esencial y necesario– provisto de las máximas garantías previstas por la Ley.

A través de las páginas que siguen y tras una breve descripción de los aspectos fundamentales que caracterizan y definen el Estado Social, nos proponemos demostrar cómo la Justicia y su administración, tradicionalmente configuradas en términos de Poder por la doctrina liberal, adquieren hoy una fisionomía renovada, cercana a la de un verdadero servicio público que todo Estado Social debería proveer a sus ciudadanos respetando unos principios y garantías orientados al logro de los niveles más altos de calidad y eficacia.

### 3.1. *Estado Social y función judicial*

Tras la Segunda Guerra Mundial, la cláusula del Estado Social hace su aparición en las Constituciones de la mayor parte de los países europeos<sup>37</sup>, con formas distintas y con proclamaciones más o menos manifiestas y explícitas<sup>38</sup>.

---

<sup>37</sup> Así, GONZÁLEZ MORENO, B., *El Estado Social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, Civitas, Madris, 2002, p. 29. Sin embargo, algunos estudiosos consideran posible adelantar a la segunda mitad del siglo XIX las primeras formas de Estado Social o «asistencial». En este sentido, CONTI, F., SILEI, G., (*Breve storia dello Stato Sociale*, Roma, Carocci) reconocen que la primera manifestación de Estado Social moderno se debe al canciller alemán BISMARCK y a la introducción de un sistema de seguros obligatorios para los casos de enfermedades, al que seguirán seguros contra infortunios, pobreza, vejez, discapacidad y muerte del cabeza de familia.

<sup>38</sup> Pensamos, por ejemplo, al art. 20 de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania que recita «La República Federal de Alemania es un Estado federal democrático y social»; o al art. 1 de la Constitución de la República Francesa de 1958 por el que «Francia es una República indivisible, laica, democrática y social que garantiza la igualdad ante la ley de todos los ciudadanos sin distinción de origen, raza o religión y que respeta todas las creencias»; o al más reciente art. 1 de la Constitución Española de 1978 que proclama a «España como un Estado social y democrático de Derecho que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político».

En este catálogo, la República italiana parece ser una excepción, pues la Constitución Italiana de 1948 en ningún momento proclama Italia, de manera manifiesta, Estado social. Sin embargo, como puso en evidencia MORTATI, C., («art. 1», en BRANCA, G. (coord.), *Commentario della Costituzione. Principi Fondamentali*, Vol. 1, Zanichelli & Il Foro Ita-



No es un caso que este concepto de Estado, o esta orientación ideológica que asume la organización estatal haga su aparición en un momento de la historia de Europa (la segunda mitad del siglo XX) en el que las reivindicaciones sociales de las clases más desfavorecidas se hacen más fuertes.

Si con la afirmación del Estado liberal algunos principios democráticos basilares habían visto, por vez primera, su afirmación —es suficiente pensar en el derecho de sufragio, al derecho a la igualdad formal o al derecho a la libertad consagrados en las primeras declaraciones de derechos o en las primeras Constituciones liberales— la situación económica, social y cultural de los ciudadanos europeos de finales del siglo XIX había demostrado que tales logros, lejos de determinar una mejora de las condiciones de vida de las masas trabajadoras, se habían quedado sólo en un plano meramente teórico.

La importancia de frenar la tendencia expansiva de los principios liberales, en el ámbito político y económico, acompañada por la necesidad de establecer una serie mínima de garantías formales para garantizar el ejercicio efectivo de la igualdad y de libertad constituyeron algunas de las premisas para la afirmación del Estado social.

Así, como señalado anteriormente, en la fase sucesiva al segundo conflicto mundial, desde un punto de vista político, los mayores agentes sociales (partidos políticos, sindicatos, organizaciones empresariales) encontraron un acuerdo de síntesis en torno a una idea fundamental: conyugar dos principios aparentemente antitéticos —el principio de libertad económica y el de igualdad social— para identificar en dicha síntesis una nueva base legitimadora del Estado<sup>39</sup>.

La aparición del Estado social, de este modo, marca el ocaso del Estado del «*laissez faire*» en ámbito económico, es decir, del Estado que postula una autorregulación del mercado. Así, el Estado abandona toda actitud pasiva para hacerse mediador entre los agentes económicos y sociales, para promover la negociación y el encuentro de soluciones compartidas. De igual modo, en un sistema de producción de masas, el Estado desarrolla una función irrenunciable como factor de estímulo de la demanda y como agente estabilizador del empleo, de las relaciones salariales, etc<sup>40</sup>.

---

liano, Bologna-Roma, 1975, p. 45) que la Carta de 1948 no exteriorizara con una fórmula expresa el carácter social de la República italiana no legitima ninguna duda en mérito.

<sup>39</sup> GARCÍA COTARELO, M., Introducción a la Teoría del Estado, Ed. Teide, Barcelona, 1981; asimismo, AGUDO ZAMORA, M. J., MILIONE, C., MÉRIDA DÍAZ, S., La aportación de UGT-Andalucía a la construcción del Estado del bienestar en Andalucía, FUDEPA, 2010, p. 22.

<sup>40</sup> Como señala AÑÓN ROIG, en este contexto el Estado desarrolla una función fundamental para la regulación de la demanda agregada, la estabilización de los ciclos económicos, la intermediación para la obtención de mano de obra, la socialización de gran parte de los costes privados y el arbitraje del conflicto social para mantener la paz social. AÑÓN ROIG, M. J., GARCÍA AÑÓN, J., Lecciones de derechos sociales, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002.

Cómo podemos constatar, la fórmula del Estado social postula un mayor compromiso y una mayor capacidad de intervención en las dinámicas sociales, con el fin de conseguir lo que ROSANVALLON describe eficazmente cómo un «programa ilimitado: liberar a la sociedad de la necesidad y del riesgo»<sup>41</sup>.

Estas consideraciones, llevaron a HELLER a establecer un binomio inescindible entre el Estado y su función social al afirmar que esta es «la misión que tiene que cumplir como factor, como unidad de acción en la conexión de la actividad social»<sup>42</sup>.

Conceptos que se reafirman y refuerzan en el pensamiento de PÉREZ LUÑO por el que el Estado es el principal actor social llamado a asumir «la responsabilidad de proporcionar a la generalidad de los ciudadanos las prestaciones y servicios públicos adecuados para subvenir sus necesidades vitales, es decir, [la responsabilidad de velar] por lo que la doctrina germana ha calificado de *procura existencial*»<sup>43</sup>.

Si bien los contornos de esta «*procura existencial*» no pueden que ser definidos en relación a los aspectos concretos y a los problemas actuales de la sociedad en la que el Estado se encuentra a actuar, GARCÍA PELAYO consigue aclarar algunas de las medidas que constituyen el eje de esta función social: la elaboración de instrumentos aptos a hacer posible la existencia humana; la adopción de medidas dirigidas a garantizar la seguridad del individuo, así como la prevención de las situaciones de necesidad; la elaboración de políticas orientadas a la protección del medio ambiente; o la fijación de una serie de prestaciones sociales tales como el salario mínimo, el acceso al mundo laboral, el acceso a una vivienda, la protección de los ancianos, de los menores, de los minusválidos, o de los colectivos vulnerables, etc.<sup>44</sup>

En efecto, este constituye el terreno sobre el que se desarrolla la actividad del Estado social, en la persecución de tres objetivos esenciales distintos: la seguridad económica y social; la reducción de la desigualdad; la lucha a la pobreza.

Más concretamente, respecto a estos ejes fundamentales, es suficiente recordar cómo el art. 2 del Tratado de Roma, de 25 de marzo de 1957, por el que se constituye la Comunidad Económica Europea, reconoce en una «*elección acelerada del nivel de vida*» de los ciudadanos de los Estados miembros uno de los objetivos principales de la Comunidad misma. Igualmente, el art. 3 del mismo Tratado, determinando la creación del Fondo Social Euro-

<sup>41</sup> ROSANVALLON, P., *La crise de l'Etat-providence*, Ed. du Seuil, Paris, 1981, p. 33.

<sup>42</sup> HELLER, H., *Teoría del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 1974.

<sup>43</sup> PÉREZ LUÑO, A. E., *Los derechos fundamentales*, V Ed., Tecnos, Madrid, 1993, p. 193.

<sup>44</sup> GARCÍA PELAYO, M., *Las transformaciones del Estado Contemporáneo*, Alianza Universidad, Madrid, 1985, pp. 29-30.

peo, pone en evidencia cómo su objeto es el de *«mejorar las posibilidades de empleo de los trabajadores y contribuir a la elevación de su nivel de vida.»*<sup>45</sup>

Cabe recordar, la opinión de BRIGGS y DE PICÓ I LÓPEZ por los que el Estado de bienestar no representa sólo un Estado de servicios sociales dirigidos al uso de recursos humanos para abolir la miseria y asistir a los más desfavorecidos, sino que constituye un *«Poder organizado y usado deliberadamente a través de la política y la administración en un esfuerzo para modificar el juego de las fuerzas del mercado al menos en tres direcciones: primero, para garantizar a los individuos y familias una renta mínima independientemente del valor de mercado de su trabajo o su propiedad; segundo, reducir la amplitud de la inseguridad para facilitar a individuos y familias satisfacer ciertas contingencias sociales que de lo contrario conducen a crisis individuales y familiares; y, tercero, para asegurar que a todos los ciudadanos sin distinción de status o clase les sean ofrecidos los mejores estándares disponibles en relación a cierta gama acordada de servicios sociales»*<sup>46</sup>.

A partir de estas últimas reflexiones se hace posible reinterpretar, en un sentido distinto y diverso, las teorías relativas a la función judicial.

Si es cierto que el Estado social o Estado del bienestar es por definición aquella organización que pretende ofrecer a sus ciudadanos unos servicios esenciales inspirados a criterios de calidad —merece la pena recordar la expresión de BRIGGS, *«los mejores estándares disponibles»*— pues, en nuestra opinión, resulta difícil defender que el valor de estas mismas afirmaciones no concierne también a la función judicial.

De este modo, siguiendo GONZALEZ MORENO, es imposible pensar que esta configuración de la realidad política y civil que llamamos *«Estado social»* no considere cómo uno de sus objetivos prioritarios la aplicación del Derecho, la defensa de la ciudadanía y, por ende, el afianzamiento de un sistema judicial capaz de contribuir al logro de los propósitos comunes. Así, como el mismo

---

<sup>45</sup> Igualmente relevantes son los Arts. 117 y 39 del mismo Tratado. En concreto, la primera norma concerniente al caso de los trabajadores, reconoce «la necesidad de promover la mejora de las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores, a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso»; mientras la segunda norma, en materia de objetivos de la política agrícola, declara que uno de ellos será el de garantizar un nivel de vida equitativo a la población agrícola, en especial mediante el aumento de la renta individual de los que trabajan en la agricultura.

El conjunto normativo del Tratado, permitirá hablar del reconocimiento implícito del derecho a un nivel de vida suficiente, cuyo contenido mínimo coincidiría con el contenido del art. 11 del Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Civiles, de 19 de diciembre de 1966, es decir, con el derecho a la alimentación, ropa y vivienda suficientes. Vd. AGUDO ZAMORA, M. J., MILIONE, C., MÉRIDA DÍAZ, S., La aportación..., ob. cit., p. 22.

<sup>46</sup> PICÓ I LÓPEZ, J., Teorías sobre el Estado del Bienestar, Siglo XXI de España Ed., Madrid, 1987, p. 133.

GONZALEZ MORENO<sup>47</sup> afirma, una de las facetas más importantes de la procura existencial del Estado social afecta, sin duda, a «*la seguridad de los distintos aspectos vitales en la sociedad nacional, que incluye no sólo la defensa exterior, sino también la seguridad interior frente al delito y la subversión.*».

Es desde estas perspectivas y estas bases dogmáticas que consideramos posible ampliar a la administración de Justicia y a su función en el Estado social, este carácter de servicio público y esencial para toda la comunidad civil.

### 3.2. *¿Es el poder judicial un verdadero poder? Hacia una nueva configuración de la administración de justicia*

Sin duda alguna, toda elaboración doctrinal haya intentado determinar, en términos concretos y efectivos, la importancia de la Justicia en los contextos democráticos, coinciden en un punto: el Derecho y su aplicación garantizada por el sistema de Justicia representan bienes de suma importancia para toda organización estatal.

El mecanismo más eficaz de conservación y perpetuación de dicho bien consiste en una correcta administración de Justicia, presupuesto esencial de toda libertad y progreso. Por todo ello, es posible afirmar que la Justicia representa el fundamento de toda *res pública*<sup>48</sup>.

Como hemos podido comprobar a lo largo de estas páginas, en los Estados democráticos la aplicación del conjunto normativo constitutivo del ordenamiento jurídico –expresión auténtica de la voluntad general consagrada en la Ley– constituye una tarea encomendada a lo que se define como un «*Poder*» funcionalmente único y orgánicamente múltiple: el Poder Judicial.

Así, en nuestros modelos constitucionales, por un lado encontramos la actividad de producción normativa encomendada a los órganos legislativos –Parlamentos nacionales y territoriales–, mientras que por otro, la función de dirección política y administrativa de la cosa pública se confía en el Gobierno. En estos órganos se plasma y cobra vida lo que es posible definir cómo el «*momento político*» del Estado, un conjunto de funciones que se condensan en el ejercicio de una discrecionalidad de naturaleza ideológica, generadora de decisiones políticas que no encuentran otros límites sino en lo constitucionalmente admisible y en lo coyunturalmente oportuno.

La antítesis del «*momento político*», sin embargo es representado por los órganos constitutivos del Poder Judicial que simbolizan «*el momento jurídico*» del Estado<sup>49</sup>. Dichos órganos democráticos –pues llamados a aplicar el

<sup>47</sup> GONZÁLEZ MORENO, B., El Estado..., ob. cit., p. 46.

<sup>48</sup> SANTOSUOSSO, F., Il Consiglio Superiore della Magistratura. Principi e Precedenti. Legge istitutiva 24 marzo 1958, n. 195, Ed. Giuffrè, Milano 1958, pp. 3-7.

<sup>49</sup> Como afirma PÉREZ ROYO, J., («El proyecto de Constitución del Derecho público como ciencia en la doctrina alemana del siglo XIX», en Revista de Estudios Políticos, n.º

Derecho y sometidos únicamente al mismo— representan instrumentos imprescindibles para nuestras sociedades, pues ante ellos un vasto número de conflictos entre particulares, finalmente encuentra su solución jurídica.

Así, si «*en una sociedad organizada jurídicamente todos deben actuar jurídicamente y alguien debe determinar cuándo se actúa así*»<sup>50</sup>, jueces y magistrados representan esos sujetos institucionales encargados de realizar dicha determinación a través del análisis, interpretación y aplicación al caso concreto de las normas jurídicas abstractas.

En este sentido, el Poder Judicial realiza, en el marco de todo Estado de Derecho, una función de garantía democrática irrenunciable: contribuye a asegurar que la soberanía popular, cristalizada en normas a través del procedimiento legislativo, pueda producir sus efectos en el ámbito jurídico y en la vida real. Un sistema político verdaderamente democrático sólo puede serlo en la medida en que la participación ciudadana actúa como presupuesto para la creación de normas de Derecho inspiradas a criterios de Justicia, y sólo a condición de que exista un conjunto de órganos judiciales llamados a dar aplicación y —finalmente— eficacia concreta a estas normas.

Este postulado implica, entonces, que la desconfianza en la función judicial y en su capacidad de llevar a cabo esa difícil labor, no puede que determinar el ocaso del sistema democrático, ante la incapacidad del mismo de garantizar la vigencia y la efectividad de la ley y del Derecho<sup>51</sup>.

Así, sobre estas bases, podemos afirmar que el núcleo esencial de la función jurisdiccional atribuida al Poder Judicial en ello consiste, en la correcta interpretación y aplicación de las normas jurídicas.

Como hemos visto hablando del pensamiento de MONTESQUIEU, las teorías que predicán la separación de los Poderes del Estado constituyen algunos

---

1, 1978, p. 6) «el Estado moderno [...] es ante todo una realidad política, en cuya constitución no interviene el Derecho de manera determinante. El Derecho interviene a posteriori como elemento de conformación, de configuración de esa realidad política que es el Estado. Se trata, por tanto, de ver qué conexión existe entre estos dos momentos: el momento político y el momento jurídico...». Por otra parte y desde otra perspectiva, el mismo TOCQUEVILLE, A., (La democracia en América, Alianza Ed., Madrid, 1980, Vol. 1, p. 254) afirmaba que «casi no hay cuestión política en los Estados Unidos que no se resuelva, pronto o tarde, en una cuestión judicial».

<sup>50</sup> NAVARRETE BARRUETO, J., «El poder del Poder Judicial», en Revista chilena de derecho, Vol. I, núm. 1, 1974, p. 74.

<sup>51</sup> En este mismo sentido se expresa SHUCK, P. H., («El Poder Judicial en una democracia», en SELA (Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política), Papers, n.º 31, 2004, p. 1) cuando rotundamente afirma que «sin tribunales no hay gobierno y, ciertamente, no hay democracia», aunque también añade «incluso, regímenes no democráticos como la Alemania Nazi, la China Comunista y la antigua Unión Soviética han acudido a los tribunales como mecanismo de ayuda para implementar, de manera impositiva, políticas públicas de carácter arbitrario, así como para hacer cumplir tales dictámenes particulares en la medida en la que dichos tribunales lo permitían».

de los dogmas más han influido en la construcción de nuestro constitucionalismo moderno.

Sin embargo, más de tres siglos más tarde y después de la consolidación de nuestros modelos democráticos, es legítimo preguntarse qué queda de esos postulados concebidos a lo largo del siglo XVIII, y si no cabe la oportunidad de revisarlos para que puedan responder mejor a nuestras exigencias actuales.

Un dato de partida parece irrefutable: en nuestros modernos Estados constitucionales la idea de un «*Poder*» encargado de la función judicial, es mayoritaria y casi incontrovertible, de modo que, plantear una alternativa a esas posturas doctrinales no solo puede parecer, en principio, algo desacralizante sino incluso una auténtica herejía<sup>52</sup>.

Sin embargo, es interesante constatar que la configuración actual de la función judicial en términos de «*Poder*», se debe fundamentalmente a dos tipos distintos de premisas (algunas de carácter dogmático y otras de naturaleza empírica) que no sólo es posible, sino también oportuno confutar.

Así, desde un punto de vista dogmático, es posible constatar que la función judicial ha adquirido la dignidad de «*Poder*» apoyándose –de manera falaz, es oportuno precisarlo– en la teoría de la separación de poderes de MONTESQUIEU.

Una lectura atenta de «*Del Espíritu de las Leyes*» no nos permite afirmar que el ilustre pensador francés imaginara o deseara entregar la administración de justicia a un conjunto de funcionarios o burócratas. Como hemos podido evidenciar en el párrafo inicial, MONTESQUIEU deseaba que el «*Poder de juzgar*» estuviera totalmente desligado de cualquier condición profesional, quería sin embargo, que dicha función pudiera ser desarrollada por comunes ciudadanos extraídos al azar del pueblo, para que éstos actuasen sólo como «*boca de la ley*», es decir, sin ningún poder de mitigar o refrenar la fuerza del Derecho<sup>53</sup>.

Por estas razones, este pensador negaba la posibilidad de configurar el «*Poder de juzgar*» en los mismos términos del legislativo o del ejecutivo, y por estas mismas razones lo etiquetaba con una serie de adjetivos incontrovertibles: «*nulo*» e «*invisible*». En otras palabras, para MONTESQUIEU, el «*Poder de juzgar*» no era, ni podía constituir, un verdadero poder.

Sin embargo, la errónea –desde nuestro punto de vista– interpretación del pensamiento del filósofo francés y su perpetuación en términos equivocados

<sup>52</sup> Por todo ello, como recuerda TOHARIA, J. J., («La imagen de la Justicia en la Sociedad Española. Séptimo barómetro de opinión», en Informe CEDOJ, Consejo General del Poder Judicial E-62J181, Noviembre 2000, pág. 31) «incluir a la Justicia en la nómina de servicios públicos obligados a rendición periódica y detallada de cuentas [resulta] una osadía o un despropósito».

<sup>53</sup> MONTESQUIEU, C.-L. de S., *Del espíritu...*, ob. cit., p. 237.

a lo largo del tiempo, representan sólo algunas de esas premisas que estimamos necesario confutar.

Como señala una parte de la doctrina<sup>54</sup>, otra razón de considerar que la función judicial constituye un poder del Estado se fundamenta en una desafortunada interpretación del proceso de evolución del liberalismo francés.

Así, como indica TAJADURA TEJADA, buena parte de la responsabilidad de equiparar la función judicial a un «poder», traería origen de un enésimo «malentendido»: olvidar que los dos modelos tradicionales de Justicia —el modelo jacobino y el modelo estadounidense— han servido, cada uno, para dar respuestas diversas a reivindicaciones igualmente distintas, otorgando carácter democrático a la función judicial por vías netamente opuestas.

Así, como es sabido, la soberanía popular en el modelo de justicia de Norteamérica se manifiesta a través de procesos electorales directos o indirectos —es decir, por medio de representantes— que otorgan a los jueces una legitimación democrática fuerte, manifiesta e inmediata. En razón de ello, entonces, es posible afirmar que el modelo estadounidense configura la función judicial como un verdadero «Poder del Estado», reconociendo a todo juez no sólo la prerrogativa y el deber de interpretar y aplicar las normas jurídicas, sino también el derecho de desaplicarlas —sin trámite intermedio alguno— cuando su ejecución pueda producir consecuencias de dudosa legitimidad constitucional.

Sin embargo, el modelo francés —forjado a raíz de las revoluciones liberales y generalmente adoptado en toda Europa— arranca de presupuestos radicalmente distintos: el «supuesto poder de los jueces» consiste sólo y exclusivamente en aplicar al caso concreto una norma general y abstracta; en ser «*la boca de la ley*» a la que están sometidos hasta el punto tal de deber manifestar su sumisión en la motivación de las resoluciones judiciales adoptadas, hasta el punto tal de no poder desaplicar directamente dichas normas, ni tan siquiera cuando sobre ellas recaigan dudas de constitucionalidad.

Así, ante este panorama, como afirma TAJADURA TEJADA «*sólo en virtud de una licencia terminológica podemos referirnos [en nuestros modelos europeos] a la Justicia como Poder*»<sup>55</sup> y es por este mismo motivo que —con excepción de la Constitución española de 1978—, la gran mayoría de las Constituciones europeas prefieren no adoptar la expresión «*Poder Judicial*» al momento de disciplinar el funcionamiento de esta función del Estado<sup>56</sup>.

<sup>54</sup> TAJADURA TEJADA, J. «Reflexiones en torno a la configuración del Poder Judicial como servicio público», en UNED. Teoría y Realidad Constitucional, n.º 8-9, 2.º semestre 2001/1.º semestre 2002, pp. 177-200; TOHARIA, J. J., Opinión Pública y Justicia, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, pp. 31-46; y sobre todo, APARICIO, M. A., Prologo a SIMON, D., La independencia del Juez, Ariel, Barcelona, 1985, p. VII.

<sup>55</sup> TAJADURA TEJADA, J., «Reflexiones...», ob. cit., p. 190.

<sup>56</sup> Véase la nota a pie de página n.º 11.

Resulta evidente, entonces, que nuestro modelo constitucional carece de justificaciones dogmáticas fuertes en fuerza de las que proclamar que la labor judicial constituye un clásico poder del Estado. Sin embargo, si esta carencia se produce desde la vertiente dogmática, desde un punto de vista empírico y práctico resulta mucho más difícil dudar del «efectivo poder» de los que se encuentran investidos nuestros jueces y magistrados. Todo resulta manifiesto sobre la base de consideraciones elementales.

En primer lugar, la idea de un «juez boca de la ley» es evidentemente utópica e ilusoria. En nuestra opinión, el inmenso poder de la función judicial descansa en la libre interpretación del Derecho por parte de todo juez o magistrado. Así, la supuesta sumisión a la Ley del Poder Judicial encuentra su punto de equilibrio –o de desequilibrio– en la facultad de extrapolar de la norma jurídica aplicable al caso concreto, un determinado significado en lugar que otro, sin que dicha labor pueda considerarse sometida a vínculos, con la única excepción de lo establecido por el art. 5 de la LOPJ.

En segundo lugar, nadie puede olvidar que la labor judicial, en virtud de la interpretación y aplicación del Derecho, acaba determinando el destino y la suerte de un número infinito y muy distinto de cuestiones de carácter público, social y económico. Por todo ello, el mismo TOHARIA puede afirmar que, en nuestro contexto actual, estamos asistiendo a un proceso lento e inevitable de «judicialización de la vida pública» es decir, a la «expansión del radio de acción de los tribunales de Justicia a asuntos de naturaleza política»<sup>57</sup>. Por otra parte, no es posible olvidar que una rápida y eficaz administración de Justicia produce repercusiones muy relevantes desde el punto de vista económico y, por lo tanto, en el crecimiento y desarrollo de un Estado<sup>58</sup>.

A estas consideraciones se añaden otras, como las que se detienen en el análisis de la función judicial como verdadero factor mediático en el seno de nuestras sociedades modernas. Así, aunque buena parte de la doctrina estime que el ámbito de la Justicia resulta poco apto a los mecanismos propios del mundo de la información<sup>59</sup>, es indudable que el Poder Judicial ha adquirido un fuerte protagonismo público. Así lo manifestó el mismo Presidente del CGPJ,

<sup>57</sup> TOHARIA, J. J., *La imagen...*, ob. cit., p. 17 y ss.

<sup>58</sup> Como afirma CAMPOS MORENO, J. C., («Modernización de la Justicia: un presupuesto de futuro», en *Presupuesto y gasto público*, n.º 58/2010, Secretaría General de Presupuestos y Gastos, Instituto de Estudios Fiscales, p. 29), «se advierte cómo paz social, desarrollo y justicia se encuentran en una indisoluble relación de dependencia». Si cabe, más claramente LÖSING, N., «Estado de Derecho, seguridad jurídica y desarrollo económico», en *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, n.º 6, 2002, pp. 273-298), afirma que el Estado debe garantizar la seguridad jurídica, pues sólo en virtud de esta misma es posible determinar un clima de confianza que constituye el presupuesto básico de todo desarrollo económico.

<sup>59</sup> En este sentido, ZARZALEJO SOLER, J., «Justicia mediática: tutela o ilusión», en *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Ve-*



DIVAR BLANCO, afirmando que «*el ejercicio de la jurisdicción [ha adquirido] un protagonismo público –o si se prefiere, mediático– inusual, poco imaginable décadas atrás, que hace que el trabajo de los jueces [...] trascienda en muchos casos del simple interés jurídico presente en los procesos [...] este nuevo panorama plantea nuevas variables cualitativamente relevantes en la relación entre el juez y la sociedad. La presencia de la justicia y de sus protagonistas en el espejo público de la sociedad, no deseada por muchos jueces [...] debe, no obstante, ser aceptada sin recelos, asumiendo con normalidad que probablemente nos encontramos ante un camino sin retorno.*»<sup>60</sup>

Como es evidente, todas estas argumentaciones que podemos considerar «de naturaleza empírica», (la importancia de la labor de interpretación del Derecho; las repercusiones políticas, sociales, públicas y económicas de la Justicia y su reflejo mediático) contribuyen, en su conjunto, a reforzar las tesis que describen la función judicial como un Poder público.

Sin embargo, como hemos podido constatar, desde un punto de vista dogmático, afirmar que en nuestro modelo constitucional la función judicial constituye un Poder del Estado, no encuentra suficientes argumentos a su respaldo.

#### 4. CONCLUSIONES. LA JUSTICIA: UN SERVICIO PÚBLICO ESENCIAL

Las reflexiones y los razonamientos que hemos venido desarrollando a lo largo de este trabajo, quieren constituir los presupuestos sobre los que basar una nueva configuración de la función judicial, una configuración más coherente con los principios democráticos de nuestro Estado y más próxima a la idea de «servicio público esencial».

En efecto, es suficiente considerar el alcance que la doctrina tradicional reconocer al concepto de «servicio público» para constatar que esta misma noción puede aplicarse a la función judicial. Así, para HAURIOU, es posible afirmar que un «servicio público» es «*un servicio técnico prestado al público de una manera regular y continua para la satisfacción de una necesidad pública y por una organización pública*»<sup>61</sup>, y que sus características principales consisten en la generalidad, uniformidad, regularidad y continuidad<sup>62</sup>.

nezuela, n.º 130, 2007, p. 329 y ss.; MOVILLA ÁLVAREZ, C., *El compromiso cívico del juez democrata: la labor periodística*, Barcelona, Ronsel, 1999.

<sup>60</sup> DIVAR BLANCO, C., «El Juez en la sociedad», CGPJ, disponible en línea en [http://www.poderjudicial.es/stfls/cgpj/PRESIDENCIA/DISCURSOS%20DEL%20PRESIDENTE/FICHERO/DiscursoApertura2010\\_1.0.0.pdf](http://www.poderjudicial.es/stfls/cgpj/PRESIDENCIA/DISCURSOS%20DEL%20PRESIDENTE/FICHERO/DiscursoApertura2010_1.0.0.pdf), págs. 19-20 (última consulta, 29 noviembre 2013).

<sup>61</sup> HAURIOU, M., *Precis de Droit Administratif*, Paris, 1919, IX Ed., p. 44.

<sup>62</sup> GORDILLO, A. A., *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo II – La defensa del usuario y del administrado, VII Ed., Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2006, p. 186.

En fuerza de todo ello, TOHARIA recuerda que un juez no representa un poder, ni directa, ni indirectamente la voluntad popular, desarrollando el papel propio de *«un funcionario altamente especializado a quien está encomendado un servicio público de particular relevancia, pero servicio público al fin»*<sup>63</sup>.

Como hemos visto, la razón por la que, a partir de la aprobación de nuestra Constitución en 1978, la función judicial ha adquirido –de manera injustificada, lo repetimos– las connotaciones propias de un «Poder público», descansan todas en la voluntad de ofrecer a dicha función una mayor y más fuerte garantía de exclusiva sumisión del juez a la Ley. De ahí, entonces, la creación de un órgano constitucional como el Consejo General del Poder Judicial, encargado de salvaguardar la independencia judicial no sólo respecto al resto de poderes, sino frente a todos, incluso respecto a los demás órganos jurisdiccionales del Estado.

Sin embargo, ese deseo legítimo de desvincular la función judicial de los demás poderes públicos ha acabado adquiriendo unos tintes confusos en nuestro contexto constitucional. Así, para una parte de la doctrina, la *«independencia funcional»* del Poder Judicial (es decir, la independencia de ejercicio en la labor de administración de la Justicia) se ha transformado en *«independencia de origen»*. De este modo, como afirma TAJADURA TEJADA<sup>64</sup>, la Justicia ha adquirido la apariencia de *«una institución que despliega su actividad al margen de los mecanismos de control propios de un Estado democrático. La Justicia independiente se desliza por este camino hacia la Justicia irresponsable.»*

Esta configuración ha determinado una serie de consecuencias y efectos negativos que, inevitablemente, por una parte, han interesado algunos aspectos funcionales y organizativos de la administración de Justicia –no última, la excesiva duración de los procesos– y, por otra, han apartado el Poder Judicial del binomio Gobierno-Parlamento<sup>65</sup>.

A la luz de estas consideraciones cabe preguntarse si una total o parcial reconfiguración del Poder Judicial en términos de «servicio público» podría servir a mitigar algunos de los problemas que la Justicia en España ha experimentado a lo largo de estos últimos años<sup>66</sup>.

<sup>63</sup> TOHARIA, J. J., La imagen... ob. cit., p. 37, recordando, a continuación, que por todo ello «la vigente Constitución Francesa elude utilizar la palabra «pouvoir» para aludir a la Justicia, utilizando en cambio el mismo término que empleara Montesquieu: «puissance»».

<sup>64</sup> TAJADURA TEJADA, J., «Reflexiones...», ob. cit., p. 196, citando en realidad, TOHARIA, J. J., «La independencia y la buena Justicia», en Derecho y sociedad, n.º 3, 1999.

<sup>65</sup> En este sentido, TAJADURA TEJADA, J., Reflexiones...», ob. cit., p. 197,

<sup>66</sup> Como evidenciado por los Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia reunidos en Albacete los días 3-5 de octubre de 2012, al denunciar las carencias estructurales, organizativas, tecnológicas y presupuestarias que presenta la Administración de

En nuestra opinión, la respuesta a esta pregunta debe ser positiva...con unos matices.

En primer lugar, reconocer que la función judicial no es ni puede constituir un Poder, significaría adoptar una postura más coherente con el modelo de Justicia por el que hemos optado a partir de 1978. Como sabemos y hemos visto, el modelo español en nada responde a las características del sistema norteamericano donde, en virtud de una legitimación democrática directa, los jueces sí representan un legítimo y verdadero «Poder Judicial».

Sin embargo, es cierto que estas disquisiciones doctrinales relativas a la posición constitucional del juez y a su mayor o menor emanación democrática, pueden importar en la medida en que una determinada configuración del modelo en lugar que otra, pueda servir a garantizar que la labor del sistema judicial sea más rápida, eficaz, eficiente y acorde a la legalidad.

Así, adoptar una configuración compatible con la noción de «servicio público», por un lado, podría permitir a la ciudadanía exigir a jueces y magistrados el respeto de unos «*estándares de calidad*» en el desarrollo de sus tareas y, por otra parte, consentiría a los miembros de la función judicial reivindicar con más fuerza y legitimación los medios humanos y materiales necesarios para ofrecer su servicio de manera conforme a dichos *estándares*.

En nuestra opinión hablar de la necesidad de alcanzar determinados niveles de calidad en la prestación de los servicios de Justicia no significa degradar la función judicial ni adoptar una perspectiva mercantilista asimilable a las que practican las empresas para medir sus resultados. Hablar de «*estándares de calidad*» para nosotros significa simplemente cumplir con el mandato constitucional consagrado en la Constitución y, particularmente, el art. 24 de la misma. Significa, en otras palabras, cumplir con los requisitos y las garantías que configuran la «*tutela judicial efectiva*» en todas sus vertientes.

Sin embargo, es evidente que despojar la función judicial del crisma de «*poder*» podría determinar un grave desequilibrio del sistema de *check and balances* descrito por MONTESQUIEU, que acabaría por registrar un neto predominio de los Poderes de naturaleza política (legislativo y ejecutivo). Así, desde nuestro punto de vista, no es posible defender la noción de «servicio público de Justicia» sin prever, simultáneamente, la adopción de instrumentos que vuelvan a reforzar los mecanismos constitucionales en defensa de la autonomía e independencia de la Magistratura.

Por lo tanto, no sólo sería necesario redefinir las competencias del CGPJ sino también el mecanismo a través del que se realiza la designación de sus miembros, con el fin de garantizar, por un lado, una mayor carácter democrático y, por otro, un mayor alejamiento de las lógicas partidistas propias de cierta política.

---

Justicia, situación que se ha visto agravada por una completa paralización de las inversiones en Justicia debido a la importante crisis económica.

Más allá de estas propuestas, lo que sí es imperativo es abandonar la idea de una Justicia defectuosa –por lo tanto, mejorable–, y sin embargo, irreformable. JOUBERT afirmaba que «*la Justicia es la verdad en acción*», quizás ya haya llegado el tiempo de actuar.

*TITLE: The Judicial Function in the frame of the Spanish Social and Regional State: Power or Public Service?*

*RESUMEN: El deseo común y compartido de una correcta aplicación de las normas jurídicas juega un papel fundamental en un proceso de transformación que está interesando, en la actualidad, nuestras estructuras democráticas. Estamos viviendo un proceso de transición entre el Estado de Derecho y el Estado de Justicia, con una ciudadanía más formada, más informada y, en definitiva, más consciente del alcance de sus prerrogativas basadas en el Derecho. Por otra parte, si la ciudadanía acude con más desentendimiento al sistema de Justicia, es también porque los ámbitos de nuestra convivencia que se encuentran regulados por normas jurídicas se hacen, cada vez, más amplios. Todo ello presupone el máximo esfuerzo de los Poderes públicos para asegurar que el sistema judicial sea eficaz, efectivo y respondiente a las garantías y a los principios que nuestra Constitución exige para nuestro Estado social y autonómico. Entre todos ellos destacan el principio de legitimación democrática y de sumisión del juez a la ley, el principio de responsabilidad, el principio de exclusividad, el principio de unidad de la jurisdicción y la dimensión territorial del Poder Judicial en nuestro Estado compuesto. Ante este panorama en evolución, cabe preguntarse si tiene sentido configurar la función judicial como un Poder Estatal, siguiendo la tradición de Montesquieu. En realidad, seguimos equiparando la función judicial a un «poder» sobre la base de un «malentendido». Hemos olvidado que los dos modelos tradicionales de Justicia –el modelo jacobino y el modelo estadounidense– han servido, cada uno, para dar respuestas diversas a reivindicaciones igualmente distintas, otorgando carácter democrático a la función judicial por vías netamente opuestas. Así, como es sabido, la soberanía popular en el modelo de justicia de Norteamérica se manifiesta a través de procesos electorales directos o indirectos –es decir, por medio de representantes– que otorgan a los jueces una legitimación democrática fuerte, manifiesta e inmediata. Sin embargo, el modelo francés –forjado a raíz de las revoluciones liberales y generalmente adoptado en toda Europa– arranca de presupuestos radicalmente distintos: el «supuesto poder de los jueces» consiste sólo y exclusivamente en aplicar al caso concreto una norma general y abstracta; en ser «la boca de la ley» a la que están sometidos. Nuestro planteamiento es el de volver a configurar la función judicial por lo que realmente es o debería ser: un servicio público esencial que el Estado debe proporcionar a la ciudadanía acorde a una serie de principios constitucionales y estándares de calidad. Este estudio, reflexiona sobre estas cuestiones.*

*PALABRAS CLAVES: Poder, judicial, servicio, público, principios, Constitución.*

*ABSTRACT: The common will of a correct application of the law, plays a central role in the process of transformation which is actually going on in our democratic societies. We are witnessing the evolution from the «rule of law» to the «State of justice» with a citizenship which is more conscious and aware of their own prerogatives based on Law. Moreover, the areas of our coexistence which are regulated by legal rules are, increasingly, broader. This is also a cause of this evolution. This whole situation requires the maximum effort of Public Powers to ensure that the judicial system is efficient, effective as stated by our Constitution and by those principles that define our Autonomic State. Among them stand out the principle of democratic legitimacy and judges submission to the law, the principle of responsibility, the principle of exclusivity, the principle of unity of the jurisdiction and the territorial dimension of the judiciary in our regional State. Given this evolution process, it is worth to consider whether it makes sense to set the judicial function as a State Power, following the Montesquieu's tradition. We still consider the judiciary as a «power» because of a «misunderstanding». We forgot that the two traditional models of Justice –the Jacobin model and the North American– has been useful to address different issues and to give different answers to equally distinct claims, granting a democratic status to the judicial function in opposite ways. Thus, as is well known, the democratic legitimation of the judiciary in North America occurs through direct or indirect elections which permit to configure it as a real power. However, the French model that followed the XVIII century revolutions and that has been generally adopted throughout Europe, is grounded on different premises: the «supposed power of the judges» lies exclusively in the application of a general and abstract rule to the case; in being «the mouth of the law» to which they are subjected. Our approach is to reconfigure the judiciary for what it really is or it should be: an essential public service that the State should provide the public according to a series of constitutional principles and quality standards. This study reflects on these issues.*

*KEYWORDS: Power, judiciary, service, public, principles, Constitution.*

*RECIBIDO: 13.10.2014*

*Aceptado: 26.11.2014*



# LA SEGURIDAD CIUDADANA COMO FUNCIÓN DEL ESTADO

M.<sup>a</sup> Josefa Ridaura Martínez

---

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN. 2. EL PROCESO DE INSTITUCIONALIZACIÓN DE LA SEGURIDAD. 3. LA ORDENACIÓN DE LA SEGURIDAD EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978. 3.1. *Clarificación conceptual*. 4. LA CONFIGURACIÓN DE LA SEGURIDAD CIUDADANA EN EL ARTÍCULO 104 CE. 5. LA SEGURIDAD CIUDADANA: FUNCIÓN DEL ESTADO. 5.1. *El sentido del servicio público*. 5.2. *La función del Estado*.

---

## 1. INTRODUCCIÓN<sup>1</sup>

La reciente reforma legislativa en materia de seguridad privada, así como la, hasta ahora, propuesta de reforma sobre seguridad ciudadana han generado un controvertido debate político, planteando cuestiones de máxima relevancia que afectan a uno de los temas medulares de la organización del Estado como es la garantía de la seguridad; que, sin embargo, no se corresponde cabalmente con la concepción doctrinal en esta materia, que se asienta sobre unos pilares más sólidos que los planteados en el marco de dicho debate.

Este trabajo tiene como objeto reivindicar, al calor de dicha sacudida legislativa en esta materia, la función de la Seguridad ciudadana como una función pública a desarrollar por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad; en tanto que exigencia constitucional, presupuesto de la salvaguarda de los derechos fundamentales y de las libertades públicas de los ciudadanos.

No obstante, esta tarea presenta importantes aristas vidriosas, derivadas de su construcción sobre conceptos polisémicos que dificultan sobremanera una construcción jurídica firme en su seno. En este sentido, nociones como

---

<sup>1</sup> Este estudio se enmarca en otro más amplio sobre la reciente Ley de Seguridad Privada.

las de servicio público, seguridad pública, orden público, y la propia noción de seguridad ciudadana presentan, como consecuencia de su vasta, y no siempre bien definida utilización por los poderes públicos, elementos, aspectos o vertientes no siempre fácilmente encajables en sus tradicionales configuraciones científicas.

## 2. EL PROCESO DE INSTITUCIONALIZACIÓN DE LA SEGURIDAD

La garantía de la seguridad se ha percibido como una necesidad humana desde los orígenes de la sociedad, dotándose ya en la antigüedad fuerzas a las que se confiaba este fin. En Grecia, Platón<sup>2</sup> proponía la división de las ciudades en tres clases: los gobernantes –que ejercerán el poder–, los guerreros y auxiliares, dirigidos por los gobernantes –encargados de defender la ciudad frente a los ataques externos y los desordenes internos– y los ciudadanos. Y, aunque no puede hablarse propiamente de una policía gubernativa, tal y como la entendemos hoy en día, si que existía, por un lado, un sistema de control social basado en la iniciativa privada, y, por otro lado, magistrados y funcionarios, que, actuando por cuenta de la polis, ejercían funciones propias de garantía de la seguridad<sup>3</sup>.

La República, en Roma, contó también con cuerpos que ejercían las funciones de policía: los ediles curules y plebeyos tenían asignadas funciones de vigilancia y mantenimiento del orden público<sup>4</sup>, ejerciendo misiones de policía urbana, y atribuyéndoseles el *ius mulctae dicendi*, que les facultaba para imponer multas a aquellos que alteraran el orden público<sup>5</sup>. Los ediles perdieron fuerza al llegar el Imperio, atribuyendo Augusto la función de policía a los *Praefectus Urbis*.

La caída del Imperio Romano dio paso al Régimen Feudal que condujo a la desmembración del poder; pues, ante la imposibilidad del monarca de defender el territorio frente a las agresiones externas, se crearon los feudos para detentarlo, contando éstos con sus propios ejércitos, sustentados por los pagos de los ciudadanos a cambio de los privilegios que los señores feudales les otorgaban. La necesidad de los monarcas de poner fin al dominio de los señores feudales, que suponía, al fin y al cabo, un peligro para sus pretensiones,

<sup>2</sup> PLATÓN, *La República*, Alianza Editorial, 2005.

<sup>3</sup> ANTOLEÍN GARCÍA, M. A., *La policía en Grecia de la polis al estado helenístico*, Tesis Doctoral, <http://eprints.ucm.es/tesis/fl/ucm-t28986.pdf> (última consulta, 19 mayo 2014), 2007.

<sup>4</sup> Quienes se ocupaban de la conservación de edificios así como de la organización y control de las fiestas con el fin de evitar consecuencias desagradables, ver VIÑAS, A., *Instituciones políticas y sociales en Roma: Monarquía y República*, Dykinson, Madrid, 2007, p.161.

<sup>5</sup> TORRENT, A., Voz «Aediles curules», en *Diccionario de Derecho Romano*, Madrid, 2005, p. 90.



condujo a que se viera en la creación de las ciudades el debilitamiento de los feudos. Además, la formación de las ciudades medievales buscó superar los constantes problemas de seguridad a los que contribuía la dispersión de los ciudadanos; favoreciendo la concentración en núcleos urbanos, y la formación de cuerpos, sobre todo militares, para mantener la seguridad.

Con la superación de las formas políticas preestatales, el nacimiento del Estado moderno, expresado inicialmente como absoluto, condujo a una concentración del poder en manos del monarca, rompiendo la dispersión característica del orden medieval feudal. El poder del Estado se sustentó doctrinalmente en la construcción de Bodino sobre la soberanía, que le confería un poder perpetuo e ilimitado<sup>6</sup>; surgiendo, entonces, un ejército permanente, muy distinto de las ocasionales tropas feudales. Del Leviatán, la construcción Hobbesiana del Estado absoluto<sup>7</sup>, para quien éste «es una inmensa máquina que aplasta, bajo su peso, a los hombres al precio de salvaguardar el orden»<sup>8</sup>, se evolucionó hacia un despotismo ilustrado, en el que el Príncipe debía asegurar el bien y la defensa de su pueblo<sup>9</sup>. La función principal del Estado sería la garantía del orden y de la seguridad<sup>10</sup>.

La aparición del Estado implicó, organizativamente, un cambio de titularidad de los medios reales de autoridad y administración, dejando de ser de titularidad privada para convertirse en propiedad pública, primero del rey y luego del Estado<sup>11</sup>. Este fue, pues, uno de los ejes esenciales de la construcción de esta nueva estructura política: la desaparición de la privatización del poder y la atribución de su titularidad al Estado; soporte del poder, su titular abstracto y permanente, en palabras de Burdeau<sup>12</sup>. La Seguridad pasó, en consecuencia, a considerarse monopolio del Estado –soberano–<sup>13</sup>, de forma

<sup>6</sup> BODINO, J., *Los Seis Libros de la República*, Tecnos, Madrid, 1992.

<sup>7</sup> T. HOBBS, al verse obligado a exiliarse debido a las circunstancias históricas, convirtió la salvaguarda de la seguridad en eje uno de los ejes centrales de su obra. El Leviatán será considerado por él como un magno artefacto que opera según leyes racionales con la misión de acabar con la inseguridad y asegurar la paz. *Leviatán*, Ed. Nacional, Madrid, 1979.

<sup>8</sup> Esta idea es también la sostenida, entre otros autores como por ejemplo S. PUFENDORF al considerar que el Estado se ha constituido, precisamente, para salvar la paz y la seguridad. Vid. BOTELLA, J. y otros, *El pensamiento político en sus textos*, Tecnos, Madrid, 1998, pp. 185 y ss.

<sup>9</sup> LUCAS VERDU, P., *Manual de Derecho Político*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 45 y ss.

<sup>10</sup> LOCKE, J., *Ensayo sobre el Gobierno Civil*, Aguilar, Madrid, 1980.

<sup>11</sup> HELLER, H., *Teoría del Estado*, Fondo de Cultura Económica, México, 1942, p. 146.

<sup>12</sup> BURDEAU, G., *Derecho Constitucional e Instituciones Políticas*, Editora Nacional, Madrid, 1981, autor que llamó institucionalización del Poder al acto por el que su fundamento se transfiere de la persona de los gobernantes a una entidad: Estado, pp. 23 y 29.

<sup>13</sup> Pero, es diferente la construcción de la soberanía de H. GROCIO, que llega a entender que el poder puede ser un derecho privado del gobernante, lo cual implica la privati-

que como expresara Max Weber éste tendría, también, el monopolio legítimo de la violencia<sup>14</sup>.

El tránsito del Antiguo Régimen a la Revolución liberal supuso el fin del poder absoluto del monarca, y con ello la sumisión del Estado al Derecho. De modo que, en el continente europeo, el origen de unas fuerzas públicas encargadas de la salvaguarda de la seguridad se puede situar en esta fase, cuando a finales del Siglo XVIII germina el Estado Constitucional tras la Revolución francesa. En efecto, el artículo 12 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 establecía que:

*«La garantía de los derechos del hombre y del ciudadano necesita de una fuerza pública; por lo tanto, esta fuerza ha sido instituida en beneficio de todos, y no para el provecho particular de aquellos a quienes ha sido encomendada».*

Dicho precepto ha sido objeto de diversas y antagónicas interpretaciones, al sorprender que un texto que tenía como piedra angular la garantía de los derechos, al mismo tiempo, los anudara a la existencia de una fuerza pública. Sin embargo, entendemos que el espíritu de dicho precepto era, no tanto limitar los derechos mediante la fuerza pública, sino –como se puede desprender tanto del tenor literal como contextual del mismo– afianzar la garantía de los derechos a través de una fuerza pública, en contraposición a la privada que existía en el estado de naturaleza. Esta fuerza pública, sería, así, como ha puesto de relieve Carbonell, una «consecuencia de la racionalidad que anima al Siglo de las Luces y de las tesis de Rousseau<sup>15</sup>», reforzando su sentido contractualista, y oponiendo ideológicamente la Declaración con el Antiguo Régimen<sup>16</sup>. La Declaración de Derechos, al situar a la fuerza pública como garante de los derechos, se hacía eco, asimismo, de las ideas de Locke y de Montesquieu<sup>17</sup> sobre la necesidad de un pacto entre los hombres para con-

---

zación del poder: *Del derecho de la guerra y de la paz*, vid. *El Pensamiento Político en sus textos*, ob. cit., pp. 159-168.

<sup>14</sup> WEBER, M., *La política como profesión* (traducción de Francisco Rubio Llorente), Editorial Alianza, Madrid, 1967.

<sup>15</sup> Que contó con un teórico por excelencia como ROUSSEAU, quien considera que el hombre es bueno por naturaleza, pero que las causas de sus males son la civilización y la propiedad, por lo que será necesario realizar un contrato social, en el que el único soberano será la «voluntad general», debiendo ejercerse por todo el pueblo, siendo la ley la expresión de dicha voluntad general, orientada siempre al bien común. En su concepción, la soberanía sólo puede pertenecer al pueblo. *El Contrato Social*, Alianza, 1980.

<sup>16</sup> CARBONELL, M., *En los orígenes del Estado Constitucional: la Declaración francesa de 1789*, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Editorial Iustitia, Perú, 2012, p. 100.

<sup>17</sup> Pero el Pacto de LOCKE se diferenciaba del Pacto de HOBBS, pues este último entendía que el hombre, en el estado de naturaleza, era un lobo para el hombre, estando en constante guerra entre ellos, lo que justificaba el pacto. Sin embargo LOCKE entendía que

servar, con seguridad, los derechos y los bienes, y dividir el poder, estableciendo pesos y contrapesos, para limitarlo y evitar su abuso para garantizar la libertad.

La explicación en la Declaración de una fuerza pública como garantía de los derechos, y no como fuerza represiva, es la que se corresponde con los postulados del propio Estado constitucional, que aparece configurado en el mismo artículo 16 de dicha Declaración, al establecer como exigencias de la Constitución la división de poderes y el reconocimiento de los derechos; que serán la finalidad primordial del Estado de Derecho. En efecto, como literalmente expresaba dicho precepto:

«*Toda sociedad en la cual no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución*».

La salvaguarda de la vigilancia del territorio se encomendó, entonces, a cuerpos jerarquizados y disciplinados, sujetos a la jurisdicción de las autoridades políticas; aunque, su función, centrada en la obtención de información para evitar los desordenes colectivos, y su dependencia del poder político favorecieron su carácter eminentemente represivo<sup>18</sup>. Además, dicha Fuerza pública tendría un papel muy limitado, por las propias particularidades del Estado de Derecho, de cuño liberal, caracterizado por la mínima intervención estatal; un Estado abstencionista que debía limitar su actuación para preservar la libertad individual y la propiedad; y, por tanto, centrado en asegurar el orden. Los excesos en la actuación del Estado justificarán las libertades resistencia, para preservar la esfera individual y la autonomía de la voluntad frente a los poderes públicos, alcanzándose su concreción en la máxima *laissez faire, laissez passer*, y operándose una separación Estado-Sociedad. Su crisis dará paso a un Estado Social en el que se le exigirá al Estado que intervenga: será un Estado intervencionista para procurar prestaciones sociales; inaugurándose, así, un nuevo constitucionalismo que supondrá la ampliación del ámbito funcional del Estado; en el que «las funciones tradicionales de regulación y policía, que comportan el ejercicio de autoridad, se complementan con la prestación de múltiples servicios»<sup>19</sup>.

---

el hombre era bueno por naturaleza y que el pacto nacía para garantizar los derechos, separando los poderes para evitar el abuso del poder: *Dos tratados sobre el Gobierno* (1690). MONTESQUIEU, *El espíritu de las leyes* (1784). A su vez, estas ideas del contrato diferirán del Contrato Social de ROUSSEAU quien busca valores distintos como la solidaridad, la amistad, el amor familiar, entre otros, valores diferentes a la defensa de la propiedad y de los derechos individuales.

<sup>18</sup> ANTON BARBERA, F. y SOLER TORMO, J. I., *Administración Policial. Legislación e investigación privada*, Tirant lo Blanch, Valencia 2010, p. 33.

<sup>19</sup> SANCHEZ MORON, M., *Derecho de la Función Pública*, Tecnos, Madrid, 2013, p. 33.

El constitucionalismo posterior a la Primera Guerra Mundial y, sobre todo, a la Segunda se sustentará en la fundamentalidad de los derechos y en su ordenación como elementos vertebradores del ordenamiento constitucional. Predominarán las construcciones doctrinales sobre la naturaleza Dualista de los derechos fundamentales (formuladas primero por K. Hesse<sup>20</sup> y seguida por su discípulo Häberle, entre otros), que predicarán la doble condición de los derechos: a) serán derechos subjetivos del ciudadano frente al Estado; y, b) también serán valores o elementos configuradores y fundamentadores del propio sistema político. Los poderes públicos, en consecuencia, estarán vinculados por el respeto y la garantía de los derechos fundamentales, que impregnarán la aplicación de todo el ordenamiento jurídico. En este contexto, las fuerzas públicas no podrán actuar más que como garantes de los derechos.

La Segunda Postguerra, además, abrirá paso al fenómeno de la internacionalización de los derechos, mediante la creación de organizaciones internacionales y regionales (Naciones Unidas y Consejo de Europa) cuyos textos introducirán unos estándares mínimos de garantía de los derechos<sup>21</sup>. Serán textos que erigrán la dignidad de la persona en un mínimo invulnerable, que, posteriormente se extenderá a las Constituciones<sup>22</sup> que verán la luz en ese momento histórico. Este nuevo constitucionalismo influirá decisivamente en la configuración de las fuerzas de seguridad, que dejaran de concebirse como elemento de represión, y pasaran a ser, ineludiblemente, elemento de protección de los derechos.

En efecto, la Creación de Naciones Unidas forjará en la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) como prioridad el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, así como el reconocimiento, fomento, y promoción de los derechos humanos. Particularmente, la Resolución 34/169, de 17 de diciembre de 1979, de la Asamblea General de Naciones Unidas, sobre *Código de Conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir*

---

<sup>20</sup> HESSE, K., «Significado de los derechos fundamentales», en *Manual de Derecho Constitucional*, E. BENDA, W. MAIHOFFER, H. J. VOGEL, K. HESSE, W. HEYDE (ed.), Madrid, 1996, p. 91 y ss..

<sup>21</sup> Como subraya Paola BILANCIA «El siglo XX ha sido para el ordenamiento internacional la fase histórica de compromiso con la protección de los derechos: intentando construir una barrera que impedía su violación por parte de los Estados e, intentando salvaguardar los «estándares» mínimos, el derecho internacional ha perforado los ordenamientos nacionales para introducir la ética común o, mejor, ese patrimonio de valores comunes que constituyen la esencia de los derechos humanos». «Las nuevas fronteras de la protección multinivel de los derechos», en *ReDCE*, n.º 6/2006, p. 256. Vid. también CRUZ VILLALON, P., «Formación y evolución de los derechos fundamentales», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 25/1989, p. 35 y ss.

<sup>22</sup> Constitución de la República Italiana de 1947; Ley Fundamental de Bonn de 1949; y la Constitución Portuguesa de 1976.

la ley, reafirma su sujeción a la protección de la dignidad humana, así como al mantenimiento y la defensa de los derechos humanos.

En el marco del Consejo de Europa cabe destacar el artículo 3 del Convenio Europeo de Derecho Humanos que establece la prohibición de la tortura o tratos inhumanos o degradantes; así como el *Convenio Europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes*<sup>23</sup>, de aplicación a las personas privadas de la libertad por una autoridad pública, siendo de especial aplicación a los policías. Además, la Resolución 690 de 1979, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, *Declaración sobre la Policía*, define unas reglas deontológicas de actuación de la policía, en el marco del sistema europeo de protección de derechos. Dicha Resolución parte del papel esencial que juega la Policía en la consecución de una sociedad en paz que disfrute del orden y de la seguridad pública para el pleno ejercicio de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales. En definitiva, dichas reglas deontológicas están orientadas a la protección de los derechos.

Todos estos instrumentos vienen a delimitar los principios y el marco de actuación de las Fuerzas de Seguridad que, en todo caso, ha de respetar y garantizar los derechos, proscribiéndose la arbitrariedad en su actuación.

### 3. LA ORDENACIÓN DE LA SEGURIDAD EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978

En España, la propia singularidad de nuestra agitada e inestable historia constitucional determinó el origen y la posterior evolución de las fuerzas públicas encargadas de la salvaguarda de la seguridad. Suele situarse como antecedente más directo del Cuerpo de Policía, concebida como fuerza pública, la Superintendencia General de Policía (1782), o, más concretamente, la Superintendencia General (1824); pero, lo cierto es que, la historia de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en España ha debido esperar veinte siglos hasta que el texto constitucional de 1978 los ordenara como cuerpos integrados por funcionarios públicos, con la misión de garantizar los derechos fundamentales y las libertades públicas.

El artículo 104 de la Constitución regula, bajo la dependencia del Gobierno, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, encomendándoles la misión de proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana.

Pero, a lo largo del articulado de la Constitución española de 1978, aparecen diversas acepciones del término «seguridad», que se refieren a categorías jurídicas distintas; por consiguiente, conviene, en primer término, reali-

---

<sup>23</sup> Número 126 del Consejo de Europa, hecho en Estrasburgo el 26 de noviembre de 1987.

zar una clarificación conceptual, de modo que podamos precisar con mayor certeza la naturaleza y la ordenación de la seguridad ciudadana en el texto constitucional.

### 3.1. *Clarificación conceptual*

#### a) La Seguridad Jurídica (art. 9.3 CE)

El principio de seguridad jurídica constituye uno de los principios esenciales del Estado de Derecho. En él, este principio, como expresa Perez Luño, es un **presupuesto** del Derecho, «pero no de cualquier forma de legalidad positiva, sino de aquella que dimana de los derechos fundamentales, es decir, los fundamentan el entero orden constitucional»; pero, además, cumple **función** del Derecho que asegura la realización de las libertades. «Con ello, la seguridad jurídica no sólo se inmuniza frente al riesgo de su manipulación, sino que se convierte en un valor jurídico ineludible para el logro de los restantes valores constitucionales»<sup>24</sup>.

La proclamación del Estado de Derecho en la Constitución española de 1978 se confirma desde su Preámbulo, al revelar la voluntad de la Nación española de establecer, entre otros principios, el de seguridad. Aunque, el primer precepto en el que aparece el término «seguridad» es el art. 9.3; en el que se formula como uno de los principios constitucionales básicos de nuestro ordenamiento jurídico. Este principio, presupuesto inexcusable en un Estado de Derecho, se traduce en la suma de la certeza y la legalidad, la jerarquía y la publicidad de las normas, la irretroactividad de la norma no favorable, así como la interdicción de la arbitrariedad. Estamos así ante un principio constitucional que confiere la certeza de cómo se van aplicar las normas, excluyendo la arbitrariedad en dicha aplicación. Esta seguridad jurídica ha de ser entendida como la certeza sobre el Ordenamiento jurídico aplicable y los intereses jurídicamente tutelados; como la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en la aplicación del Derecho; como la claridad del legislador y no la confusión normativa<sup>25</sup>.

#### b) El Derecho a la Seguridad personal

Por otro lado, el artículo 17 CE regula como un derecho fundamental la seguridad personal y la libertad individual, distinguiéndose de la seguridad

<sup>24</sup> PEREZ LUÑO, A. E., «La seguridad jurídica: una garantía del derecho y la justicia», en *Boletín de la Facultad de Derecho*, núm. 15/2000, p. 28

<sup>25</sup> La seguridad jurídica, (art. 9.3 C.E.), es un principio general del ordenamiento jurídico y, por otra parte, un mandato dirigido a los poderes públicos pero sin configurar derecho alguno en favor de los ciudadanos (SSTC 122/1987; 126/1987 15/1986, de 31 de enero.; 36/1991, de 14 de febrero; 46/1990, de 15 de marzo; 234/2001, de 13 de diciembre, entre otras.

jurídica en general, que garantiza el art. 9.3 de la Constitución (STC 122/1987, de 14 de julio). El contenido de ambos preceptos difiere sustantivamente: materialmente, mientras que la seguridad contemplada en el artículo 17 implica la ausencia de perturbaciones procedentes de medidas como la detención u otras similares que, «adoptadas arbitraria o ilegalmente, restringen o amenazan la libertad de toda persona de organizar en cualquier momento y lugar, dentro del territorio nacional, su vida individual y social con arreglo a sus propias opciones y convicciones». El derecho a la seguridad reconocido en el art. 17.1 de la C.E. es, así, el derecho a la seguridad personal y no a la seguridad jurídica que garantiza el art. 9.3 de la C.E. y que equivale, con fórmula obligadamente esquemática, a certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable y los intereses, jurídicamente tutelados<sup>26</sup>.

El derecho a la seguridad es pues, no un principio de ordenación del ordenamiento, sino un derecho fundamental, inherente al propio Estado de Derecho; que «debe entenderse en su acepción física como la libertad de la persona»<sup>27</sup>, distinguiéndose de otras acepciones de la seguridad, como la seguridad social, la seguridad pública, o la seguridad jurídica.

Además, el artículo 17 regula, no una función, como pueda ser la de la garantía de la seguridad pública, sino un derecho fundamental, objeto de recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

Pero, sobre todo, los términos que pueden inducir a mayor confusión a los efectos del tema objeto de tratamiento en este estudio son los de Seguridad Pública, Seguridad Ciudadana y el de Orden Público. «Esta indistinta utilización de estos conceptos, genera una confusión no únicamente terminológica sino de efectos considerables, los cuales pueden llegar a originar la desnaturalización de lo establecido por la Constitución»<sup>28</sup>. Por ello, conviene detenerse en su delimitación.

### c) Orden público: (arts. 16.1 y 21.2 CE)

En el Anteproyecto de Constitución se atribuía a las Fuerzas del Orden Público, bajo la dependencia del Gobierno, la misión de defender el ordenamiento constitucional, proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana<sup>29</sup>. Pero, fue la Ponencia constitucional la que cambió el nombre de Fuerzas de Orden Público por el de Fuerzas y Cuer-

<sup>26</sup> SSTC 15/1986, de 31 de enero de 1986, FJ 2; 15/1986, de 31 de enero de 1986. Vid. GARCÍA MORILLO, J.: *El derecho a la libertad personal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

<sup>27</sup> SERRA CRISTOBAL, R.: «El reconocimiento del derecho a la libertad y a la seguridad en el Tratado Constitucional de la Unión Europea», en CARRILLO, M. y LOPEZ BOFILL, H., *La Constitución Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 556

<sup>28</sup> FREIXES SAN JUAN, T. y REMOTTI CARBONELL, J.C: «La configuración constitucional de la seguridad ciudadana», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 87, 1995, p. 144.

<sup>29</sup> BOC, de 5 de enero de 1978.

pos de Seguridad<sup>30</sup>. La razón de este cambio operado por nuestro texto constitucional no fue casual, sino que el abandono del término orden público para definir la misión de los Cuerpos de Policía fue plenamente deliberado<sup>31</sup>, consecuencia de las connotaciones peyorativas que éste había tenido en la reciente historia española.

Para entender el rechazo tan enérgico que genera el término orden público en nuestro ordenamiento –calificado por Martín Retortillo como una «expresión odiosa»<sup>32</sup> parece conveniente que nos detengamos, al menos sucintamente, en la evolución que éste ha ido experimentando a lo largo de nuestra historia constitucional.

En la Constitución de 1812<sup>33</sup> ya se utilizó el término orden público, y, con posterioridad, también lo hicieron los textos constitucionales de 1837, 1845, 1869 y 1876; en todos ellos se hablaba de preservación del orden interior. Pero, la ampliación del concepto de orden público se produjo por medio de la legislación de desarrollo: la primera La Ley de Orden Público de 23 de abril de 1870 sólo admitía su aplicación en caso de graves desórdenes que dieran lugar a la suspensión de las garantías cuando así lo exigiera la seguridad del Estado en circunstancias extraordinarias<sup>34</sup>; sin embargo, los textos que le siguieron fueron ampliando, progresivamente, dicho contenido. En este sentido, la Ley de 1933 amplió extensamente las facultades del Gobierno para la defensa del orden público, así como los supuestos en los que éste podía entenderse perturbado. Pero, fue la Ley de 30 de julio de 1959, la que lo amplió desmedidamente conteniendo un listado inusitado de actos contrarios al mismo. El texto se expresaba en los siguientes términos:

*«El normal funcionamiento de las Instituciones públicas y privadas, el mantenimiento de la paz interior y el libre y pacífico ejercicio de los dere-*

<sup>30</sup> BOC, de 17 de abril de 1978, manteniéndose dicha formulación en los trámites sucesivos.

<sup>31</sup> CHINCHILLA MARIN, C.: *Legislación sobre Fuerzas y Cuerpos de Seguridad*, Tecnos, Madrid, 1986.

<sup>32</sup> MARTÍN RETORTILLO, L.: «El orden público como límite al derecho de libertad religiosa», *Bajo el signo de la Constitución*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1983, p. 298.

<sup>33</sup> Art. 170: «*La potestad hacer ejecutar las leyes reside exclusivamente en el Rey, y su autoridad se extiende a todo cuanto conduce a la conservación del orden público en lo interior, y a la seguridad del Estado en lo exterior*». Pero, la Constitución atribuía el mantenimiento del orden público al Ejército, produciéndose una injerencia militar en la vida civil, vid. IGLESIAS MACHADO, S., «La evolución del concepto de orden público a través de las Constituciones españolas hasta 1812», en *Revista de Derecho Uned*, núm. 7/2010, p. 393.

<sup>34</sup> Un estudio más amplio de esta evolución puede verse en IZU BELLOSO, M.J., «Los conceptos de orden público y seguridad ciudadana tras la Constitución de 1978», en *REDA* 58/1988, especialmente las páginas 7 y ss.



*chos individuales políticos y sociales, reconocidos en las Leyes constituyen el fundamento del orden público» (art. 1).*

Por su parte, el artículo 2 se refería al enunciado de los supuestos que podían entenderse contrarios al orden público de modo muy amplio y abierto; aunque su aplicación práctica todavía lo fue mucho más, llegándose a aplicar de modo represivo.

En consecuencia, los excesos en la interpretación y aplicación práctica del concepto de orden público por parte de las autoridades gubernativas, identificándose éste con autoritarismo y represión policial, provocaron el rechazo de los constituyentes del 78, desterrándolo deliberadamente del artículo 104 del texto constitucional. Ni la LO 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, ni la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, siguiendo la estela constitucional, utilizaron el término orden público como habilitador de sus competencias. Pese a ello, en el marco del Derecho Público, nuestro ordenamiento está plagado de referencias constantes al mismo, véase por ejemplo, la Ley de Extranjería cuando se refiere a la expulsión de extranjeros por amenazas al orden público (Artículos 57 y 58). Pero, sorprende más que sean los Estatutos de algunos Autonomías los que recurren a dicha noción; es el caso del Estatuto Catalán en el artículo 164. 5.a) que al regular las competencias de la Generalitat en materia de Seguridad Pública atribuye las funciones propias de seguridad ciudadana y el orden público a la Policía de la Generalitat-Mossos d'Esquadra. También el artículo 17 del Estatuto Vasco reserva la competencia de la Policía Autónoma a para la protección de las personas y bienes y el mantenimiento del orden público dentro del territorio autónomo.

Ciertamente, el concepto de orden público no es exclusivo del ordenamiento español, por lo que la aplicación excesiva que se hizo del mismo en el régimen anterior no puede hacerse extensiva a todo ordenamiento comparado, yendo su manejo ligado a las circunstancias históricas y políticas de cada Estado; en consecuencia, conceptualmente, no puede identificarse el orden público con una aplicación determinada del mismo. De hecho, la doctrina administrativista ha tratado en profundidad este concepto, ofreciéndonos valiosos estudios sobre su conceptualización y evolución.

En primer lugar, de la diversas nociones existentes de orden público, conviene precisar que la consideración del orden público como misión encomendada a las Fuerzas públicas es un concepto que, como indica Berriatua<sup>35</sup>, entra en la esfera del Derecho Público, escapando del orden público contemplado, por ejemplo, en el artículo 6.2 del Código Civil, que se refiere a él como límite para la inaplicación de la ley y de la renuncia de los derechos en ella contenidos.

---

<sup>35</sup> BERRIATUA SAN SEBASTIAN, J., «Aproximación al concepto de seguridad ciudadana», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 41/1995, p. 379.

En segundo lugar, cabe destacar, principalmente, dos<sup>36</sup> formulaciones divergentes de este concepto: en primer lugar, la noción metajurídica en la que se identifica el orden público como «buen orden de la comunidad» (Otto Mayer), que al no estar positivizado conduce a un planteamiento sociológico del mismo; concepción seguida también por Virga en Italia, quien no identifica el orden público con el Ordenamiento jurídico, sino con la tutela de bienes y principios esenciales para una convivencia civil, pero que no estén tomados en consideración por una norma jurídica<sup>37</sup>. En segundo lugar, y en contraposición a la anterior, se ha mantenido la concepción del orden público como orden jurídico, establecido por el Derecho para garantizar la libertad del ciudadano (Ranelletti). Pero, aún así, estamos ante un concepto indeterminado, que requiere su concreción<sup>38</sup>, debiendo entenderse en un sentido estricto como orden necesario para el ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas.

Nuestro texto constitucional de 1978 no entiende el orden público como *la misión* de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, sino como un límite al ejercicio de ciertos derechos fundamentales; ya no aparece, pues, «como una cláusula general habilitadora de poderes indeterminados a favor de las autoridades administrativas»<sup>39</sup>. En concreto, dos son los preceptos constitucionales en los que podemos encontrar la expresión «orden público»: por un lado, el artículo 16.1 que lo establece como límite a la manifestación de la libertad ideológica, religiosa y de culto; por otro lado, el artículo 21.2 al referirse a los límites del derecho de reunión en lugares de tránsito público y manifestación. Estos preceptos no descartan la opción del constituyente por una concepción metajurídica del orden público, ya que lo está circunscribiendo al orden público protegido por la ley. Ahora bien, dicha ley, ineludiblemente, ha de cumplir con los parámetros constitucionales de respeto a los derechos fundamentales y las libertades públicas.

Con acierto, la consideración de orden público como límite implícito, con carácter general, de los derechos fundamentales ha sido criticada por Carro<sup>40</sup>; pues la mención expresa en los artículos 16 y 21 CE del orden público descarta toda interpretación del mismo con carácter amplio. En efecto, «cual-

---

<sup>36</sup> Tema abordado en profundidad por CARRO FERNANDEZ-VALMAYOR, J.L., «Sobre los conceptos de orden público, seguridad ciudadana y seguridad pública», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 27/1990, p. 9 y ss.

<sup>37</sup> VIRGA, P., *La potestà di polizia*, Giuffrè, Milano, 1954, p. 19 y ss.

<sup>38</sup> Defendido en España por autores como DE LA MORENA DE LA MORENA y DE LA MORENA, L., «Los conceptos de «orden público» y de «seguridad ciudadana» en la reciente Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y su incidencia sobre policías autonómicas y municipal», en *REAL* 234/1978, pp. 289313

<sup>39</sup> IZU BELLOSO, M.J., «Los conceptos de orden público y seguridad ciudadana tras la Constitución de 1978», *ob. cit.* p. 11.

<sup>40</sup> *ob. cit.* p. 21

quier interpretación de la misma conducente a su configuración como cláusula general habilitadora de intervenciones administrativas limitadoras o restrictivas del ejercicio de los derechos constitucionales reconocidos resulta contraria a los mandatos constitucionales»<sup>41</sup>. La consideración del orden público como límite expreso al ejercicio de estos derechos fundamentales sólo admite una interpretación restrictiva, acorde con el principio *favor libertatis*; ya que toda limitación a un derecho fundamental ha de cumplir unas exigencias<sup>42</sup>, remarcadas por Tribunal Constitucional:

En relación con el derecho de reunión el Tribunal reafirma que su limitación requiere una motivación específica; por lo que han de aportarse las razones que llevan a la autoridad gubernativa a concluir que el ejercicio del derecho producirá una alteración del orden público...»<sup>43</sup>.

La misma interpretación restrictiva cabe hacer respecto al artículo 16 de la Constitución, ya que el artículo 3.1 de la Ley Orgánica 7/1980, de Libertad Religiosa, es más explícito a la hora de establecer los elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática, como límites a la libertad religiosa y de culto: la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública. Es cierto, que, pese a esta referencia a los elementos que integran el orden público, nos encontramos, claramente, ante concepto jurídicos indeterminados. Pero, de la interpretación del Tribunal Constitucional se infiere que la limitación del derecho por alteración del orden público ha de ser de tal magnitud que ponga en peligro la inte-

<sup>41</sup> FREIXES SAN JUAN, T. y REMOTTI CARBONELL, J.C., «La configuración constitucional de la seguridad ciudadana», *Revista de Estudios Políticos*, núm. 87/1995, pp. 148-149

<sup>42</sup> a) Deben contenerse en una norma con rango de ley que debe fijar de manera expresa, precisa, cierta y previsible el límite en cuestión. No caben delegaciones en materia de límites a los derechos fundamentales: el legislador no puede habilitar a otros poderes públicos para fijar los límites. (STC 292/2000); b) La «exigencia de que los límites de los derechos fundamentales hayan de ser interpretados con criterio restrictivo y en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos» (SSTC 159/86, 254/88). c) Asimismo, se desprende la necesidad de que toda restricción de los derechos deba estar justificada (STC 62/82, de 15 de octubre). d) Las limitaciones que se establezcan no pueden obstruir el derecho más allá de lo razonable (SSTC 53/1986, de 5 de mayo, 120/1990). e) Todo acto o resolución que limite derechos fundamentales ha de asegurar que las medidas limitadoras sean necesarias para conseguir el fin perseguido (SSTC 62/1982; 13/1985). f) Ha de atender a la proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en que se halla aquel a quien se impone (SSTC 37/89; 120/1990). g) Toda limitación de un derecho ha de respetar, en todo caso, su contenido esencial, no puede desvirtuar el derecho en sí (STC 11/1981). Si el límite al derecho fundamental afecta a su contenido esencial, en realidad no se está limitando el derecho, sino suprimiéndolo o privando a su titular de su disfrute.

<sup>43</sup> Entre otras, *vid* las Sentencias del Tribunal Constitucional 193/2011, de 12 de diciembre; 195/2003, de 27 de octubre; 96/2010, de 15 de noviembre; 301/2006, de 23 de octubre.

gridad de las personas o de los bienes o suponer un sacrificio desproporcionado de otros bienes y valores constitucionalmente protegibles<sup>44</sup>. Sólo razones convincentes e imperativas pueden justificar las restricciones de la libertad<sup>45</sup>.

En síntesis, el Alto Órgano, en relación con el concepto de orden público, ha ido perfilando su conceptualización hasta llegar a considerar que un componente esencial de dicho concepto lo constituye la garantía de los derechos fundamentales y de las libertades públicas<sup>46</sup>. Esta interpretación es, pues, la que se sostiene por la mayoría de la doctrina, ya que es la única que se puede sostener en un ordenamiento constitucional que gira sobre la fundamentalidad de los derechos, vinculando a todos, especialmente, a los poderes públicos, y los convierte en clave de bóveda de todo el edificio constitucional.

En consecuencia, que el constituyente descartara deliberadamente identificar la defensa de la seguridad y la salvaguarda del orden público, y concibiera a este último como un límite al ejercicio de determinados derechos, reafirma la tajante separación de la ordenación constitucional de ambos términos; de modo que no puede identificarse, al menos constitucionalmente, la función de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad con la preservación del orden público concebido como cláusula habilitadora de la vis expansiva de la función de éstas.

#### d) Seguridad pública

La Constitución de 1978 establece en el artículo 149.1. 29 la competencia exclusiva del Estado en materia de «*Seguridad pública, sin perjuicio de la posibilidad de creación de policías por las Comunidades Autónomas en la forma que se establezca en los respectivos Estatutos en el marco de lo que disponga una ley orgánica*».

En principio, de la lectura del precepto y de su ubicación, podría desprenderse que el constituyente está refiriéndose al término seguridad pública como un criterio delimitador de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Sin embargo, la competencia se delimita sobre una materia, y ésta ha de tener un contenido sustancial claro, para saber concretamente sobre que esfera puede actuarse; por ello, parece difícil que puede entenderse el término seguridad pública como un criterio, exclusivamente, de delimitación competencial. Sentado, pues, que la competencia en materia de seguridad gira sobre

---

<sup>44</sup> STC 193/2011: «solamente si la reiteración en el ejercicio del derecho fundamental provoca estos problemas de orden público, como puede suceder si se pretende la ocupación indefinida o excesivamente prolongada en el tiempo de un espacio de una manera que se ponga[n] en peligro los bienes y derechos que a las autoridades corresponde proteger, es admisible la medida de la prohibición, como se admitió en el caso examinado en la STC 66/1995, de 8 de mayo» (SSTC 284/2005, de 7 de noviembre, FJ 6 y 301/2006, de 23 de octubre, FJ 4)

<sup>45</sup> STC 96/2010, de 15 de noviembre.

<sup>46</sup> STC 19/1985, de 13 de febrero.

un contenido determinado que es necesario clarificar, varias precisiones cabe hacer al respecto: en primer lugar, en relación con la delimitación del contenido de la seguridad pública, ésta ha sido concebida como un bien constitucionalmente protegido cuyo objeto es «tanto la adopción de medidas preventivas ante peligros o riesgos calamitosos como la garantía de funcionamiento y eficacia de los entes y órganos públicos, la protección de los bienes públicos y el aseguramiento del cumplimiento de los deberes y obligaciones jurídicos, ya sea con medidas preventivas o de mantenimiento o de restablecimiento»<sup>47</sup>.

Si bien es cierto que materialmente, la seguridad pública tiene como objeto la protección de personas y bienes y el mantenimiento de la tranquilidad y el orden ciudadano; entendemos que dicho concepto se define también por el ejercicio de las competencias, a través de una doble vertiente: a) verticalmente, en atención a la competencia que el artículo 149.1.29 reserva al Estado en exclusiva. b) horizontalmente, en atención a los órganos competentes para garantizar dicha seguridad.

#### a) *La seguridad pública como criterio delimitador de competencias*

En primer lugar, el propio Tribunal concibe la seguridad pública como concepto delimitador de la competencia de los poderes públicos. Por un lado, al delimitar competencias en materia de seguridad, aborda la diferencia entre orden público y seguridad pública como criterio delimitador de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas, pero lo hace de forma poco satisfactoria. En efecto, en sus primeras Sentencias el Tribunal<sup>48</sup> partía de que el concepto de seguridad pública es una noción más precisa que la de orden público, al centrarse la primera en la actividad dirigida a la protección de personas y bienes, y al mantenimiento de la tranquilidad u orden ciudadano; mientras que el orden público incluye cuestiones, por ejemplo, como la salubridad, y, por tanto, es más amplio. Como puede advertirse, el Tribunal Constitucional está refiriéndose a un concepto de orden público que queda lejos del que nos hemos referido anteriormente como límite al ejercicio de determinados derechos fundamentales. El origen de esta imprecisión terminológica creo que está en el hecho de que en el caso que resuelve la Sentencia a la que nos estamos refiriendo dirime un conflicto de competencias entre el Estado y Cataluña<sup>49</sup>, cuyo Estatuto, como hemos podido apreciar con anterioridad, emplea el término orden público como competencia de Generalitat.

<sup>47</sup> FREIXES SAN JUAN, T. y REMOTTI CARBONELL, J.C.: «La configuración constitucional de la seguridad ciudadana», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 87/1995, p. 153

<sup>48</sup> STC 33/1982, de 8 de junio.

<sup>49</sup> Promovido por la Generalidad de Cataluña frente a la comunicación dirigida por el Gobernador civil de Barcelona al Consejero de Sanidad, y Seguridad Social de la Generalidad de 21 de septiembre de 1981, haciéndole saber la adopción de medidas en relación con determinadas partidas de mejillones en estado nocivo.

Por otro lado, escapa de nuestro objeto adentrarnos en la determinación competencial entre Estado y CCAA<sup>50</sup> en este campo, pues nuestro propósito se centra en clarificar conceptualmente la noción de seguridad en el ordenamiento constitucional; sin embargo, si que conviene aclarar que, si bien el concepto de seguridad ciudadana admite dos vertientes, una más amplia, a la que nos referiremos más tarde, y otra más estricta, el Tribunal Constitucional a la hora de delimitar competencias, opta por ceñir la estatal a la noción más estricta de seguridad pública<sup>51</sup>, admitiendo que también las CCAA puedan asumirlas en materia de seguridad pública, cuando afirma que para ello la necesidad de que esa <Comunidad Autónoma haya asumido en su Estatuto de Autonomía competencias en materia de protección de personas y bienes y de mantenimiento del orden público; es decir, en materia de «seguridad pública»><sup>52</sup>. Además, cuando confluyan otros títulos competenciales de la CCAA («espectáculos» y «policía autónoma»), su incidencia ha de ser valorada para que la invocación por el Estado de la «seguridad pública» no genere, sin mayor consideración, el desapoderamiento competencial de la CCAA<sup>53</sup>.

#### b) *Contenido material*

En un sentido amplio, la seguridad pública tiene como finalidad la protección de personas y bienes y el mantenimiento de la tranquilidad y el orden ciudadano, incluyendo según el propio Tribunal Constitucional, «un conjunto plural y diversificado de actuaciones, distintas por su naturaleza y contenido, aunque orientadas a una misma finalidad tuitiva de dicho bien jurídico». Desde esta perspectiva, la noción de seguridad pública puede ir más allá de

<sup>50</sup> Diversas son las CCAA que han previsto estatutariamente competencias en este orden: Andalucía: L.O. 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía (Artículo 65. Policía autonómica); Aragón: L.O. 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón (Artículo 76. Policía autonómica). Castilla y León: L.O. 14/2007, de 30 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León (Artículo 72 Competencias sobre seguridad pública. Cuerpo de Policía de Castilla y León). Cataluña L.O. 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña (Artículo 164. Seguridad pública.); Comunitat Valenciana L.O.1/2006, de 10 de abril, de reforma de la L.O.5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana (Artículos 49 y Artículo 55). Illes Balears L.O. 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears (Artículos 30, Artículo 33 Policía de las Illes Balears). L.O. 7/2010, de 27 de octubre, de reforma de la L.O. 13/1982, de 10 de agosto, de reintegración y mejoramiento del Régimen Foral de Navarra.; País Vasco: Ley Orgánica 3/1979, de 18 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para el País Vasco (art. 17).

<sup>51</sup> STC 117/1984, de 5 de diciembre.

<sup>52</sup> STC 172/2013, de 10 de octubre.

<sup>53</sup> SSTC 104/1989, de 8 de junio; 52/1993, de 11 de febrero, 313/1994, de 24 de noviembre.

la regulación de las intervenciones de la «policía de seguridad», es decir, de las funciones propias de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad; de modo que esas actividades policiales no agotan el ámbito material de lo que hay que entender por seguridad pública<sup>54</sup>.

Un ejemplo de esta concepción amplia es el art. 6.4 del Real Decreto 1997/1995, de 7 de diciembre, por el que se establece medidas para contribuir a garantizar la biodiversidad mediante la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres, en la que se exige que concurren para considerar autorizable el proyecto «consideraciones relacionadas con la salud humana y la seguridad pública». Otros aspectos y otras funciones distintas de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, y atribuidas a otros órganos y autoridades administrativas que integran el concepto de seguridad pública lo constituyen la «protección civil»<sup>55</sup>, que requiere para la consecución de sus fines la integración y movilización de recursos humanos muy heterogéneos y no sólo policiales; o la custodia, traslado y eventual destrucción de determinados productos estupefacientes y psicotrofos se incardinan en las materias «seguridad pública» y administración de justicia, entre otros.<sup>56</sup>

En definitiva, la Seguridad Pública, es un concepto amplio que no se ciñe, sólo, a la actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad; siendo ésta sólo una parte de la más amplia de seguridad pública; aspectos que trascienden de la mera actuación policial.

Esta noción de seguridad pública la comparte Ballbé quien entiende que, frente al concepto más ideologizado de orden público, la seguridad pública está en íntima relación con el cumplimiento de la ley, concibiéndose en un Estado democrático como la «protección de los bienes jurídicos colectivos y la vigilancia frente a los peligros que acechan a esos bienes», no ciñéndose dichos peligros a los desordenes en la calle, sino que abarcan también «las amenazas contra la salud, contra el medio ambiente, y, en definitiva, todas las actividades que puedan acarrear un daño grave e incluso irreversible para un sector de la sociedad, ya sea en materia de utilización de la energía nuclear, del transporte o de la producción alimentaria, entre otras»<sup>57</sup>.

<sup>54</sup> SSTC 33/1982, de 8 de junio, FJ 3; 104/1989, de 8 de junio, FJ 3; 235/2001, de 13 de diciembre, FJ 8; y 154/2005, de 9 de junio, FJ 5). 235/2001, FJ. 6; 172/2013, de 10 de octubre. SSTC 148/2000, de 104/1989, de 8 de junio, FJ 3, 33/1982, de 8 de junio, 117/1984, de 5 de diciembre, 123/1984, de 18 de diciembre, y 59/1985, de 6 de mayo),

<sup>55</sup> SSTC 25/2005, de 26 de febrero, FJ 6; 155/2013, de 10 de septiembre

<sup>56</sup> SSTC 104/1989, de 8 de junio; 123/1984, de 18 de diciembre; 133/1990, de 19 de julio; 54/1990, de 28 de marzo. Vid. más detalladamente, RUBIO LORENTE, F., «Tribunal Constitucional y seguridad ciudadana», en [http://www.uned.es/facdere/duque\\_ahumada/14/ponencias\\_XIV\\_seminario/8\\_Ponencia %20Francisco%20Rubio%20Llorente.pdf](http://www.uned.es/facdere/duque_ahumada/14/ponencias_XIV_seminario/8_Ponencia%20Francisco%20Rubio%20Llorente.pdf) (última consulta, 12 mayo 2014)

<sup>57</sup> BALLBÉ MALLOL, M.: «Diez años de seguridad y política autonómicas», en *Autonomías: Revista catalana de derecho público*, núm. 12/1990, pp-116-117.

### e) Seguridad ciudadana

Nuestro texto constitucional encomienda en el art. 104 a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, bajo la dependencia del Gobierno, la misión de proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana.

Al igual que los conceptos que hemos abordado hasta el momento, el de seguridad ciudadana es, también, «proteico y equívoco»<sup>58</sup>, ofreciéndose del mismo por parte de la doctrina científica diversas conceptualizaciones: omnicomprendivo de la actividad policial frente a todo tipo de peligros<sup>59</sup>. Protección de las personas y bienes frente a acciones violentas o agresiones, situaciones de peligro o calamidades públicas, distinguiéndose del orden público, (entendido como protección del libre ejercicio de los derechos fundamentales)<sup>60</sup>.

Frente a estas posiciones que, de una forma u otra, identifican la seguridad ciudadana con la actuación policial, algunos autores<sup>61</sup> entienden que existe una identificación entre seguridad ciudadana o pública, por lo que vienen a ser sinónimas, al entender que la Constitución emplea ambas en los artículos 104 y 149 con el mismo sentido, refiriéndose a la actividad de los Cuerpos de Policía.

Nosotros compartimos la posición doctrinal que<sup>62</sup> entiende que el concepto de seguridad ciudadana sólo coincide en parte con el de seguridad pública. En efecto, como hemos podido comprobar, la seguridad pública es un concepto amplio que abarca no sólo la seguridad en la calle, sino que incluye peligros o amenazas contra el medio ambiente, o la salud pública; mientras

<sup>58</sup> Como ha puesto de relieve DE LA MORENA DE LA MORENA y DE LA MORENA, L., «Los conceptos de ‘orden público’ y de ‘seguridad ciudadana’», *ob. cit.*, p. 31

<sup>59</sup> AGIRREAZKUENAGA, I., «La coacción administrativa directa», Civitas-Instituto Vasco de Administración Pública, Madrid, 1990, p. 366.

<sup>60</sup> CARRO FERNANDEZ-VALMAYOR, J.L., «Sobre los conceptos de orden público, seguridad ciudadana y seguridad público», en *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 27/1990. Conceptuación compartida por FERNANDEZ SEGADO, F., «Comentario al Artículo 104», en *Comentarios a la Constitución*, ALZAGA VILLAAMIL, O. (dir.), tomo VIII, Edersa, Madrid, p. ob. cit. p. 508.

<sup>61</sup> IZU BELLOSO, M.J., «Los conceptos de orden público y seguridad ciudadana tras la Constitución de 1978», en *REDA* 58/1988, pp. 244, 245 y 252.

<sup>62</sup> BARCELONA LLOP, J., «Comentario al Artículo 104», en *Comentarios a la Constitución española*, coord. por Mercedes Pérez Manzano, M., Borrajo Iniesta, I.; María Emilia Casas Baamonde, Mª. E. (dir.), Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. (dir.), Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2006, p. 1704. El autor considera que «frente a la amplitud de la seguridad pública, el de seguridad ciudadana «ha de entenderse en el sentido de situación de apacibilidad que permite a las personas el pacífico y sosegado ejercicio de su autonomía individual dentro del marco dispuesto por la ley... es un concepto que está muy próximo a la idea de tranquilidad en las calles o, si se quiere, a la ausencia de perturbaciones materiales que incomoden o dificulten el discurrir ordinario de la vida de la gente».



que la noción de seguridad ciudadana que utiliza el artículo 104 de la Constitución abarca las medidas de actuación policial, tanto de prevención como de reparación, que tienen como finalidad garantizar el desarrollo libre de la convivencia y del ejercicio de los derechos fundamentales.

#### 4. LA CONFIGURACIÓN DE LA SEGURIDAD CIUDADANA EN EL ARTÍCULO 104 CE

Como hemos visto, de acuerdo con el artículo 104 del texto constitucional, la garantía de la seguridad ciudadana corresponde a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, dependientes del Gobierno, a quien el artículo 97 le encomienda las funciones de dirección política y potestad reglamentaria sobre la seguridad ciudadana.

De la ubicación del precepto, así como de su contenido, cabe extraer una serie de consideraciones: en primer lugar, la inclusión de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en el Título IV confirma su naturaleza civil; diferenciándose de las Fuerzas Armadas (constituidas por el Ejército de Tierra, la Armada y el Ejército del Aire), que están reguladas en el título Preliminar (artículo 8), siendo su naturaleza militar. Además, su diferencia también es funcional, puesto que la misión constitucionalmente atribuida al Ejército es garantizar la soberanía e independencia de España, y defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional; mientras que la de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad es la de proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana.

En segundo lugar, el cambio terminológico operado en el texto constitucional no es casual: de Fuerzas del Orden Público, se pasa a hablar de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad; y es que, como hemos podido verificar, no se trata sólo de un simple cambio semántico, sino que el uso consciente de la terminología del texto constitucional implica cambios sustanciales en la ordenación constitucional de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. En efecto, la garantía de la seguridad va ligada a la protección del libre ejercicio de los derechos y libertades; de tal forma que esta configuración constitucional sujeta a los órganos encargados de velar por la seguridad a los mandatos constitucionales; estando vinculados directamente por los derechos fundamentales y las libertades públicas. Así lo confirma el Tribunal Constitucional cuando avala que esta ordenación constitucional persigue asegurar la adaptación del sistema policial, de sus funciones y de sus principios básicos de actuación al orden constitucional; y por tanto, articula la función de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad al servicio de la comunidad para garantizar al ciudadano el libre y pacífico ejercicio de los derechos que la Constitución y la Ley les reconocen. De forma que, cualquier otra configuración de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad colisionaría con el orden constitucional democrático, que es «incompatible con el uso de métodos represivos ilegítimos» (STC 55/

1990, de 28 de marzo). En consecuencia, nuestro ordenamiento constitucional no admite cualquier configuración de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad; sólo la que sujeta el ejercicio de estas funciones a unas garantías de respeto a los derechos fundamentales.

En tercer lugar, la ubicación del artículo 104 en el Título dedicado al Gobierno y a la Administración tiene unas connotaciones determinadas, ya que, como resalta Fernández Segado, los Cuerpos policiales encierran su «razón de ser en las misiones que la Constitución les atribuye»<sup>63</sup>.

## 5. LA SEGURIDAD CIUDADANA: FUNCIÓN DEL ESTADO

De la ordenación constitucional de la seguridad ciudadana que hemos visto, desde nuestro punto de vista, resulta, ineludiblemente, la comprensión de la misma como una función propia del Estado, lo que determina la exclusividad de su garantía por los poderes públicos. En efecto, la construcción de este trabajo la hemos articulado sobre un eje vertebrador: la existencia del Estado, tal y como se justifica desde sus orígenes, entraña la asunción de funciones que sólo él puede desempeñar, pues se trata de funciones que comportan ejercicio de autoridad; estamos, así, ante las funciones que se atribuyen al Estado en función de su poder de imperio y que sólo él puede desarrollar para garantizar su efectividad: Seguridad, Justicia, Defensa, Moneda.

Pero, es habitual utilizar la expresión «servicio público»<sup>64</sup> para referirse a las funciones que sólo al Estado le corresponde desempeñar (como ente abstracto; no me refiero aquí a la delimitación competencial con las CCAA). Ciertamente, hablar, por ejemplo, de la Justicia o de la Seguridad como servicio público pretende remarcar la exclusividad de su ejercicio por un poder público; aunque la expresión no nos parece convincente. Incluso el propio Tribunal Constitucional se ha referido a la Policía como un **servicio público** para la comunidad en su Sentencia señera en este ámbito: la 55/1990, de 28 de marzo. Pero, adviértase que cuando el Tribunal Constitucional realiza esta afirmación está aludiendo al artículo 12 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, que, como vimos en la primera parte de esta trabajo, se refería «textualmente» a que «*La garantía de los derechos del hombre*

<sup>63</sup> FERNANDEZ SEGADO, F. (1998), «Comentario al Artículo 104», en *Comentarios a la Constitución*, ALZAGA VILLAAMIL, O. (dir.), tomo VIII, Edersa, Madrid, p. 453.

<sup>64</sup> Así FERNANDEZ SEGADO cuando expresa «Si la Policía es un servicio público ordenado a la colectividad social y a los valores que la misma se ha dado, es evidente que esta idea servicial, que impregna constitucionalmente a la Administración Pública, la aparta, a la Administración como estructura y al personal a su servicio, de la consecución de móviles particulares ajenos al interés general. Y ello tiene una especialísima trascendencia en el caso de las Fuerzas policiales, pues a través de ellas la Administración hace un uso institucionalizado de la coacción jurídica», *ob. cit.*, p. 478. El autor está vinculando la idea de servicio público con interés general.

y del ciudadano necesita de una fuerza pública...». Sin embargo, el Tribunal literalmente afirma:

«De la Constitución se deduce que las Fuerzas de Policía están al servicio de la comunidad para garantizar al ciudadano el libre y pacífico ejercicio de los derechos que la Constitución y la Ley les reconocen, y este es el sentido del art. 104.1 C.E. que puede considerarse directamente heredero del art. 12 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, **configurando a la Policía como un servicio público para la comunidad**».

Se produce entonces una identificación entre fuerza pública y servicio público que requiere esclarecerse, ya que las consecuencias que tiene anudadas esta noción son importantes.

### 5.1. *El sentido del servicio público*

La construcción jurídica del servicio público es de origen francés; esbozándose primero en el *arrêt* BLANCO por el Tribunal de Conflictos (1873), y consolidándose después por el Consejo Constitucional en el *arrêt* TERRIER (1903). En sus inicios, la doctrina del servicio público pretende afirmar la responsabilidad de la Administración ante la jurisdicción administrativa por los daños causados a particulares por aquellas actuaciones de personas que actuaban en nombre del Estado en el ejercicio de un servicio público. El Consejo Constitucional, afirmaba, bajo la influencia de Hauriou, que en estos casos no podía dirimirse dicha responsabilidad aplicando el Código civil.

Pese a las diversas posiciones, mayoritariamente se admite que el servicio público fue una doctrina trazada por Hauriou, quien lo conceptuó como un «servicio técnico prestado al público de forma regular y continua para la satisfacción de una necesidad pública por una organización no lucrativa, pudiendo gestionarse bien por la Administración Pública, bien por un concesionario»<sup>65</sup>. Sin embargo, más tarde, él mismo se convirtió en objeto de dicha construcción.

La doctrina se forjó, entonces, por León Duguit, quien la completó y la convirtió en piedra angular del Derecho administrativo<sup>66</sup>. Duguit distinguía dos funciones en el Estado: las que son de mando (imperio); y las que impli-

<sup>65</sup> El estudio de este tema lo desarrollan con mayor profundidad los autores en cuyas obras nos hemos basado y cuyas citas aparecen detalladas a lo largo de este punto; especialmente, MUÑOZ MACHADO, S., *Servicio público y mercado*, Civitas, Madrid, 1998, p. 103 y ss.

<sup>66</sup> MARTIN REBOLLO, L., «De nuevo sobre el Servicio Público: planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica», en *Revista de Administración Pública*, núms. 100-102/1983, p. 7.

can la realización de unos servicios públicos (correos, telégrafos, ferrocarriles, etc), en las que la función del Estado no es *mandar*, sino *servir*. Para Duguit el concepto de soberanía es reemplazado por el de servicio público, utilizando esta expresión como «anti autoritaria»; contraponiendo la noción de servicio público a la del poder público, ya que el papel del Estado se justificará, no por su poder, sino por la finalidad de la realización de actividades que sean de interés general indispensables para la vida colectiva. Que el servicio público sea un principio de limitación del Estado se explica por la obligación de cumplir unos determinados fines; lo que legitima el poder del Estado para Duguit es, pues, la prestación de servicios públicos; calificándolos, en suma, como una actividad de interés general satisfecha, de un modo regular y continuo por la Administración, a través de un procedimiento especial<sup>67</sup>.

Ciertamente, el servicio público es una construcción con un contenido ideológico marcado, ya que ha constituido «una técnica instrumental que, como categoría histórica, traduce una dialéctica entre Estado y sociedad»<sup>68</sup>, confrontando lo público con lo privado. Concretándose en una técnica administrativa por la que servicios que antaño pertenecían a la iniciativa privada, son asumidos por el Estado sujetándolos al Derecho Público mediante la técnica del Servicio público<sup>69</sup>.

La noción del servicio público ha sufrido oscilaciones; incluso se ha hablado de su «muerte», entendido como instrumento esencial del Estado benefactor<sup>70</sup>. Sin embargo, puede advertirse, incluso en nuestro texto constitucional, la continuidad de esta concreta técnica de actividad administrativa, adaptada a las transformaciones que ha ido experimentando el Estado, identificándose con la idea de solidaridad propia del Estado Social de Derecho.

Desde esta perspectiva, si bien es cierto que no puede hablarse de una noción unitaria del servicio público, y que hoy en día no puede entenderse

<sup>67</sup> Vid. MARTIN REBOLLO, L., «De nuevo sobre el Servicio Público, *ob. cit.*, p. 56

<sup>68</sup> CASSAGNE, J.C., «El resurgimiento del servicio público y su adaptación en los sistemas de economía de mercado (hacia una nueva concepción), en *Revista de Administración Pública*, núm. 140/1996, pp. 3-4.

<sup>69</sup> Vid. MARTÍN REBOLLO, L., *ob. cit.* p. 11 y ss.

<sup>70</sup> ARIÑO ORTIZ, G., «El servicio público como alternativa», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 23/1979. Un tratamiento detallado de la crisis del concepto de servicio público lo hace CHINCHILLA MARIN, C., »Servicio Público: ¿crisis o renovación?, en *Cuadernos de derecho judicial*, núm. 28/1996, pp. 59-98. Manteniendo que, si bien conceptualmente la noción de servicio público está en descomposición, sin embargo, desde la perspectiva funcional de la sociedad actual es una noción en recomposición, al aparecer, en muchos casos, como un instrumento idóneo para hacer realidad el ideal de solidaridad y cohesión social que define el Estado. Esta es la posición mantenida también por MARTIN REBOLLO, L. y FERNANDEZ, T.R., quién reivindica el mantenimiento de la noción de servicio público para asegurar la indispensable solidaridad social que el mercado por sí sólo no puede garantizar, p. 1.

aisladamente, abstraída de las normas comunitarias, pervive la característica del servicio público, como una categoría diferenciada; como un título habilitante de potestades administrativas, o la justificación de la acción del poder público<sup>71</sup>. En este sentido, Garrido Falla lo definió como prestaciones técnicas (transporte, educación, servicios sanitarios), que se prestan al público en general, de manera regular y continua, siendo de titularidad pública, aunque el servicio se preste en régimen de concesión administrativa, y bajo un régimen jurídico especial<sup>72</sup>.

La Constitución española de 1978 asume la noción de servicio público como prestación en diversos preceptos (art. 41: seguridad social; art. 28.2 servicios mínimos en caso de huelga; art. 43: protección de la salud; art. 50: servicios sociales). Pero, singularmente, es el artículo 128.2 el que establece, el contenido mínimo<sup>73</sup> de los servicios públicos, ya que dicho precepto permite la iniciativa pública en la actividad económica, pudiendo reservarse mediante ley al sector público recursos o servicios esenciales.

De la configuración constitucional podemos concluir que el servicio público:

1. Supone una asunción de la titularidad de un servicio por el Estado.
2. Requiere *publicatio*, que implica la atribución mediante ley de la actividad privada al poder público.
3. Ha de tratarse de recursos o servicios esenciales, que satisfagan necesidades públicas.
4. La asunción de la titularidad del servicio por parte del Estado no implica necesariamente que lo gestione él, sino que puede atribuirse a los particulares, aunque sujetando dicha gestión a una serie de condiciones; esto es, lo que hace es impedir su desarrollo en régimen de libre iniciativa privada; pero no la elimina<sup>74</sup>.

En consecuencia, como advierte Muñoz Machado<sup>75</sup>, los servicios públicos no funcionan todos sometidos al mismo régimen jurídico, sino que algu-

<sup>71</sup> MEILAN GIL, J.L., «El servicio público en el derecho actual», en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm.1/1997, p. 371.

VALERO TORRIJOS, J., «El concepto de servicio público a la luz de la Constitución», <http://www.carm.es/chac/interleg/arti0001.htm> (última consulta, 5 mayo 2014): habla de una actividad reservada a la titularidad pública, conectando la declaración de servicio público con una actividad que ha de ser esencial, siendo ésta declaración una facultad del legislador.

<sup>72</sup> GARRIDO FALLA, F., «El concepto de servicio público en derecho español», en *Revista de Administración Pública*, núm. 135/1994, pp. 11 y 12.

<sup>73</sup> CHINCHILLA MARIN, C., «Servicio Público: ¿crisis o renovación?», *ob. cit.*

<sup>74</sup> *Idem.*

<sup>75</sup> MUÑOZ MACHADO, S., *Servicio público y mercado*, Civitas, Madrid, 1998, pp. 27-115. Posición mantenida por la mayoría de la doctrina: ARIÑO ORTIZ, MARTÍN REBOLLO,

nos lo hacen sujetos a un régimen de Derecho público y otros de Derecho privado; pues la Constitución no exige un régimen determinado, ni sobre la exclusividad de la Administración Pública, ni sobre las formas de colaboración de los privados en su gestión, pudiendo ser diversas las formas de participación de los particulares.

En síntesis, la noción del servicio público implica la asunción de una actividad del sector privado por parte del público, en atención a su consideración de servicio esencial, quedando sujeta a un régimen especial. Ejemplos claros de servicios públicos han sido y son los servicios de correos, teléfonos, electricidad, televisión, entre otros.

## 5.2. *La función del Estado*

Pero la noción de servicio público es diferente de la de función pública (entendida como función del Estado). En efecto, como advertía Zanobini, el concepto de servicio público se limita a algunos aspectos de la actividad administrativa; por el contrario la función pública es ejercicio de potestad pública, consecuencia de la soberanía del Estado<sup>76</sup>. La garantía de la seguridad ciudadana nunca se ha correspondido con la noción de servicio público, sino que ha sido siempre una función vinculada a la existencia misma del Estado, y por tanto, su acción reservada al poder público. Y es que como hemos visto en la primera parte de este trabajo, la asunción de la garantía de la seguridad por el poder público es una de las notas determinantes del nacimiento del Estado como organización política.

No puede hablarse de la seguridad ciudadana como servicio público, pues hablar de servicio público implica la prestación de una actividad que, en principio, no es ni pública ni administrativa; se convierte en pública mediante la *publicatio*, esto es cuando el legislador la reserva para sí. Por el contrario, la seguridad ciudadana está reservada, constitucionalmente, en exclusiva a la Administración Pública, ya que es una función de soberanía<sup>77</sup>. En consecuencia, no existirá la posibilidad de encomendar su gestión a agentes externos, de los que puede predicarse su colaboración, pero no la asunción de las funciones que el texto constitucional encomienda en exclusiva a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

La seguridad ciudadana como función del Estado se confirma, desde bien temprano, por el Tribunal de Justicia de Luxemburgo, al excluir los servicios

---

CHINCHILLA, MEILÁN GIL, frente a la concepción de VILLAR PALASÍ que entendía el servicio público como responsabilidad exclusiva de la Administración.

<sup>76</sup> GARRIDO FALLA, F., «El concepto de servicio público en derecho español», en *Revista de Administración Pública*, núm. 135/1994., p. 4

<sup>77</sup> TRONCOSO REIGADA, A., «Dogmática administrativa y Derecho Constitucional: el caso del servicio público», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 57/1999, p. 101.

de autoridad de las reglas de mercado. Claro exponente es desde la Sentencia *Reyners*, de 21 de junio de 1974, en la que el Consejo de Estado belga solicitaba, entre otras cuestiones, que el Tribunal se pronunciara acerca del significado de la expresión de actividades que suponen «ejercicio del poder público»<sup>78</sup>.

En primer lugar, en relación con la excepción a la libertad de establecimiento respecto prevista en el Tratado CEE de las actividades relacionadas con el ejercicio del poder público, considera que debe entenderse una excepción a la regla fundamental de la libertad de establecimiento; aunque dicha debe limitarse a lo estrictamente necesario para salvaguardar los intereses cuya protección les está permitida a los Estados miembros<sup>79</sup>. Por tanto, entiendo el Tribunal que hay un interés legítimo de los estados miembros de reservar a sus propios nacionales un conjunto de empleos relacionados con el ejercicio del poder público y la salvaguardia de los intereses nacionales<sup>80</sup>.

La seguridad ciudadana, entendida como un bien jurídico de ámbito colectivo, no individual, es una función propia del Estado<sup>81</sup>, derivándose de ello que su garantía corresponde, a los poderes públicos. En consonancia con su configuración como una de las funciones «indispensable del Estado»<sup>82</sup>, nuestro texto constitucional, en concordancia con ello, atribuye, cabalmente, a la Fuerzas y Cuerpos de Seguridad la función de proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana. Esta ordenación constitucional reafirma la seguridad ciudadana, como afirma Parejo, como «responsabilidad, objetivo y resultado de la acción del poder público, concretamente del administrativo»<sup>83</sup>.

<sup>78</sup> que se contemplaba en el art. 56.1 del Tratado CE.

<sup>79</sup> Doctrina que ha reiterado ya en múltiples ocasiones: sentencias Comisión/Grecia, antes citada, apartado 7; Comisión/España, antes citada, apartado 34; de 30 de marzo de 2006, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti*, C-451/03, Rec. p. I-2941, apartado 45; de 29 de noviembre de 2007, *Comisión/Austria*, C-393/05, Rec. p. I-10195, apartado 35, y *Comisión/Alemania*, C-404/05, Rec. p. I-10239, apartados 37 y 46, así como *Comisión/Portugal*, antes citada, apartado 34).

<sup>80</sup> Sentencias de 17 de febrero de 1980, *Comisión c. Bélgica* 149/1979; 22 de noviembre de 1995 caso *Ioannis Voggioukas c. IKA*, C-443/Thijssen, apartado 8; *Comisión/España*, apartado 35; *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti*, apartado 46; *Comisión/Alemania*, apartado 38, y *Comisión/Portugal*, apartado 36). Sentencia de 30 de septiembre de 2003, *Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española* (C-405/01, Rec. p. I-10391); Sentencia de 29 de abril de 2010; Sentencia (Gran Sala), de 24 de mayo de 2011. Vid. con mayor detalle, MANGAS MARTÍN, A., *Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea: comentario artículo por artículo*, Fundación BBVA, 2008, p. 407.

<sup>81</sup> STC 325/1994, de 12 de diciembre.

<sup>82</sup> LOZANO SERRANO, C., «Art. 158.1 CE: límites al recorte y copago de servicios fundamentales», en MALVAREZ PACUAL, L. y RAMÍREZ GÓMEZ, S.: (Drs.) *Fiscalidad en tiempos de crisis*, Aranzadi, Navarra, 2014, pp. 181-182.

<sup>83</sup> PAREJO ALFONSO, L., *Seguridad pública y policía administrativa de seguridad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 31.

La ubicación del artículo 104 en el Título IV (Gobierno y Administración) es determinante en la atribución funcional de la seguridad ciudadana a las Fuerzas y Cuerpos, que, además, se incluyen dentro de la Administración. De ello se desprenden varias consecuencias: en primer lugar, encomendar la garantía de la seguridad a fuerzas integradas en la Administración, entraña la sujeción de éstas a todas las garantías que la Constitución reserva a la misma, tanto la sujeción a los postulados constitucionales, como las más específicas contenidas en el artículo 103, especialmente el sometimiento pleno a la ley y al Derecho.<sup>84</sup> Así lo confirma el propio Tribunal Constitucional cuando afirma que el estatuto funcional se erige en garantía adicional del ejercicio de las funciones policiales tuitivas<sup>85</sup>.

En segundo lugar, tal y como se deriva de la legislación de desarrollo (*LO 2/1986, de 13 de marzo de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad*) en el ejercicio de sus funciones, los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad tendrán a todos los efectos legales el carácter de Agentes de la Autoridad (art. 7). Por tanto, la garantía de la seguridad, orgánica y funcionalmente, se encomienda a agentes públicos: agentes de la autoridad. Ello entraña que existe una especial sujeción de los agentes de la autoridad (públicos) hacia los postulados constitucionales; apareciendo ello, inexcusablemente, como una garantía en el ejercicio de unas funciones que llevan aparejada la coacción y el uso de la fuerza. De modo que, admitiendo el hondo calado de las funciones que se encuadran dentro de lo que es la garantía de la seguridad ciudadana, por su especial incidencia sobre derechos fundamentales y libertades públicas, constituye una exigencia constitucional revestirlas de las máximas garantías; requiriéndose la asunción de dichas funciones por fuerzas públicas de seguridad, por su especial vinculación a los mandatos constitucionales.

En efecto, la especial vinculación que para los poderes públicos predica el artículo 53.1 Ce respecto de los derechos fundamentales y las libertades públicas es una garantía que ha de cubrir la actuación policial en todos sus ámbitos. Y es esto, en definitiva, lo que trata de asegurar el art. 104.1 C.E.: la adaptación del sistema policial, de sus funciones y de sus principios básicos al orden constitucional, derivándose de ello una protección adecuada del ciudadano frente al peligro de eventuales extralimitaciones, lo que incluye también la posibilidad de acudir a la vía judicial para reaccionar frente a los

---

<sup>84</sup> La ubicación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en el seno de la Administración Pública implica «la sumisión de toda su actividad a los controles jurídicos que la Constitución establece respecto de la actuación administrativa entera», BARCELONA LLOP, J., «Reflexiones constitucionales sobre el modelo policial español», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 48/1996, p.100.

<sup>85</sup> STC 175/2011, de 8 de noviembre de 2011. Vid. además, SANCHEZ FERRIZ, R., «Funcionarios públicos: su especial deber de protección y respeto a los derechos y libertades», *Revista General del Derecho*, núm. 632/1997, p. 5247 y ss.



excesos y abusos, que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en el uso, en principio legítimo, de la fuerza y de los medios de coacción<sup>86</sup>.

La legislación confirma estos mandatos constitucionales al reafirmar que en el ejercicio de sus funciones, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado tienen como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana (*Artículo 11.1 LO 2/1986, de 13 de marzo de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad*). Destacándose en la misma Ley los principios básicos de actuación de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Además, nuestra justicia penal prevé tipos penales específicos para los agentes públicos que tienen como vienen a avalar la especial vinculación al ordenamiento y a la garantía de los derechos. En la misma dirección, la ordenación constitucional de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y su legislación de desarrollo ha de completarse, igualmente, con los instrumentos internacionales a los que ya nos hemos referido: la Resolución 34/169, de 17 de diciembre de 1979, de la Asamblea General de Naciones Unidas, sobre *Código de Conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley*; así como la Resolución 690 de 1979, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, *Declaración sobre la Policía*.

Todo este entramado constitucional, que reserva las funciones esenciales de garantía de la seguridad ciudadana a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, permite la colaboración y auxilio de agentes externos, tal y como se desprende de la legislación de desarrollo<sup>87</sup>. Pero, dicha colaboración no puede entrañar la asunción de aquellas funciones que, por afectar a los derechos fundamentales, quedan reservadas en exclusiva a Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Lo contrario desnaturalizaría los mandatos constitucionales, al permitir que agentes privados asumieran funciones que son propias y exclusivas del Estado; descartándose, igualmente, que la seguridad sea un servicio público cuya ejecución pueda encomendarse al sector privado.

*TITLE: Public Security as State Service.*

*RESUMEN: Este trabajo se centra en uno de los temas medulares de la organización del Estado como es la garantía de la seguridad, y tiene como objeto reivindicar, al calor la reciente sacudida legislativa en materia, la función de la Seguridad ciudadana como una función pública a desarro-*

<sup>86</sup> STC 55/1990, de 28 de marzo.

<sup>87</sup> *LO Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado: Artículo 4 I. Todos tienen el deber de prestar a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad el auxilio necesario en la investigación y persecución de los delitos en los términos previstos legalmente. 2. Las personas y entidades que ejerzan funciones de vigilancia, seguridad o custodia referidas a personal y bienes o servicios de titularidad pública o privada tienen especial obligación de auxiliar o colaborar en todo momento con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.*

*llar por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad; en tanto que exigencia constitucional, presupuesto de la salvaguarda de los derechos fundamentales y de las libertades públicas.*

*PALABRAS CLAVE: seguridad ciudadana, derechos fundamentales, función del Estado, Fuerzas Cuerpos de Seguridad.*

*ABSTRACT: This paper focuses on one of the core issues of the state organization: the guarantee of security. Our aim is to vindicate, taking into account the recent legislative shake in this field, the role of citizen security as a public service to be developed by the Security Forces; as constitutional requirement, and an essential element for safeguarding fundamental rights and public freedoms.*

*KEYWORDS: citizen security, public security, fundamental rights, State Service, Security Forces.*

*RECIBIDO: 19.05.2014*

*ACEPTADO: 26.11.2014*

# NOVEDAD Y PERFECCIÓN DEL PENSAMIENTO DE LOS PRÁCTICOS SOBRE LOS DELITOS EN PARTICULAR

Manuel María Zorrilla Ruiz

---

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN. 2. CLASIFICACIÓN DE LOS DELITOS. 3. ADULTERIO. 4. ASESINATO. 5. BLASFEMIA. 6. FALSEDAD. 7. FORNICACIÓN. 8. HURTO. 9. CRIMEN DE HEREJÍA. 10. HOMICIDIO. 11. INCESTO. 12. INJURIA. 13. LESA MAJESTAD. 14. JUEGO. 15. PARRICIDIO. 16. PERJUICIO. 17. RAPTO. 18. SACRILEGIO. 19. SIMONÍA. 20. SODOMÍA. 21. ESTUPRO. 22. CONCLUSIONES. 23. BIBLIOGRAFÍA DE ORIENTACIÓN.

---

## 1. INTRODUCCION

A lo largo del siglo XVI se va consolidando una etapa comprometida con la tendencia a difundir y relacionar las ideas generales inherentes a la recepción del Derecho Romano y el Derecho Canónico.

La incoación del proceso generalizador y expansivo de las categorías del Derecho Penal –reclamado por el carácter de la disciplina y sus imperativos básicos de racionalización– provoca consecuencias anejas al fenómeno de la recepción del Derecho Romano. Hasta que se reparó en la importancia de este punto de inflexión, la legislación condescendía y comulgaba con un estado caótico de cosas que se cancelará para reordenar un espacio –casuístico y efervescente– que, devaluando el Derecho punitivo, frenaba sus operaciones de aplicación y de progreso. La contribución –rigurosa y dogmática– de los prácticos que cerraron un ciclo de gran espesura, siguió a la de los glosadores y los postglosadores. Los primeros trataron de operar sobre las normas penales de la compilación justiniánea que, merced a su tradición y consistencia, postulaban su incorporación al Derecho vivo y razonable, sustituyendo al *totum revolutum* del Derecho punitivo de la Edad Media y de comienzos de la Edad Moderna. Los segundos, llamados también *comentaristas*, aprove-

chan la labor de desbroce que los glosadores llevaron a cabo –liquidando la dispersión anárquica del Derecho anterior– y extienden su curiosidad constructiva y científica al Derecho Romano –objeto de la recepción– y a un Derecho común contemporáneo, cuya vigencia aportaba experiencias jurídicas susceptibles de maduración y detenido estudio. De ahí, la relevancia de la autoridad de los Doctores y su conversión en fuente del Derecho objetivo. El seguimiento de este itinerario infiltró criterios generales o enunciados de corte teorizante en el cuerpo de un Derecho Penal sucesivamente mejorado por los glosadores, los postglosadores y los prácticos.

Nada tan provechoso para obtener una perspectiva peculiar de este progreso, cómo advertir que los prácticos asumieron e introdujeron los avances incoados con la recepción romanocanónica y el apoyo de los glosadores y los comentaristas. JULIO CLARO de ALEJANDRIA –el más notable de esos pensadores, llamado a España por FELIPE II– se distinguió, de entrada, por abordar las cuestiones de Derecho Penal sobre la arquitectura legislativa del Estado de Milán, pero, además, llegó más lejos de esta indagación metodológica. No se contrajo al concienzudo examen de la misma y aportó una esmerada contribución teórica, fruto de sus fecundas experiencias, y una liberalidad de criterio fatigosamente asimilable en los tiempos que entonces le tocaba vivir.

La tentativa de situar su pensamiento merece algunas precisiones especiales. El conglomerado de fuentes del Derecho Penal comprendía el recurso al *jus utriusque*, el manejo del *jus positum* contenido en los *statuta civitatis*, el predicamento del *principio de autoridad* templado por condiciones morales y jurídicas, la influencia de la *costumbre* y el *precedente* constituido por el Derecho judicial. La atención dispensada a estas fuentes revela una oferta convincente, atractiva y completa, que es tanto como sistemática, seductora y exenta de lagunas.

La escasez, heterogeneidad y dispersión de los elementos interpretativos desnaturalizaban las reflexiones atinentes a la aplicación de la ley penal, a la desigualdad material de muchos de sus destinatarios, a los criterios sobre la personalidad del delincuente y a la responsabilidad penal de las personas morales.

La presentación y el examen de las ideas penales de JULIO CLARO de ALEJANDRIA se han obtenido a partir del texto de las *Receptae sententiae*, también denominadas *Practica civilis y criminalis*, cuya edición de Frankfurt (1.565), redactada en latín, abigarrada y exhaustiva, lleva a seleccionar, en lo posible, las posturas definidoras de los avances obtenidos. Merece el unánime elogio de haber superado los intereses forenses –que acampaban a ras de tierra– y facilitado innovaciones que transportaron al campo del Derecho Penal un sagaz espíritu crítico y un enriquecedor bagaje dogmático.

El análisis de los delitos en particular y la reordenación de sus contenidos se intenta, como sigue, respecto a las figuras que, según el subtítulo del texto

analizado, aborda el todo de la materia criminal en cuanto a la persecución de los delitos y la defensa de los reos. Abarca, así las cosas, las *figuras de adulterio, asesinato, blasfemia, falsedad, fornicación, hurto, herejía, homicidio, incesto, injuria, lesa majestad, juego, parricidio, perjurio, rapto, sacrilegio, simonía, sodomía y estupro*. Los interrogantes de los respectivos capítulos esbozan los perfiles de un designio expansivo, ambicioso y densamente moralizador.

## 2. CLASIFICACION DE LOS DELITOS

**Delitos públicos y privados.**—Cualquier súbdito perteneciente a la comunidad o al pueblo puede emprender la acusación y la persecución de los primeros, que, entre otros, incluyen el crimen de lesa majestad, el adulterio, el homicidio, el parricidio, el peculado y el falso testimonio.

**Ofensas a DIOS.**—El delito directamente encaminado a ofender a DIOS se considera público y cualquier súbdito puede denunciar su comisión. Ofendiendo a DIOS se ofende a todos, porque —si se repara en la blasfemia, la destrucción de imágenes e iglesias y otras acciones semejantes— DIOS es el Padre y Señor de las mismas.

**Ofensas al Soberano.**—También es público el delito cuya comisión ofende al Soberano, puesto por DIOS en su lugar como padre y señor de los súbditos, ya que la ofensa hecha al primero se extiende a todos los demás.

**División de opiniones.**—Ante la duda de si es delito público la falsificación de un instrumento distinto del testamento, hay una minoría que lo niega y una notable mayoría que opina lo contrario.

**Delitos privados.**—Los delitos privados —como el hurto, los daños, las injurias, las talas furtivas de arbolado y la sustracción de bienes ajenos— sólo se pueden acusar y perseguir por la parte contra cuyos intereses atentan. La distinción es importante, pues la pena de infamia alcanza únicamente a los condenados por un delito público.

**Normas rectoras.**—Las distinciones se atienen a las reglas del Derecho común secular o civil, pero no a las del Derecho Canónico, que ignoran la figura de los delitos privados y disponen que todos los delitos son públicos. Cabe entonces proceder de oficio para perseguir los delitos privados y castigarlos con pena extraordinaria. Los estatutos y las costumbres locales fijan los criterios que, separando los delitos públicos de los delitos privados, inspiran y dan lugar a la represión correspondiente.

**Enjuiciamiento de los delitos.**—Los delitos pueden ser meramente eclesiásticos, meramente seculares o comunes. El conocimiento de los primeros —que incluye los crímenes de simonía y herejía— se reserva a los jueces eclesiásticos, aunque hayan sido laicos sus autores. De los delitos meramente seculares —como el homicidio, el hurto y otros semejantes— conocen los jueces seculares si sus autores son laicos. Los delitos se denominan comunes si,

siendo laicos sus autores, conoce de ellos indistintamente un juez eclesiástico o un juez secular, como ocurre con el adulterio, el concubinato y la sodomía.

**Delitos nominados.**—Los delitos nominados gozan de una rotulación especial y constituyen un término atribuido por la ley. Sucede así cuando el apoderamiento de la cosa ajena determina la asignación legal de un nombre propio al delito de hurto o la relación de la mujer casada con un tercero da lugar a la descripción legal del adulterio.

**Delitos innominados.**—Los delitos innominados carecen de una rotulación jurídica concreta y de hecho se consideran tales cuando —como el incendio, la entrada en casa ajena y semejantes— sirven al designio de causar un mal. Sólo son punibles si ha precedido esa intención perversa. Los delitos nominados no pueden cometerse sin que medie la intención maliciosa y concreta de perjudicar que, caracteriza, por ejemplo, al adulterio, el hurto y el rapto.

**Gravedad de los delitos.**—Hay delitos leves, delitos graves o atroces y delitos muy atroces. Se echa en falta un criterio diferenciador, pues, mientras unos arguyen que las calificaciones respectivas dependen del arbitrio judicial, sostienen otros que el delito es tanto más grave, cuanto más grave sea la pena con que se le sanciona. Son delitos atroces la rebelión, el crimen de lesa majestad, el homicidio causado de propósito, la falsificación de moneda, el tercer homicidio cometido por quien antes ha perpetrado otros dos homicidios, aunque no se le haya condenado por ellos, las lesiones causadas a traición, aunque la víctima no haya fallecido, el tercer hurto o la disminución de la moneda, el rapto de una virgen hija de padres honestos, aunque no haya cópula carnal, el trato carnal con virgen consagrada y residente en un monasterio, la sodomía, la cualidad de ladrón famoso, la falsificación del sello del Senado o del Príncipe. También son delitos atroces aquellos a los que la ley o el estatuto asignan pena de muerte natural o civil —como la condena perpetua a galeras— aplicada según los jueces la imponen y ejecutan. Más atroces o muy atroces son los delitos que las leyes o los estatutos castigan con pena de muerte más deshonrosa que la común, ordenando que los reos sean quemados, despedazados o atados a la cola de un caballo, si se trata de herejes, parricidas, asesinos, ladrones en las vías públicas, sodomitas, incendiarios y falsificadores de moneda. De igual naturaleza participan los delitos en que, como el crimen de lesa majestad, la pena de muerte se extiende a los hijos de los delinquentes. Lo mismo sucede si se establecen penas especiales para los raptos de vírgenes o mujeres honestas. La importancia de la diferencia es máxima, porque *la ley permite a los jueces transgredir el Derecho cuando lo exijan la justicia y la enormidad de la infracción*. Tratándose de delitos enormes y crímenes muy atroces, la posibilidad no sólo alcanza a los aspectos peculiares de la imposición de la pena, sino también a su ejecución o cumplimiento. Cabe acudir a la tortura, aunque no haya suficientes indicios ni se disponga de las actuaciones del proceso en que ha recaído la sentencia.

**Delitos de acción y de omisión.**—De acuerdo con un principio general y asumido por todos, los delitos cometidos por acción se consideran más graves que los que consisten en abstenciones u omisiones.

**Delitos de palabra.**—Se pregunta si constituyen maleficio los delitos cometidos de palabra, a saber, las blasfemias, las injurias verbales y otros que se les asemejan. La posición negativa se funda en que, si hay maleficio allí donde se causa un mal, no cabe hablar de tal si se trata de maldiciones o escritos redactados con este carácter. La opinión contraria defiende que incluso hay maleficio si se delinque de palabra, porque, además de hacer mal quien maldice, también hace mal quien mal piensa y cuyo pensamiento merece un castigo.

**Efectos de la contumacia.**—No es, por sí sola contumacia la incomparecencia del reo a quien se atribuye la comisión del delito de que se le acusa. Es válida la condena de aquél a quien se impone la pena después haber comparecido y formulado sus alegaciones defensivas frente a la acusación de un delito concreto, pero no incurre en contumacia quien, estando ausente y sin haber comparecido ante el juez, es condenado por el delito que se le reprocha. Puede declararse contumaz a quien no se condena por su incomparecencia y sí por la comisión de un delito cuya prueba plena se infiere de la contumacia. La contumacia constituye delito si entraña desprecio para con el juez ante quien debe comparecer el reo.

### 3. ADULTERIO

**Acusación por adulterio.**—Hay tres modos de formular la acusación por adulterio. El marido puede acusar a la mujer del adulterio cometido con otro varón. La mujer puede acusar al marido del adulterio cometido con otra mujer. El marido puede acusar conjuntamente a la mujer y al adúltero. La mujer puede solicitar la separación de lecho.

**Variantes de la comisión del adulterio.**—Son distintos los modos de incurrir en delito de adulterio. El adulterio cometido por un varón y una mujer casados se denomina así porque ambos violan el lecho propio y el ajeno. También hay adulterio entre un varón casado y una mujer soltera. Igualmente el adulterio surge cuando un varón soltero mantiene relación carnal con una mujer casada. Aunque el varón no esté casado, comete adulterio, porque viola el lecho ajeno, y la mujer se considera adúltera si viola el lecho propio, aunque no esté casado el varón con el que yace. Si el hombre casado cohabita con mujer soltera, el Derecho Civil entiende que no hay adulterio ni cabe imponer la pena establecida para los adúlteros, aunque el varón sea condenado por estupro. El Derecho Canónico estima que hay adulterio siempre que un varón o una mujer casados cohabiten con persona distinta de su cónyuge. A la tesis de que peca más gravemente que el presbítero, el laico casado que, al cometer adulterio, conoce carnalmente a otra mujer y viola el lecho de su

cónyuge, se responde que el sacramento del orden sacerdotal no es menos respetable que el del matrimonio.

**Adulterio de una mujer pública.**—Si una mujer pública contrae matrimonio y, abandonando su anterior oficio, convive honestamente con su cónyuge, es punible el adulterio que un tercero comete con ella. Si, tras haber contraído matrimonio, persiste en su antiguo género de vida, no se puede imponer castigo alguno al varón con quien ha cohabitado.

**Naturaleza del delito.**—El adulterio constituye un delito privado que sólo puede perseguirse a instancia de personas determinadas.

**Culpa lata.**—La culpa lata se equipara al dolo en caso de adulterio.

**Fuero del adulterio.**—El delito de adulterio es de fuero común y pueden conocer del mismo los jueces seculares y los jueces eclesiásticos.

**Penalidad del adulterio.**—El Derecho Divino y la ley mosaica castigaban con la pena de muerte, por lapidación, el adulterio de la mujer y del varón. El Derecho Canónico establece que, si el marido no quiere restablecer la convivencia, se recluya a la mujer en un monasterio, donde hará penitencia de por vida. Es éste uno de los casos en que el Obispo puede sancionar a los laicos. El clérigo condenado por adulterio es privado de su condición de tal y recluso a perpetuidad en un monasterio, aunque el cumplimiento infrecuente de la pena demuestre que, en caso de aplicarse con mínimo rigor, pocos clérigos circularían por los caminos públicos. El Derecho Civil castiga el adulterio con la pena de deportación y no con la pena de muerte.

**Moderación de la pena.**—Debido a la fragilidad del sexo, la pena impuesta a la mujer adúltera se conmuta por la de reclusión en un monasterio donde ha de tomar el hábito y morar de por vida, si, en el plazo de dos años, el marido no la llama a su lado. El trato se suaviza si la mujer adúltera es condenada a la pena de azotes y destierro. Aunque algunos defienden la imposición al varón de la pena del último suplicio, se han generalizado la supresión de la pena de muerte por adulterio del varón y su sustitución por una pena pecuniaria. Es lamentable que los varones que comparecen ante los Tribunales eludan la pena del adulterio y se jacten de su comisión, hasta el punto de que las mujeres de los adúlteros no se atrevan a formular acusación para evitar la nota de infamia. Pecan gravísimamente los soberanos que no castigan el adulterio con penas muy severas o se abstienen de urgir su cumplimiento.

**Efectos de los esponsales.**—Se comete delito de adulterio cuando se yace con mujer desposada por palabras de presente, aunque no haya conocido varón, pero no, si los esponsales se han contraído por palabras de futuro.

**Interferencias.**—Al judío que comete adulterio con mujer cristiana en una ciudad donde el delito sólo se castiga con pena pecuniaria, no se le aplica la pena de muerte y sí la pena estatutaria que sustituye a la prevista por el Derecho Común. Si el judío comete adulterio con mujer cristiana, todavía soltera, o mujer pública, la duplicidad delictiva se castiga más severamente que lo dispuesto en la ley y apareja la condena a galeras a perpetuidad.



**Continuidad del adulterio.**—El varón que mantiene repetidas y sucesivas relaciones carnales con la mujer de otro, comete otros tantos adulterios, aunque sólo se le imponga la pena asignada a un único delito.

**Excusa absolutoria.**—El padre de la mujer puede matar impunemente al adúltero sorprendido en el acto de la relación carnal con su hija.

**Efectos patrimoniales.**—En caso de adulterio de la mujer casada, el Derecho Canónico permite al varón solicitar la separación de lecho, pero no le autoriza a pedir la restitución de la dote ni de las donaciones por razón del matrimonio. Es tanta la inmanencia de este crimen, que, aunque el Derecho Divino prohíbe al hombre separar lo que DIOS ha unido, el adulterio se reconoce excepcionalmente como causa de separación. Si el adulterio de la mujer es notorio, el marido puede expulsarla sin sentencia previa ni decisión episcopal. Si el matrimonio se separa a causa del adulterio del varón, éste devolverá a la mujer la dote recibida. Si la separación se debe al adulterio de la mujer, ésta pierde la dote y no puede exigir que se le restituya. Cabe que un varón tome como esposa a una mujer que no puede casarse con él —a causa de la consanguinidad o de cualquier otro impedimento legítimo— y que después incurra en adulterio causante de la privación de la dote. Si posteriormente el matrimonio es anulado, la mujer no puede reclamar la dote, pues la declaración de nulidad impide pronunciarse sobre la existencia del adulterio. Ello es así, porque, al menos putativamente, el estado matrimonial ya existía al producirse el adulterio, sin que la declaración de nulidad excuse la intencionalidad de la mujer adúltera.

**Otras consecuencias.**—El adulterio de la mujer la priva de la dote y de los bienes parafernales. El adulterio del marido le priva de las donaciones por razón del matrimonio, de las que la mujer se beneficia. La mujer no sólo pierde la dote por causa de adulterio, sino también si realiza ciertos actos de preparación inmediata. Dado que el adulterio es muy difícil de probar y los besos constituyen esa preparación, se presume que la mujer es convicta de adulterio tan pronto como conste que ha besado a su amante. Este criterio impera en los órdenes civil y criminal.

**Obligaciones del marido.**—Producida la separación de lecho por adulterio de la mujer, el marido sigue obligado a alimentarla, pues, aunque adúltera, no deja de ser su esposa después de la separación. El marido debe permanecer casto y, si comete fornicación, tiene que reanudar la convivencia con su esposa, no sólo cuando lo acuerde el juez de oficio, sino también si la mujer lo solicita.

**Remisión del adulterio.**—Hay remisión o perdón del delito, si el marido conoce el adulterio de la mujer y sigue cohabitando con ella. Peca mortalmente el marido que, sin haber hecho penitencia previa, mantiene relación carnal con la mujer adúltera. Ambos casos de adulterio no abundan en la práctica.

**Otras particularidades.**—Otras cuestiones se refieren a la excepción de adulterio —que puede oponer la mujer privada de la dote en perjuicio de sus

padres o hijos— o a la necesidad de que, para evitar la restitución, el marido accione previamente en causa criminal.

**Prescripción del delito.**—Aunque, por lo común, los crímenes no prescriben antes de haber transcurrido veinte años desde su comisión, la acusación por adulterio simple prescribe a los cinco años y la de adulterio con incesto se sujeta al plazo general de prescripción. Es imprescriptible la excepción de adulterio que opone el marido frente la mujer que pide la restitución de la dote.

#### 4. ASESINATO

**Concepto de asesino.**—Comete delito de asesinato el que ordena a un tercero, cristiano o infiel, que dé muerte a un cristiano. Con el tiempo, ha prevalecido la opinión de que no se trata de la conducta de ciertos hombres llamados asesinos, sino que sólo se considera tales a los que privan de la vida a un cristiano. Se presume cristiano a cualquier habitante del territorio cristiano, dada la gravedad de un delito que no admite distinciones sutiles. Sólo si el reo prueba que es infiel, se le absuelve del delito de asesinato.

**Inclusión de los Obispos.**—Esta disciplina incluye a los Obispos que, en su virtud, adquieren la condición de asesinos. El clérigo asesino puede ser condenado, previa degradación, por el juez secular.

**Pena del asesinato.**—El asesino es castigado con la pena de muerte y de arrastre atado a la cola de un caballo. Debe, además, ser despedazado, pues los jueces imponen esta pena a causa de la magnitud del crimen y para escarmiento de los súbditos.

**Ausencia de inmunidad.**—El asesino que se refugia en una iglesia no queda protegido por su inmunidad y puede ser desalojado de ella por decisión del juez secular.

**Criterios de prueba.**—Aunque la prueba del delito exija referencias más claras que la luz del día, la enormidad del asesinato autoriza a imponer una pena extraordinaria o condenar a una pena corporal afflictiva.

**Punibilidad de la intención.**—Aunque la intención de delinquir no es punible y la pena sólo se impone por el resultado, el propósito de asesinato se castiga, aunque el resultado no llegue a producirse. La doctrina es plausible y los jueces pueden aplicarla si consta en el Derecho común o en los estatutos. Se considera que delinque más quien, a cambio, recibe una suma de dinero, que quien lo hace gratuitamente.

#### 5. BLASFEMIA

**Concepto.**—Constituye blasfemia todo insulto, contumelia o maldición proferida contra DIOS o los Santos. Varios dichos populares dan ejemplo de la comisión de este delito. La pena de blasfemia no se aplica a quien sólo manifiesta el deseo de que le ocurra un mal a otro.

**¿Delito atroz?**—La expresión «*pese a DIOS*» no constituye blasfemia, si bien figura en el repertorio de los delitos atroces.

**Penas de la blasfemia.**—El Derecho Divino y las leyes mosaicas castigaban la blasfemia con la pena de muerte por lapidación. El Derecho Canónico obliga al blasfemo a hacer penitencia pública. El Derecho Civil establece la pena de muerte que, por paliativos de religión y de justicia, no suele imponerse, salvo si las blasfemias se profieren con ánimo maligno y execrable. Pecan muy gravemente los Príncipes y Magistrados cristianos que, siguiendo la costumbre, dejan de castigar severísimamente estos delitos que, según los casos y lugares, merecen la amputación y perforación de la lengua, el exilio y la imposición de una pena arbitraria.

**Garantías del acusado.**—Pese a la gravedad del delito de blasfemia, que lo es de lesa majestad divina, el acusado tiene derecho a demostrar que no ha delinquido y a desvirtuar las declaraciones de los testigos que avalan esta imputación. La blasfemia es un delito de fuero común que pueden perseguir los jueces eclesiásticos y los jueces civiles.

**Competencia especial.**—Los jueces seculares y no los eclesiásticos son competentes para castigar los delitos de blasfemia que cometen los judíos, salvo si la negligencia o la dilación de los primeros obliga a los segundos a encargarse de su represión.

**Excusas y atenuantes.**—El delito de blasfemia se excusa si se produce a impulsos de la ira y se castiga más benévolamente que si se comete en situaciones de embriaguez o de lascivia.

**Otras moderaciones.**—La costumbre provincial admite que, sin dejar de castigarse, el delito de blasfemia no lo sea con la pena ordinaria generalmente prevista para los blasfemos, pues abundan las expresiones de apariencia blasfema que, a diario, se profieren sin ánimo de delinquir.

## 6. FALSEDAD

**Concepto de la falsedad.**—La falsedad es un crimen gravísimo, de carácter público, que cualquiera puede denunciar respecto a documentos, declaraciones de testigos, escrituras y alteración de la moneda.

**Falsedad testifical.**—La presencia o ausencia del falso testimonio o falsedad cometida por medio de testigos, se contempla y debate en los casos de soborno de los mismos, preparación o propuesta de las declaraciones anteriores al juicio, especies de contradicciones testificales, acuerdos previos para reducirlas, referencias a los hechos extrínsecos o periféricos, declaraciones emitidas sin juramento previo y procedentes de testigos corruptos.

**Falsedades documentales.**—Las falsedades documentales emergen a causa de producción o el uso de documentos elaborado por un Notario público, del aprovechamiento intencional de las anomalías o contradicciones que puede registrar su contenido y de ciertos abusos de las libertades de contratar y testar.

**Especies de la falsedad.**—Se castiga como homicida y, en vez de la deportación caída en desuso, se impone una pena pecuniaria al testigo que falta a la verdad en juicio y declara dolosamente contra un inocente. La falsedad no existe si el testigo declara en juicio lo contrario de lo manifestado antes del mismo, aunque sea punible omitir la verdad acerca de otros hechos intrínsecos. También comete falsedad el que usa de documentos que han sido declarados falsos.

**Variantes de falsedad notarial.**—Las especies de falsedad notarial pueden afectar a la producción material del testamento, a las magnitudes de diversa naturaleza reseñadas en el, a las sustituciones de personas ausentes, a documentos de contenido ilícito, a la negativa a otorgar un testamento, a la producción de instrumentos del Soberano y a la suposición de partos.

**Falso testimonio.**—Comete falsedad el que presenta en juicio testigos falsos e incurre en falso testimonio, castigado como homicidio, si deliberadamente se presta contra un inocente. No así, si se declara en su favor. El inocente que declara lo contrario de lo afirmado o negado antes del proceso, no incurre en falsedad, al contrario de si se contradice sobre las afirmaciones vertidas en el mismo juicio.

**Excusa de la falsedad.**—Queda excusado de la falsedad aquél cuya actitud o testimonio carece de intención dolosa, contribuye al prevalecimiento de la verdad o introduce alteraciones que a nadie perjudican.

**Verificación de la falsedad material.**—Los jueces deben examinar con detención el documento que permita conocer la verdad histórica allí donde, a primera vista cunde la impresión de haberse incurrido en falsedad. No debe olvidarse que, en materia penal, hay que individualizar el rigor de la presunción de falsedad, que sólo equivale a una sospecha necesitada de robustecerse y completarse con otros indicios y pruebas convincentes. Idea conexas con la regla de que la existencia del delito de falsedad requiere la mediación de dolo y que no cabe cometerlo por culpa o negligencia.

**Modos de falsificación de moneda.**—Los modos de falsificación de la moneda incluyen la fabricación material de sus unidades o piezas, las operaciones de adulteración, la reducción de su valor y la expendición de moneda ya falsificada.

## 7. FORNICACIÓN

**Ámbito de la fornicación.**—El Derecho Civil no prohíbe la fornicación simple entre un varón y mujer solteros, ni la fornicación concubinaria entre un varón casado y una mujer soltera, ni la relación con una mujer pública. El Derecho Canónico castiga la relación carnal y el coito extramatrimonial. El Derecho Divino y las leyes mosaicas prohíben la fornicación simple y la declaran pecado mortal.

**Castigo de la fornicación simple.**—Entre la división de opiniones sobre si el clérigo que comete fornicación simple ha de ser castigado con la pena de deposición o la de simple suspensión, domina el parecer de que, ante la enormidad de la fornicación, debe imponerse la primera de ambas.

**Relación especial.**—El coito de un clérigo con mujer soltera no constituye sacrilegio ni incesto, sino fornicación simple, como la que puede cometer cualquier laico. El clérigo notoriamente fornicador queda de pleno Derecho suspendido en su oficio.

**Supuestos condenables.**—Se considera condenable el coito castigado por una ley humana y exterior. Son, según ello, coitos punibles los cometidos con concubina, con mujer virgen, con niña que no es capaz de recibir varón, con niño, con mujer casada, con viuda, con pariente afín, con monja, con presbítero, con dueña, con súbdita, con pupila, con mujer encarcelada, con judíos o infieles, con animales brutos, con mujer muerta y entre mujeres.

**Prohibición del coito extramatrimonial.**—El Derecho Canónico prohíbe el coito realizado fuera del matrimonio. El Derecho Civil entiende que el coito con la concubina no está prohibido, pues sus normas no reprueban el concubinato dentro del que aquél puede cometerse, como lo acredita la costumbre que constituye la óptima interprete de la ley. El Derecho Canónico dispone que el laico que tiene concubina sufra la pena impuesta por el juez. El clérigo concubinario queda destituido de sus eventuales beneficios y obligado a devolver los frutos percibidos. Al varón relacionado con dos concubinas o una concubina y una esposa, se le imponía la pena de infamia, como si tuviese a la vez dos mujeres, si bien este criterio ha caído en desuso.

**Conversión del concubinato.**—La existencia del delito de concubinato exige unas condiciones que, si no se dan, convierten el crimen en estupro.

**Fornicación de la mujer con presbítero.**—Se prohíbe la fornicación de la mujer con un presbítero, aunque no incurre en sacrilegio la concubina o la mujer soltera que se relaciona con él. El coito de un clérigo con mujer soltera no se considera adulterio, incesto o estupro, sino simple fornicación.

**Coitos serviles.**—El coito del siervo con su dueña constituye fornicación castigada con la pena de hoguera. El coito de la mujer con su siervo aparece la decapitación de la primera y la muerte del segundo en la hoguera. Se castiga también el coito cometido por el señor con una súbdita dentro del territorio del primero o el del oficial con mujer que de él dependa. Cometten fornicación los tutores o curadores que realizan el coito con la pupila durante la tutela o después de la misma. Es gravemente punible el coito que realiza con la mujer encarcelada, el varón encargado de custodiarla. Aunque el coito con una mujer pública no es punible, incluso si interviene la fuerza, el habido con mujer pública encarcelada se castiga a causa de las circunstancias de la custodia y del lugar en que se produce. No hay fornicación si un varón encarcelado cohabita con una mujer pública privada también de libertad.

**Fornicación con judíos.**—Son punibles el coito de un varón judío con mujer cristiana o el de un cristiano con mujer hebrea. En el primer caso, no se impone la máxima pena y sí otras menos graves, aunque sea pública la mujer cristiana con la que el judío ha cohabitado. Ha de tratarse de una fornicación simple, porque, si se ha incurrido en adulterio, no hay razón para mejorar la suerte del judío respecto a la del cristiano castigado entonces con la pena de muerte.

**Coito con animales brutos.**—Constituye este coito un delito nefando que vulnera la naturaleza del género humano y que, al uso de la ley mosaica, se castiga con la muerte de su autor y la destrucción del animal que ha servido a ese fin.

**Coito con cadáveres.**—También se castiga el coito con cadáveres y se agrava su pena si el autor del delito se adueña del cuerpo de los mismos.

**Coito entre mujeres.**—Se castiga el coito entre mujeres que ejecutan los actos venéreos de corromperse o, como sucede en muchos casos, servirse de instrumentos materiales que lo facilitan.

**Rapto.**—Al contarse el rapto entre los delitos merecedores del máximo castigo, la pena de muerte se aplica a sus autores.

**Delito de bigamia.**—Son punibles el coito del varón que simultáneamente tiene dos o más mujeres y el de la mujer que, al mismo tiempo, tiene dos maridos. Se les aplica respectivamente la pena del estupro y el corte de cabellos, además de declararse la infamia del adúltero.

**Ausencia del marido.**—Si la mujer cuyo marido se ausentó hace algún tiempo, tiene noticia cierta de su muerte o, según la opinión general, se convence de que ha fallecido y toma otro marido, se la castiga como adúltera y se le absuelve del delito de fornicación.

**Uso de la violencia.**—Se ha de castigar más gravemente el coito punible que el que ocurre con violencia o empleo de la fuerza.

## 8. HURTO

**Concepto del hurto.**—Es hurto punible el apoderamiento fraudulento de una cosa ajena, con propósito de lucro relativo a ella o al uso y posesión que de la misma cabe hacer.

**Hurto manifiesto.**—Hay hurto manifiesto cuando, en el acto de cometerlo, se sorprende al autor que se apodera de la cosa hurtada. También es manifiesto el hurto cuya comisión presencia un tercero que se apresura a denunciarlo.

**Autotutela del perjudicado.**—El dueño de la cosa hurtada puede entrar, con autorización del juez, en el domicilio ajeno para perseguir el hurto y recobrar aquélla. Aunque algunos sostienen que la autorización debe denegarse, la prudencia aconseja que, para no suscitar escándalo ni alarma, el permiso se otorgue y la pesquisa se confíe a sus propios o más próximos ejecutores.

**Requerimientos e intimaciones.**—La publicación de edictos o la emisión de cartas monitorias conminan, bajo pena de excomunión, a indicar dónde se hallan las cosas hurtadas cuyo destino se conozca.

**Presunción del hurto.**—Aquel en cuyo poder se descubre la cosa hurtada, sólo se presume ladrón si es persona de mala fama, pero no cuando goza de buena fama y condición. No hay indicios bastantes para condenarle, pero sí para someterle a la tortura que puede provocar su confesión.

**Gravedad del hurto.**—El hurto constituye delito grave si se sustraen objetos muy valiosos o sumas considerables de dinero.

**Crítica de la pena de muerte.**—El Derecho común no castiga el hurto con la pena de muerte, salvo si el valor de la cosa sustraída excede de una determinada cantidad o el delito de hurto concurre con otro merecedor de ese castigo. Se advierte que el hombre, creado a imagen de DIOS, es sacrificado por adueñarse de los bienes ajenos y se predice que quienes así lo deciden arrastrarán una vida infeliz, no gobernarán durante mucho tiempo ni extenderán su imperio más allá de tres generaciones.

**Hurtos famosos.**—La conclusión no se aplica a los hurtos famosos que cometen los delincuentes habituales o que acarrearán la pena de infamia. Se considera ladrón famoso al que, adquirido el hábito de robar, sufre la pena de muerte por la comisión sucesiva de varios delitos de hurto.

**Excepción.**—Puede imponerse la pena de muerte si, no obstante haberse cometido un solo hurto, es éste de considerable magnitud.

**Delito continuado.**—La pena máxima se aplica cuando se habla de tres hurtos, sin computarse los cometidos fuera del territorio, mientras que existe un tercer hurto y dicha pena es procedente si los otros dos anteriores ocurrieron dentro del territorio y completan la cifra señalada.

**Traslación de la cosa hurtada.**—El ladrón que traslada la cosa hurtada a un territorio distinto del suyo, puede ser castigado en el mismo a causa de su apoderamiento.

**Adición de la pena.**—Ha de ser ahorcado el ladrón que, tras haber consumado dos hurtos y sufrido la pena establecida para cada uno, comete un tercero, pues, amén del castigo de los anteriores, éstos se añaden al perpetrado en último lugar. Otra opinión sostiene que los dos primeros delitos no se computan para imponer la pena máxima y sí para acrecentar la pena correspondiente al tercero.

**Ampliación de la regla.**—La misma regla se aplica al ladrón que, absuelto de los dos primeros hurtos, comete un tercero que, sumado a los anteriores, se tiene en cuenta para imponerle el máximo castigo.

**Individualización de los hurtos.**—Cada uno de los hurtos que así se contemplan, consiste en sustraer cosas diferentes de las que el ladrón se apodera en distintos momentos o espacios de tiempo.

**Ejecución de la pena de muerte.**—La pena de muerte, con que el delito de hurto se castiga, se ha de cumplir por ahorcamiento y no por decapitación.

**Deberes de restitución.**—El ladrón no está obligado por el fuero de la conciencia a devolver al dueño de la cosa el cuádruplo de su valor y sólo debe restituir la cosa hurtada.

**Muerte del ladrón flagrante.**—Puede matarse impunemente al ladrón sorprendido en el acto de cometer el delito perpetrado en flagrancia.

**Valor y cuantía de las cosas hurtadas.**—Si el valor y la cuantía de las cosas hurtadas no constan ni es fácil su demostración, ha de estarse a lo que, bajo juramento, declaren los dueños despojados de tales objetos.

**Prueba de la excusa.**—El ladrón de la cosa robada se excusa demostrando que la persona a quien se la sustrae era un deudor suyo que había incumplido el deber de restituir mediante el pago de una suma de dinero o satisfacción equivalente.

**Excusa del hurto.**—El hurto se excusa demostrando que la cosa que se dice sustraída se recibió por decisión de quien entonces era su dueño. Para que haya hurto se precisa que el apoderamiento de la cosa ajena tenga lugar contra la voluntad de aquél. Una cautela razonable consiste en que el propio dueño atestigüe que hizo la entrega voluntariamente. Debe, además de esta protesta, concurrir alguna verosimilitud o conjetura, como el dato de tratarse de parientes consanguíneos o amigos, o el módico valor de la cosa hurtada. La verificación de estos extremos depende del arbitrio judicial.

**Hurto doméstico.**—Los hurtos domésticos se castigan corporalmente con la pena de muerte y sus autores deben ser ahorcados como ladrones famosos.

**Valor módico de la cosa hurtada.**—La alegación de que la cosa hurtada es de escaso valor —puesto que no hay que ocuparse de las cuestiones mínimas— resulta inaceptable, ya que la acción de hurto tiende también a recobrar los bienes insignificantes de que se ha visto privado su dueño. El módico valor de la cosa suele tenerse en cuenta para atenuar la pena que el autor del hurto debe soportar.

**Estado de necesidad.**—Queda excusado el hurto cometido en tiempo y circunstancias de necesidad, pues en semejantes situaciones, es lícito adueñarse de las cosas ajenas.

**Mejora de fortuna.**—Sostienen algunos que está obligado a devolver la cosa hurtada quien, tras haber cometido un hurto en tiempo y circunstancias de necesidad, mejora posteriormente de fortuna. Prevalece la idea de que, si el Derecho permitió aquel hecho en su momento, no ha de plantearse la cuestión de nuevo ni procederse a la restitución que se debate.

**Hurto en naves u hospederías.**—Si se comete un hurto en naves o casas de hospedaje, responde el hospedero al que los huéspedes han entregado y consignado su equipaje. Si el equipaje se restituye abierto o estropeado, opinan unos que no merece crédito el huésped que, bajo juramento, afirma que se le han hurtado ciertos objetos que había en la valija, y que el juez debe interrogar a los familiares, sirvientes y otros que se hallen en la casa. De contrario se alega que ha de estarse en un todo a lo que, bajo juramento, ha



declarado el huésped, pues la experiencia enseña que los hospederos son verdaderos profesionales del hurto y que la aplicación de este criterio ayuda a combatir su falta de honradez.

**Restricción del perdón.**—Cuando se acciona criminalmente, no rige el principio de que, si varios siervos han cometido un delito de hurto, el perdón otorgado por el dueño a uno de ellos libera a todos los demás.

## 9. CRIMEN DE HEREJÍA

**Concepto del crimen de herejía.**—Se incurre en herejía cuando los artículos de fe se sienten y entienden de distinto modo a cómo los siente y entiende la Iglesia romana. También es hereje el que disiente de los sacramentos de la Iglesia, defiende una doctrina perversa, difunde nuevas opiniones o secunda las antiguas que la Iglesia condena. Así se manifiestan quienes aseguran que el perjurio y la fornicación no son pecado.

**Condiciones del crimen de herejía.**—Para ser declarado hereje hace falta estar bautizado, de suerte que los judíos, los paganos y los mahometanos no incurren nunca en crimen de herejía. Se requiere, además, errar conscientemente sobre materias de la fe católica, acatando lo falso en lugar de lo verdadero, lo incierto en lugar de lo cierto y viceversa. No se considera hereje a quien sólo es inicialmente pertinaz en esas opiniones, ni al poseedor de una fe implícita, que cree en todo lo que acepta y enseña la Santa Madre Iglesia, aunque, a impulsos de la razón natural, opina falsamente sin llegar a difundir sus errores. Se incurre en herejía desde el momento en que la duda se consolida, gana en firmeza de ánimo y adquiere la consistencia con que se transforma en error.

**Negación de palabra.**—Quien, por miedo al tormento, la muerte u otra causa, niegue a CRISTO de palabra, pero siga creyendo en ÉL de corazón, comete un gravísimo pecado mortal, pero no se le tiene por hereje, pudiendo obtener del Obispo la absolución y la conciliación que le devuelven al seno de la Iglesia.

**Carácter del crimen de herejía.**—El crimen de herejía es delito eclesiástico y sólo los jueces eclesiásticos pueden conocer del mismo. Incumbe a los jueces seculares ejecutar la pena que, por la comisión del delito, se haya impuesto al hereje.

**Variantes de auxilio judicial.**—El juez secular, al que el juez eclesiástico hace entrega de un reo de herejía, puede conocer de ciertos particulares de la causa sin alterar la pena recaída. El juez laico puede hacer detener al sospechoso de herejía para ponerle, sin demora, a disposición del juez competente.

**Jurisdicción ordinaria y jurisdicción delegada.**—Los jueces ordinarios, los Obispos, que entienden de las causas abiertas contra los herejes, los jueces delegados y los inquisidores investigan el delito en cuestión. Unos y otros pueden actuar simultánea o divisiblemente, si bien la condena del reo requiere

re la intervención de todos ellos. Pueden, en cambio, absolver por separado del crimen de herejía.

**Competencias declarativas y ejecutivas.**—El juez eclesiástico, que entiende del delito, sólo puede declarar la incursión del reo en crimen de herejía y condenarle a morir en la hoguera, entregándole luego al juez secular para la ejecución del máximo castigo.

**Ejecución y conmutación de la pena de hoguera.**—La pena de muerte en la hoguera se aplica al hereje que rehúsa retornar al seno de la Iglesia. Si hace penitencia y está dispuesto a abjurar de su herejía, elude las penas establecidas para los herejes, pero no la condena a cárcel de por vida. Los superiores y los inquisidores pueden conmutar esta pena por otra más leve, entendiendo por superiores a los jueces eclesiásticos, pues los jueces civiles no son competentes al respecto. Los herejes reincidentes han de sufrir la pena de hoguera, aunque se ofrezcan a hacer penitencia y regresar a la fe de la Iglesia. Si el hereje no reincidente hace penitencia y se dispone a abjurar de su error antes de que se dicte la sentencia, no sólo sortea la pena de muerte, sino también la de confiscación de sus bienes que produce efectos de pleno Derecho desde la comisión del delito.

**Momento idóneo para la penitencia.**—Según unos, la penitencia sólo es eficaz cuando, inmediatamente después de advertirse el error, los herejes vuelven voluntariamente a la verdad y la unidad de la Iglesia. Defienden otros que el arrepentimiento es admisible hasta que se dicte sentencia. La opinión más extendida entiende que la retractación y el arrepentimiento surten efectos incluso después de la condena del hereje.

**Equivocidad de la actitud herética.**—Cuando el imputado convicto de herejía manifieste el propósito de abjurar y de reconocer su error, aunque luego rehúse confesar que dijo tal y asegure que estuvo siempre dispuesto a creer en lo que la Iglesia manda y cree, su abjuración carece de valor y, a causa de su negativa, debe ser quemado por impenitente, salvo que pruebe haberlo dicho porque estaba convencido de ello. Esta doctrina es harto severa y criticable, pues mal puede considerarse hereje a quien no persevera tenazmente en el error que se le atribuye.

**Cumplimiento de la penitencia pública.**—Si el hereje no quiere hacer la penitencia pública que se le ha impuesto para constancia de su error, debe ser quemado en la hoguera. Un criterio de benignidad aconseja que se le destierre durante seis meses de la ciudad donde reside, salvo si concurren circunstancias indicativas de que no comparte el sentir y la fe de la Iglesia. Debe entonces ser arrojado a las llamas como reincidente.

**Condición del hereje impenitente.**—Los herejes impenitentes no han entregarse de inmediato a los jueces seculares, como si se tratase de herejes reincidentes, sino que deben ser avisados y exhortados para que retornen a la fe. Pueden beneficiarse de la reconciliación allí donde, por fin, cumplan la penitencia pública.

**Pena de confiscación por herejía.**—El Derecho común manda confiscar todos los bienes de los convictos de herejía. Además de la confiscación producida de pleno Derecho, el reo pierde la administración de esos bienes desde la comisión del delito. Los bienes de los clérigos herejes, titulares de un beneficio eclesiástico, pasan a la Iglesia de que son beneficiados, y, si no tienen beneficio, al fisco de la Iglesia catedral. Los bienes de los laicos herejes se destinan al fisco secular. En España, los bienes muebles de los herejes, incluso los de los clérigos beneficiados o no, se destinan al fisco secular. No faltan otras soluciones afines y ocasionalmente extravagantes sobre el particular.

**Extensión subjetiva de la confiscación.**—Los bienes de los declarados herejes se confiscan, aunque uno o varios de sus hijos sean católicos o cristianos ortodoxos.

**Separación matrimonial por causa de herejía.**—La incursión en crimen de herejía da lugar a la separación del matrimonio. La esposa que rechaza al varón reincidente en herejía, con o sin sentencia, está obligada a volver a su lado si el marido retorna al seno de la Iglesia, salvo que, si la sentencia lo autoriza, prefiera entrar en Religión.

**Condición del clérigo hereje.**—El clérigo hereje queda privado de los oficios y beneficios eclesiásticos de que está en posesión. También los hijos de los clérigos herejes y sus encubridores pierden los beneficios que ostentaban cuando se cometió el delito. Un criterio de benignidad aconseja que esta última privación se produzca merced a una sentencia.

**Retroactividad de las penas.**—Las penas decretadas contra los hijos de los declarados herejes afectan indistintamente a los nacidos antes de que sus padres delinquieran o después de cometido el crimen, si bien la opinión más benigna desaconseja la aplicación del castigo a los primeros.

**Relaciones con el condenado.**—Los particulares que tienen relación o trato con los condenados por crimen de herejía, no deben presumir la buena fe de estos convictos.

**Asistencia y representación de los herejes.**—Los herejes no pueden ser asistidos por los abogados y procuradores cuando su condición de tales sea evidente, salvo si el abogado pretende probar en el juicio que su patrocinado no es hereje y desea volver a la fe católica. En las causas contra los herejes, los Obispos y los inquisidores suelen autorizar a los abogados para que intercedan, aunque no se haga uso frecuente de la venia otorgada.

**Prueba del crimen de herejía.**—Para demostrar la incursión en crimen de herejía, bastan elementos menos consistentes que en la generalidad de los procesos, no sólo durante la averiguación o inquisición del delito, sino también para concluir que hay prueba plena de haberse cometido. No es aceptable la opinión de que, para declarar convicto de herejía, se exige la declaración de tres testigos, en vez de los dos que habitualmente se requieren.

**Persecución postmortuoria del crimen de herejía.**—El crimen de herejía puede perseguirse después de la muerte del hereje, al que se impone tar-

díamente la pena de condena o proscripción de su memoria. El cuerpo de los herejes así condenados se entrega al brazo secular que decreta su quema en la hoguera. La condena de la memoria no sólo se aplica a los verdaderos herejes, declarados tales en virtud de pruebas convincentes, sino también a los herejes presuntos que, llamados a la causa y no comparecidos, mueren cuando transcurre más de un año sin haber depuesto su actitud contumaz.

**Excepción respecto al Papa.**—Aunque el Papa no puede ser acusado ni perseguido por delito alguno, sí que cabe declararle hereje y condenarle por la comisión de ese crimen.

**Condición del hereje oculto.**—Los herejes ocultos, que sólo en su interior se apartan de la fe católica y no muestran, de palabra o por escrito, señal alguna de herejía, no incurrir en la pena de excomunión ni en el resto de las fijadas para los herejes. La Iglesia no juzga ni resuelve sobre las realidades ocultas o de objetivación imposible.

**Hechos constitutivos de herejía.**—Son hechos que, a juicio de los especialistas, constituyen crimen de herejía, los que dan a entender algo manifiesto e inequívocamente herético, como bautizar las imágenes, bautizar nuevamente a los niños y otros semejantes.

**Invocación del demonio.**—La invocación del demonio denota la incurción en herejía manifiesta, pues atribuye al diablo la predicción y el conocimiento del futuro que es obra de DIOS. Si la invocación se hace para poner a prueba la virtud y el pudor de la mujer, no hay crimen de herejía, porque se invita al demonio a realizar lo que más le satisface, como es la tentación del un alma para adueñarse de ella. Crímenes como el de sortilegio son de fuero común y de ellos pueden conocer los jueces eclesiásticos y los jueces seculares. El Derecho común castiga los sortilegios y las adivinaciones con la pena de muerte y la confiscación de bienes, aunque la práctica consuetudinaria suele sustituirlas por las penas de azotes y expulsión de la comunidad.

## 10. HOMICIDIO

**Modalidades del homicidio.**—A diferencia de los animales, los hombres recelan unos de otros y se arrebatan la vida con crueldad. Las modalidades del homicidio son el homicidio simple y el homicidio deliberado. El homicidio simple se comete sin intención o ánimo específico de matar. El homicidio deliberado se comete de propósito y con ese carácter. El homicidio simple puede obedecer a necesidad, casualidad, culpa o dolo.

**Homicidio casual.**—El homicidio es casual si, al intentar hacer algo que le está permitido y sin culpa alguna de su parte, una persona causa la muerte de otra.

**Homicidio culposo y pena que le corresponde.**—El homicidio se comete con culpa cuando, inadvertidamente y sin ánimo de matar, una persona causa la muerte de otra. Aunque este homicidio se realice sin dolo, debe castigarse

con pena pecuniaria o con destierro y no con la pena ordinaria de muerte. Siempre ha de reprimirse con más benevolencia el homicidio cometido sin propósito de matar, que el que tiene lugar dolosamente. El homicidio culposo se castiga penalmente cuando el autor obró con culpa lata, cercana y semejante al dolo, pero no si la culpa es levisima o leve. Esta última se equipara al caso y el homicidio que se sigue de ella lleva el nombre de homicidio casual.

**Agresión producida sin ánimo de matar.**—También hay homicidio culposo si, sin intención de matar, alguien golpea a otra persona que muere a consecuencia de esta percusión. Se cita el ejemplo de la mujer que, golpeándola en la cabeza con un bastón, ocasiona la muerte de la sierva que consideraba encinta de su marido. No hay ánimo de matar si, sin propósito de golpear a otro, se le acomete por error y de ello se sigue la muerte, o si, para defenderse del ataque de un animal, se lanza contra él un objeto que alcanza a un transeúnte que fallece a consecuencia del impacto.

**Homicidio de persona distinta de la que se propone matar el autor.**—Si alguien quiere matar a una persona y, sin lograrlo, da muerte a otra distinta, no se le ha de imponer la pena extraordinaria propia del homicidio, pues no ha intervenido la voluntad de eliminar a quien así queda privado de la vida. Se trata de un homicidio cometido por culpa y no por dolo. Si alguien se incorpora a una riña desencadenada con ánimo de matar y muere a consecuencia de esta participación, se le declara muerto en riña y no de propósito o en virtud de un ánimo deliberado.

**Homicidio doloso.**—Existe homicidio doloso cuando, con ánimo deliberado, un hombre causa la muerte a otro. Se denomina homicidio simple, porque el propósito de matar no va precedido de un intervalo o tiempo de reflexión y sobreviene repentinamente al calor de la ira o en el transcurso de una riña.

**Modos de comisión del homicidio deliberado.**—El homicidio deliberado puede cometerse de propósito, por insidia, a traición o por asesinato.

**Homicidio cometido de propósito.**—El homicidio se comete de propósito cuando una persona da muerte a otra con ánimo deliberado y sostenido durante un intervalo de tiempo anterior a la agresión. Esta pausa es precisa, porque, si alguien tropieza con un enemigo y, acalorado por la ira, le da muerte, el ánimo deliberado no existe, salvo si se acredita que la agresión tuvo lugar preparando las armas con el fin de matar al adversario tan pronto como con él se diese. La zona del cuerpo en que se produjeron las lesiones, la clase de armas y las heridas de los contendientes permiten presumir la intención de matar, pero no el ánimo deliberado anterior a la agresión. Cuando, inmediatamente después de haber sido injuriado, el ofendido mata al ofensor, se conjetura verosíblemente que, aun sin intervalo previo a la toma de la decisión, ya el primero había resuelto cometer el homicidio.

**Homicidio cometido por insidia.**—El homicidio se comete por insidia cuando una persona espera a otra en un lugar donde ésta no puede prever la

presencia de aquélla y, viéndola venir, arremete contra ella, con ánimo de matarla, y le quita la vida. Los autores de estos homicidios no gozan de la inmunidad que procura el asilo eclesiástico.

**Homicidio proditorio.**—El homicidio se denomina proditorio cuando una persona da muerte a otra sin estar previamente enemistadas. Es el caso de que un compañero de viaje mate a otro o de que, sin que preceda riña, dos socios se hallan sentados a la mesa o una persona finge ser amiga de otra. Tampoco goza de inmunidad al autor del homicidio proditorio o cometido a traición que postula el asilo eclesiástico.

**Homicidio por asesinato.**—El homicidio constituye asesinato si se comete a cambio del pago de una suma de dinero.

**Modos de comisión del homicidio.**—El homicidio se puede cometer de varios modos. Unas veces, el autor lo ejecuta con sus propias manos. Otras, encarga su comisión a otro, entendiéndose que este mandato de homicidio equivale a su ejecución por el que le ordena. Otras, auxilia a un tercero o le aconseja la comisión de un homicidio. Se considera también homicida a quien intenta darse muerte o se quita la propia vida. Es homicida el que añade a la comida o la bebida algo mortífero, cuya ingestión, como es el caso de los vasos amatorios y los vasos de aborto, causa la muerte del consumidor. Es homicida quien indica a otro que siga una ruta donde sabe que sus enemigos están apostados para darle muerte.

**Homicidio por envenenamiento.**—Se castiga también como homicida a quien fabrica venenos mortíferos o se los facilita a otro para que mate usando de ellos. Cuando la muerte es consecuencia del envenenamiento, se ha de imponer la pena capital a quien ha facilitado el veneno.

**Envenenamiento sin resultado de muerte.**—Aunque el envenenamiento no produzca la muerte, debe aplicarse la pena ordinaria, pues este crimen se considera de máxima gravedad o muy atroz. Ello no obstante, la opinión general entiende que ha de castigarse con penas menos graves.

**Homicidio por condena injusta.**—Al juez que, corrompido por el dinero o a impulsos de la ira, condena a muerte a un inocente, se le aplica la pena de decapitación por homicidio. Pena que procede imponer si ha dado crédito a una acusación falsa o a una pesquisa que han motivado la condena de un inocente a pena capital.

**Homicidio causado por torturas.**—Debe ser condenado a pena capital, como homicida, el juez que somete al reo a una tortura desmedida o se excede en las investigaciones que originan la muerte de aquél.

**Homicidio causado por la administración de un mal medicamento.**—Comete homicidio el médico que, a sabiendas, administra un mal medicamento que produce la muerte del enfermo. Si no consta ni se acredita que conocía esa maldad, se le impone una pena de gravedad menor. Si el enfermo fallece a consecuencia de la culpa o la impericia del médico, éste ha de resarcir los daños causados por su intervención.

**Pena del homicidio.**—El homicidio se castigaba con la pena de deportación y confiscación de todos los bienes del reo que fuese de noble condición. Se ha sostenido luego que tanto los homicidas plebeyos como los de noble condición deben ser condenados a muerte.

**Imposición exclusiva de pena pecuniaria.**—Carecen de valor las disposiciones que limitan el castigo del homicidio a la imposición de una pena pecuniaria.

**Sanciones del Derecho Canónico.**—El Derecho Canónico castiga con la pena de excomunión el homicidio cometido por laicos, y con la deposición de su cargo y la pérdida de beneficios el que los clérigos pueden cometer.

**Condición del clérigo homicida.**—El clérigo homicida pierde sus beneficios por el mero hecho de haber dado muerte a una persona, sin requerirse una sentencia que acuerde dicha privación. La sentencia se exige en el caso del homicidio simple, pero no, si el homicidio es deliberado o cualificado por alguna circunstancia de agravación.

**Desheredación del homicida.**—El homicida pierde su derecho a heredar, por testamento o abintestato, a la persona a la que dado muerte. La exclusión no tiene lugar como incapaz, sino después de que, habiendo sido llamado a suceder, el fisco se adjudique la herencia. El hijo, que ha dado muerte al padre, le sucede y el fisco se adueña de la sucesión a causa de la indignidad del heredero.

**Sufragio del alma.**—En sufragio del alma del muerto, el homicida viene obligado a dar limosna para que se recen plegarias, a ayunar y, en la medida de sus recursos económicos, a sufragar los gastos médicos de curación, teniendo en cuenta los hábitos del enfermo y el tiempo que aquélla hubiese requerido en el caso de sobrevivir. El fisco no acostumbra a valorar previamente los bienes del homicida, para indemnizar a los hijos del fallecido, y se los apropia sin fijar antes el importe del resarcimiento.

**Excusas del homicidio.**—Entre las causas que excusan el delito de homicidio, está la prueba de que se cometió para la defensa necesaria del autor de la muerte. Tampoco es punible el homicidio cometido en defensa propia, pues cada uno puede rechazar lícitamente, con la fuerza, la violencia ejercida contra su persona. Criterio al que los teólogos no oponen objeción alguna.

**Homicidio excusado por la defensa de los bienes.**—La licitud de dar muerte a otra persona en circunstancias de defensa propia, no sólo se refiere a la protección del cuerpo y de la vida, sino también a la de los bienes pertenecientes a quienes reaccionan así. El Derecho Canónico no excusa el homicidio del ladrón por el poseedor o el propietario de las cosas que aquél ha sustraído.

**Homicidio excusado por la defensa del honor.**—Con mayor razón, es lícito dar muerte a otra persona para defender el honor propio, pues el peligro de la fama o estimación personal se asimila al peligro de la vida. Quien sufre riesgo inminente de injuria o daño personal puede matar impunemente al agresor.

**Homicidio excusado por la defensa de los allegados.**—La excusa no sólo alcanza a la defensa de los que protegen la integridad personal, sino también a la de quienes mantienen con ellos vínculos de sangre.

**Homicidio excusado por la defensa de extraños.**—La excusa se amplía a la defensa ejercida por algunos extraños, como los que forman parte de la familia del agresor o están a su servicio.

**Homicidio del clérigo ofensor.**—La excusa del homicidio prevalece cuando, partiendo la agresión de un clérigo, se le da muerte en defensa de la persona, de sus parientes y de algún extraño.

**Homicidio del Papa o el Emperador.**—Se excusa incluso el homicidio del Papa y/o el Emperador, si uno u otro intenta, contra todo Derecho, agredir a una persona que, ni siquiera acudiendo a la fuga, puede salvarse de la muerte inminente a que le expone dicho ataque. Quien, en defensa propia, agrede a un clérigo, no incurre en la pena de excomunión, aunque, sin excederse de propósito, se haya extralimitado en su respuesta.

**Homicidio del insultante.**—No se permite que el insultado dé muerte al insultante, sino también a quien, no siendo el ofensor, es imprescindible matar para evitar la intervención del agresor.

**Recurso a la fuga.**—Aunque el insultado puede salvarse huyendo, no tiene obligación de hacerlo y puede matar impunemente al insultante, si bien ello depende de que la fuga se produzca honorable o deshonrosamente.

**Prueba de la necesidad de defenderse.**—No es preciso que el agresor demuestre la concreta necesidad de su defensa, pues le basta acreditar que obró movido por la intención de defenderse. Tampoco hay que aguardar a que el agresor ofenda o acometa, pues el sentirse amenazado de muerte ya excusa el homicidio de la persona de quien se teme un inminente ataque.

**Exceso en la defensa.**—La defensa invocada para excusar el homicidio debe ejercitarse con la moderación propia de la tutela pretendida, conforme al modo, el tiempo y la causa que concurren en ella. Al agredido que dolosa o culposamente se excede en el modo de defenderse, no se le impone la pena ordinaria del homicidio y sí otra más tenue que el juez determina. La excusa no interviene cuando, acabado el enfrentamiento o la pelea, el herido insulta al que causa la lesión, pues entonces no median motivos de defensa y sí razones de venganza. El que mata al agresor para defenderse sufre una pena más leve que la pena capital.

**Prueba sobrevenida.**—Se admite la prueba tardía de quien, habiendo negado en el proceso que diera muerte a otro y alegado que, a causa de la tramitación, se le considera reo de homicidio, trate de acreditar que obró en defensa propia. El reo no puede oponer diversas y sucesivas excepciones que se contradigan.

**Homicidio del sujeto insidioso.**—El homicida se excusa demostrando que aquel a quien dio muerte se disponía a tenderle una emboscada y acecharle para privarle de la vida, pues es lícito adelantarse y matar a esos traidores.



Ello también ocurre cuando la inminencia y el advenimiento del acecho sólo se evitan dando muerte al traidor. Aunque el homicida hubiese podido detenerse o suspender su iniciativa, no se libraría de la imposición de una pena extraordinaria.

**Intervención de varias personas en el homicidio.**—Cuando es imposible identificar al autor del homicidio entre quienes en él participaron, se cuestiona si, ante esa incertidumbre, todos deben ser condenados o absueltos. Si solo hay una herida letal y se ignora quien sea su causante, no ha de imponerse la pena ordinaria y sí castigarse a todos con una pena pecuniaria. Si hay varias heridas letales y se ignora cual de ellas originó la muerte, procede absolver a todos de la máxima pena e imponerles una pena al arbitrio del juez. Se contemplan, además, tres supuestos. En el primero, si el homicidio es deliberado y cometido de propósito, procede imponer a cuantos intervienen en él la pena ordinaria del homicidio, tanto si el difunto fallece a causa de una sola herida como de varias, aunque sólo sea letal una de ellas y las restantes no, y aunque conste que todos hirieron o no hirieron o surjan dudas al respecto. En el segundo caso, si no consta que el homicidio se cometió deliberadamente y hay incertidumbre sobre el particular, todos los intervinientes deben ser condenados a la pena extraordinaria propia del homicidio simple. El tercer caso surge cuando, fuera de toda duda, el homicidio se comete de improviso en el curso de una discusión.

**Homicidio cometido en riña.**—Cuando, en una riña, sólo existe una herida que causa la muerte de la persona lesionada, pero se desconoce quién de los participantes haya sido su autor, ha de imponerse a todos la pena extraordinaria que fija el arbitrio del juez y no la pena ordinaria que corresponde al homicidio. Si una persona es golpeada por varias y se desconoce a consecuencia de qué ha fallecido, no se impone la pena de muerte a ninguno de los agresores.

**Presunción de autoría.**—La aparición del autor principal o del iniciador de la riña genera una válida presunción de Derecho, por la que sólo a él se le considera homicida y puede ser decapitado. Este criterio no se observa y pocas veces se castiga con la pena de muerte el homicidio cometido durante una pendencia.

**Desconocimiento de la identidad del homicida.**—Cuando, ignorándose quién ha causado la lesión, es imposible identificar al homicida, se sostiene que, si la pena del homicidio se equipara a la de auxilio al mismo, el juez puede acusar a uno de homicidio y a los demás de auxilio. Algunos acusan de homicidio, describiendo el hecho y declarando que uno hirió y los demás le auxiliaron, sin designar nominativamente al homicida. Si son contumaces, se les condena en rebeldía a la pena del homicidio. Si comparecen, se les aplica la tortura o se les impone una pena pecuniaria.

**Desconocimiento de la herida letal.**—Aun constanding la producción de varias lesiones, la identidad de los autores respectivos e incluso de las que ha

causado cada uno, puede ignorarse la que originó la muerte. Si todas ellas son letales, los componentes del grupo agresor son acusados de homicidio. Si unas resultan letales y otras no, los autores de las primeras son declarados reos de homicidio y los restantes de lesiones.

**Alegación de una causa diferente.**—Los acusados de homicidio suelen defenderse alegando que la muerte del herido se debió a una causa diferente y extraña a las lesiones que se le infligieron. Si hay certeza de que la herida es letal, su autor es castigado con la pena extraordinaria correspondiente al homicidio. No sirve invocar la impericia de los médicos ni la culpa del herido o enfermo que, pudiendo acelerar su muerte, no excluyen la acusación por homicidio. Si se prueba que la herida no es letal y que la muerte proviene de otra causa, no cabe acusar por homicidio. Si, dudándose de la letalidad o no letalidad de la herida, tampoco consta negligencia o culpa del fallecido, se presume que éste ha muerto a causa de dicha lesión y se entiende que el homicidio existe. Si consta la negligencia o culpa del herido, se impone al causante una pena extraordinaria, en vez de la pena ordinaria del homicidio.

**Criterio de los médicos.**—Hay que estar al criterio de los médicos y peritos que dictaminan si la muerte provino de la letalidad de la herida o de un desacertado tratamiento. Basta el parecer de uno solo, si no hubiese más en el lugar. Los peritos no han de ser doctores, porque estas curaciones también se encomiendan a los cirujanos y barberos que, como los médicos, deben prestar el juramento que no asegura la veracidad de su juicio, sino sólo su credibilidad y prestigio. Cuando los médicos se dedican especialmente a visitar, sólo han de prestar juramento al comenzar esas visitas y no en el curso de cada una de ellas. Frecuentemente aseveran los peritos que la muerte ha sido consecuencia de un mal tratamiento. Poco crédito merecen los peritos que, para favorecer indulgentemente a los acusados, dictaminan en juicio que la herida no era letal o que el fallecimiento se debió a mala práctica, pues los casos de corrupción son abundantes. La opinión más sensata manda estar al arbitrio judicial, que pondera la cualidad, el lugar de la herida y el parecer de los facultativos que declaran si la herida ha producido efectos a causa de su intervención o del tiempo transcurrido entre la producción de la lesión y el fallecimiento.

**Muerte del herido en un corto espacio de tiempo.**—Si, después de haber sido lesionado, el herido empeora y fallece al cabo de un breve espacio de tiempo, se presume que ha muerto a consecuencia de dicha agresión y se considera homicida a su autor. Los médicos afirman que quien soporta una herida letal no sobrevive más de cuarenta días. No se presume que la muerte sea consecuencia del ataque sufrido, si el herido deambula durante más de tres días después de la agresión.

**Corrección del error de los médicos.**—Si, en virtud del dictamen de los médicos, alguien es declarado homicida y se demuestra luego que la imputación no procedía, cabe que aquéllos se retracten y que se dé por

bueno el parecer de otros expertos, pues la sentencia no produce efectos de cosa juzgada. Se discute si la solución es admisible cuando no caben remedio ni recurso contra la resolución recaída. A petición del imputado, el juez puede designar peritos que, exentos de toda sospecha, revisen el parecer anticipado por los médicos e informen de la letalidad de las heridas causadas.

**Prueba de otra causa del homicidio.**—Puede demostrarse que el herido no ha muerto a consecuencia de la lesión causada por el reo, si se prueba que sobrevino otra agresión que le privó de la vida. Ha de absolverse entonces a quien, a juzgar por lo ocurrido, no es un verdadero homicida. Es desafortunado aconsejar que quien ha herido mortalmente a otro encomiende de inmediato a un tercero que le dé muerte, para que el uno sea sólo acusado de lesiones y el otro de homicidio. Si éste interviene por mandato o voluntad del primero, ambos incurrir en pena de homicidio. Si esa voluntad falta, el primero es acusado de lesiones y el segundo de homicidio.

**Licitud de la muerte de un ladrón.**—El reo puede alegar, como excusa, la impunidad de haber dado muerte a un ladrón, a un bandido o a un adúltero. Para excusar la muerte del ladrón nocturno, hace falta que se defienda la propia persona o la toma de las cosas de su propiedad, pues no hay excusa cuando el ladrón desiste de apoderarse de ellas. Hay que pedir auxilio antes de dar muerte al ladrón nocturno. Es preciso disponer de testigos que demuestren el propósito de hurtar. Es, en fin, necesario que haya sido imposible capturar al ladrón. Se puede matar al ladrón diurno que se defiende con la espada o al que, dudándose de si tiene propósito de matar o de hurtar, no se puede hacer frente sin riesgo de la vida. La impunidad del homicidio se da cuando el ladrón se apodera de las cosas de su dueño y, huyendo con ellas, se resiste violentamente a devolverlas.

**Excusa favorable al padre.**—El padre puede matar impunemente al varón que comete adulterio con su hija, siempre que medien estas condiciones. La hija ha de estar casada y sometida a la patria potestad. El episodio ha de tener lugar en el domicilio del padre o de su yerno. Los adúlteros han de ser sorprendidos en el acto de la comisión del adulterio. Los clérigos y los magistrados adúlteros no se eximen de esa circunstancia.

**Excusa favorable al marido.**—El marido que, sin haber consentido el adulterio, sorprende a su esposa cohabitando con un varón de condición vil, sólo puede matarle impunemente si el adulterio se comete en su propia casa, pero no si se produce fuera de ella. Si el adúltero no es persona vil, el marido no puede matarle impunemente, aunque, a causa de su justificado dolor y humillación, se le imponga una pena más tenue que la del último suplicio. También se mitiga la pena del marido que golpea al clérigo sorprendido en flagrante adulterio con su esposa. La atenuación beneficia al prometido con esponsales por palabras de futuro y no exige la absolución del Sumo Pontífice, por que la del Obispo es bastante.

**Excusa en el fuero de la conciencia.**—A diferencia del fuero contencioso externo, el fuero de la conciencia prohíbe que el padre o el marido dé muerte a la esposa, la hija o el tercero sorprendidos en flagrante adulterio. Parece poco edificante la solución permisiva de que una ley vigente autorice a cometer un pecado mortal.

**Excusa de un tercero.**—Se duda de si el padre o el marido pueden ordenar a un tercero que dé muerte al adúltero sorprendido en su domicilio. El caso desborda lo habitual, pues implica la posibilidad de tomarse la justicia por su mano, aunque se considera equitativo confiar esta acción a un hijo del padre o del marido.

**Muerte del desterrado.**—Los homicidas suelen defenderse alegando que el ofendido es un desterrado al que se puede matar impunemente. Lo cual no es así, pues está prohibido dar muerte al enemigo, salvo si el que se ha pasado a sus filas conoce y puede revelar secretos justificantes de tal impunidad.

**Validez de la norma que lo autoriza.**—La ley no sólo rige cuando dispone que el desterrado puede ser impunemente muerto u ofendido, sino también cuando recompensa estas acciones. Es indispensable que el destierro sancione la comisión de un delito grave, pues carece de valor la disposición que autoriza a ofender o matar por el impago de una deuda pecuniaria.

**Fuero de la conciencia.**—Se discute si en el fuero de la conciencia es censurable ofender y dar muerte al desterrado. Se alega que quien así procede se excusa en conciencia, porque elimina a un enemigo de la república. Si lo hace con el fin de derramar su sangre, no queda excusado y peca mortalmente, salvo si es claro su designio ajeno a la venganza. En el fuero contencioso, siempre se excusa a quien da muerte al desterrado, aunque lo haga con el propósito de vengarse.

**Extensión de la excusa.**—Las normas estatutarias disponen que, si el desterrado puede ser muerto impunemente, el agresor se exime de la pena asignada al homicidio. Se pregunta si, cuando sólo se declara que puede ser ofendido impunemente, cabe entender que también impunemente se le puede dar muerte. La opinión general resuelve afirmativamente esta duda.

**Impunidad del adulterio con mujer desterrada.**—Se cuestiona si cualquiera puede cometer adulterio impunemente con una mujer desterrada. La respuesta es afirmativa, ya que, si el estatuto se dicta para preservar la paz y el orden público, el adulterio cometido con mujer desterrada no altera esa tranquilidad. Tal adulterio se considera impune, por quedar al margen de los objetivos que protegen las normas estatutarias.

**Equiparación del deportado.**—A estos efectos y según la opinión general, el deportado se asimila al desterrado.

**Muerte del padre desterrado a manos de su hijo.**—El hijo puede matar impunemente al padre desterrado, que se ha convertido en un enemigo de la patria. La solución rebosa impiedad y crueldad, al introducir una ficción que, en situación tan desproporcionada, no puede desnaturalizar la esencia y los

efectos de la patria potestad, salvo que, de verdad y no simuladamente, el padre haya sido enemigo de la patria y tomado las armas contra ella, en cuyo caso el hijo se aprovecha de la excusa otorgada. Si el vasallo no puede ofender impunemente a su señor, mayores son la reverencia y el respeto que, en circunstancias semejantes, debe el hijo al padre cuya muerte no ha de quedar impune.

**Muerte de quien ha prometido no ofender.**—Si alguien concluye la paz con su enemigo y, bajo pena, promete que no ha de ofenderle, surge la duda de, si, al convertirse ese enemigo en desterrado después de hecha la paz, quien la pactó con él puede ofenderle impunemente. La respuesta afirmativa se funda en que la cualidad de desterrado se ostenta y tiene en cuenta tanto al tiempo de concertarse la paz como después de haberla convenido, de donde se sigue la impunidad del ofensor. La impunidad también existe cuando, no siendo un desterrado el ofendido, tal condición se adquiere en virtud de una causa sobrevinida y distinta de la que motivó el acuerdo de paz con su ofensor. No se da impunidad cuando la condición de desterrado se adquiere apenas iniciada la paz o el destierro, o deriva de la misma causa por la que la paz se había estipulado.

**Muerte a traición del desterrado.**—Parte de la opinión juzga admisible matar a traición al desterrado, privado de la oportunidad de defenderse, mediante el pago de una suma de dinero o encomendando la tarea a un súbdito de quien ordena su eliminación. La opinión minoritaria invoca el ejemplo, que provocó una enconada disputa, de haberse concertado la paz con un enemigo a quien después dio muerte el ofensor, no obstante el acuerdo ultimado y la cautela satisfecha para asegurar su cumplimiento. Es pacífico entonces que el ofensor sufra la pena capital.

**Muerte del desterrado aun no publicada.**—El desterrado que ha dejado de serlo por la gracia del Príncipe pendiente de publicar o difundir, puede ser muerto impunemente y no cabe atribuir al ofensor culpa alguna por no estar al tanto de esa circunstancia. Lo equitativo es averiguar cuidadosamente si se ha cancelado aquel antecedente y no precipitarse a cometer un homicidio que —doloso por naturaleza— provoca la general reprobación. Si, cuando se halla a punto de ser muerto, el desterrado sólo hace valer que ha obtenido la gracia del Príncipe, el homicidio sigue siendo impune, salvo si, al formular ese alegato, se demuestra fidedignamente que ya se le había perdonado.

**Muerte del desterrado por una decisión anulada.**—La duda se acrecienta cuando, habiéndose anulado el destierro, se pregunta si hay excusa para el que mata al desterrado cuya condición de tal se ha declarado sin efecto. Sostienen algunos que no cabe la impunidad, aunque el ofensor ha de ser castigado con pena ordinaria si, al tiempo de causar la muerte, ya conocía la declaración de nulidad. Si la ignoraba, debe ser castigado con pena extraordinaria al arbitrio del juez. Esta última solución no convence, pues quien mata al desterrado condenado y luego puesto en blanco, probablemente ignora la nulidad de la condena al destierro y debe beneficiarse de la excusa.

**Impunidad de la muerte del desterrado cuya condena no es firme.**—¿Puede ofenderse impunemente al desterrado mientras está pendiente la apelación contra la sentencia? La opinión común se inclina por una respuesta negativa, cuando, en las causas criminales, el recurso de apelación se interpone automáticamente contra la condena.

**Muerte del desterrado ya aprehendido.**—Tampoco puede ser ofendido impunemente el desterrado que ha sido capturado por los servidores oficiales.

**Muerte del desterrado fuera del lugar en que se le condena.**—Es común la opinión de que no ha de aplicarse la pena capital a quien da muerte al desterrado fuera del territorio de que se le ha expulsado. Las opiniones se dividen cuando quien mata u ofende al desterrado fuera de su lugar de origen, es capturado en un territorio donde cabe matarle impunemente.

**Situación del que mata a quien ignoraba que fuese desterrado.**—Quien ofende o mata a un desterrado cuya condición de tal ignora, goza del beneficio estatutario de la impunidad. Si bien elude la pena capital asignada al homicidio, el ofensor no tiene derecho a percibir el premio o recompensa ofrecidos al causante de esa muerte u ofensa.

**Limitación de orden económico.**—Quien es declarado desterrado en sendas causas por importes respectivos de 50, no ha sido condenado por la totalidad de 100 que permite matar u ofender impunemente. Si el juez condena, por muchos delitos separados, a un total comprensivo de las sumas de cada uno de ellos e inferior a 100, el ofensor o el homicida está excusado.

**Carácter de la excepción estatutaria.**—La defensa o excepción favorable al acusado es perentoria y no da lugar a la *litis contestatio*.

**Oposición por medio de Procurador.**—Si oficialmente se procede contra el que ha dado muerte al desterrado de este modo, puede oponerse una excepción por medio de Procurador o cualquier componente del pueblo que comparezca en el proceso para solicitar que, no obstante la ofensa inferida al desterrado, la causa se paralice y el ofensor resulte absuelto. Es preciso que el destierro sea notorio y que, como prueba del mismo, sólo se admita la aportación de la sentencia de condena.

**Derecho del desterrado a defenderse del ataque.**—Sobre si el desterrado puede defenderse contra el ataque de quien intenta darle muerte, hay opiniones cuya diversidad no permite concluir la absoluta veracidad de una de ellas. Entienden unos que no le está permitido defenderse y que hay que castigarle si, al hacerlo, da muerte al agresor. La solución no convence ni debe imponerse la pena de muerte, pues, al ser de Derecho Natural la defensa de la propia vida y la salud, las leyes positivas no pueden conculcar este derecho.

**Averiguación de oficio.**—¿Puede proceder el juez de oficio contra quien ha ofendido o dado muerte al desterrado? Si la ley dispone que el desterrado puede ser ofendido o muerto impunemente, el juez no puede apreciar ni revisar algo cuya licitud se ha declarado ya. Si se establece que el desterrado no sea oído ni que se le haga justicia cuando se le ofende o priva de la vida,

tampoco cabe actuar de oficio, pues la ley que le impide denunciar una ofensa sufrida, está admitiendo que se le ofenda impunemente.

**Ampliación de la impunidad.**—Es lícito dar muerte a otro por propia autoridad, si aquel cuya captura se ha acordado resiste al grupo policial y, no habiendo otra oportunidad de apresarle, ese grupo le priva de la vida.

**Castigo de la frustración.**—De acuerdo con la costumbre general, el que hiere a otro con propósito de matarle y no lo consigue, no sufre la pena correspondiente al homicidio y si la establecida para las lesiones que su agresión ha originado.

## 11. INCESTO

**Personas con las que el incesto se comete.**—El incesto se da entre personas ligadas por vínculos de sangre, como sucede cuando el padre tiene trato carnal con su hija o con la hija de la hermana de su mujer, o el hermano tiene dicha relación con su hermana. También es incestuosa la relación que con una monja se mantiene. Si una mujer practica ese contacto con un clérigo consagrado, hay fornicación y no incesto.

**Pena del incesto.**—El Derecho Civil castiga el incesto con la pena de muerte cuando concurre con otra clase de fornicación, como el adulterio o el estupro. El Derecho Canónico castiga al clérigo incestuoso con la pena de deposición. El incesto cometido al contraer matrimonio se castiga como matrimonio incestuoso. Las penas impuestas a quienes cometen incesto oscilan entre los azotes y la pena de muerte.

**Pena de confiscación.**—La pena de confiscación de bienes se impone al contrayente de un matrimonio incestuoso, quien pierde la propiedad de aquéllos sin necesidad de que recaiga una sentencia previa o decisión análoga que así lo disponga.

**Ampliación al incesto de Derecho Canónico.**—Opinan algunos que las disposiciones sobre los matrimonios incestuosos se aplican incluso cuando el incesto existe conforme al Derecho Canónico, aunque no sea tal según el Derecho Civil. El parecer contrario y dominante considera que sólo se dan en el caso de haya incesto conforme al Derecho Civil, al tratarse de la solución más benigna y respaldada por la costumbre como intérprete caracterizada de la ley.

**Extensión a otros supuestos.**—A diferencia del incesto que surge si contraen matrimonio dos personas ligadas por vínculos de consanguinidad, no es punible el incesto en los casos de matrimonios inválidos o ilícitos, cuales los contraídos con mujer judía, mujer infiel o pariente espiritual. Las penas han de aplicarse equitativamente y no extenderse a casos que no les corresponden.

**Pena de excomuniación.**—Quienes contraen a sabiendas un matrimonio incestuoso, quedan excomulgados de pleno Derecho.

**Matrimonios celebrados bajo condición.**—Si dos personas ligadas por vínculos de consanguinidad contraen matrimonio, la opinión minoritaria entiende que la dispensa del Sumo Pontífice no convalida aquél a efectos del incesto. La opinión mayoritaria estima válido el matrimonio contraído y amparado por la dispensa papal.

**Exclusión de los esponsales.**—Las penas establecidas para los matrimonios incestuosos no se aplican al caso de los esponsales, pues falta el requisito del matrimonio consumado que entonces se requiere.

**Excusa fundada en la ignorancia.**—Los contrayentes de un matrimonio incestuoso quedan excusados del crimen cuando ignoran el hecho de la consanguinidad prohibida. La pena de pérdida de los bienes no se aplica a quienes, habiendo incurrido en culpa lata, ignoraban la consanguinidad y el obstáculo que representaba.

**Conocimiento sobrevenido del incesto.**—Si el matrimonio incestuoso se contrae de buena fe y, tras tener noticia de la consanguinidad concurrente, los cónyuges persisten en su relación, no incurrir en las penas establecidas por el Derecho Canónico.

**Matrimonio entre judíos.**—Las penas del incesto no se aplican a los judíos que contraen matrimonio en grado permitido por la ley civil y prohibido por la ley mosaica.

## 12. INJURIA

**Modos de comisión de la injuria.**—Entre los muchos ejemplos que cabe reseñar, la injuria puede cometerse de hecho o de palabra, golpeando, amenazando o acusando al injuriado de traidor o falsario. Hay una diferencia entre el azote, que produce dolor, y el empujón que no causa dolor alguno.

**Ampliación del concepto.**—La injuria también se comete y es objeto de acusación cuando, contra la voluntad del propietario de una finca, un extraño la ocupa o entra en ella para capturar piezas de caza.

**Injuria causada a la mujer.**—La injuria hecha a la mujer se considera hecha al marido. Los estatutos pueden disponer que la injuria causada a un magistrado se entienda también hecha a su cónyuge y establecer el castigo adecuado.

**Acciones nacidas de la injuria.**—De la injuria nacen acciones respectivamente civil y criminal. Se acciona civilmente cuando se solicita la declaración judicial de haberse producido la injuria. Se acciona criminalmente cuando se pide la imposición de la pena que ha podido corresponder al autor de la acción u omisión injuriosa.

**Individualización histórica de la injuria.**—No es preceptivo que quien reclama o acusa la comisión de una injuria, identifique el año, el mes y el lugar en que se produjo.



**Valoración del daño causado.**—Tampoco hace falta que el libelo de injuria acredite, bajo juramento, la cuantía económica del daño causado por la comisión del delito, pues basta con proponer una valoración aproximada que el juez pondere a su prudente arbitrio.

**Carácter de la pena por injurias.**—La pena asignada a la comisión de un delito de injuria es una pena arbitraria, cuya imposición exige la consideración judicial de la naturaleza del hecho y de la cualidad de las personas.

**¿Declaración de infamia?**—El arbitrio judicial puede, en ocasiones, imponer la pena de muerte a quien, condenado por un delito de injurias, es declarado infame. Prima el criterio de que sólo se puede declarar infame al autor de la injuria constitutiva de un crimen atroz, aunque una minoría sostenga que ello cabe también si es módica la injuria.

**Prescripción de las acciones.**—La acción criminal por injurias prescribe al cabo de un año, mientras que la civil no está sujeta a prescripción. El plazo se computa con continuidad y sin interrupción alguna.

**Remisión tácita.**—La conversación o el coloquio mantenido entre el ofensor y el ofendido produce la remisión tácita o implícita de la injuria.

**Remisión expresa.**—La injuria también se perdona en virtud de remisión expresa. Si la remisión se produce en el fuero de la conciencia, se entiende que el derecho de acusar ha decaído y que quien perdona la injuria, perdona los daños causados más los desembolsos económicos a que ha dado lugar.

**Animo de injuriar.**—El autor de la injuria no puede alegar en su favor, sin más y para defenderse, que no tenía propósito de injuriar, pues, en la duda, ese designio se presume si el acusado no prueba convincentemente lo contrario.

**Protesta de ausencia del ánimo de injuriar.**—La acción derivada del delito de injurias no queda sin efecto si el autor hace protesta de que no tiene intención de injuriar y, por ejemplo, acusa al injuriado de mentir para salvar su honor o su respetabilidad. A falta de indicios que demuestren su veracidad, tales alegaciones se estiman injuriosas.

**Provocación a la injuria.**—Si alguien, tras haber sido provocado por otro, le acusa de mentir, ha de soportar la acusación propia del ejercicio de la acción por injurias, no obstante la existencia e incluso la veracidad de la provocación. Bien es cierto que el autor de la provocación suele recibir un trato caracterizado por la indulgencia del castigo que judicialmente se le impone.

**Defensas oponibles.**—Generalmente se excusa de la pena por injurias al arrepentido que promete hacer penitencia y arguye que obró movido por la desesperación y la ira. Conforme a la opinión contraria, dicha defensa no puede invocarse como excusa en los delitos cometidos, aunque lleve a imponer una pena más tenue. El calor de la ira no exime de cumplir la penitencia debida por la comisión del delito.

### 13. LESA MAJESTAD

**Modos de comisión del crimen de lesa majestad.**—Son muchos los modos de cometer el crimen de lesa majestad. Se citan los ejemplos del súbdito que pacta contra su señor o que ocupa tiránicamente el dominio de la misma ciudad, que lucha contra la propia patria o se alza en armas contra su Soberano, que celebra con los enemigos acuerdos de paz y de amistad, que intenta ocupar, como enemigo, los castillos y las ciudades de su señor, o que destruye con las armas la comunicación entre sus territorios o pone al descubierto sus secretos.

**Sujetos pasivos de la lesa majestad.**—El crimen de lesa majestad no sólo se comete contra el Papa y el Emperador, sino también contra los reyes, príncipes y ciudades que no reconocen otros poderes superiores al suyo.

**Otros sujetos pasivos.**—Una opinión minoritaria entiende que el crimen de lesa majestad también se puede cometer contra los reyes, príncipes y ciudades que reconocen una autoridad superior a la suya.

**Ofensa a cardenales.**—El ofensor de un Cardenal comete un crimen de lesa majestad, pues los cardenales se consideran hermanos del Papa y forman parte de su mismo cuerpo.

**Ofensa a consejeros del Príncipe.**—El que ofende a un consejero del Príncipe comete crimen de lesa majestad, si actúa por animadversión a uno de ambos. Los consejeros forman parte del cuerpo del Príncipe y ha de entenderse que quien les ofende, ofende al Príncipe si residen junto a él y ocupan su mismo consistorio.

**Posición de los no súbditos.**—Quien, sin ser súbdito del Príncipe, atenta contra él, no incurre en el crimen de lesa majestad.

**Condición de los clérigos.**—El clérigo nacido en tierra sometida al soberano laico, no se considera súbdito del mismo ni se admite que pueda incurrir en un delito de lesa majestad. Los clérigos deben evitar involucrarse en estos problemas, pues, pese a la citada excusa, los príncipes seculares no suelen respetarla.

**Pena del crimen de lesa majestad.**—Este crimen se castiga con la pena de muerte y la exhibición del cadáver del ejecutado en los lugares principales de las ciudades o fortalezas en que haya delinquido.

**Confiscación de bienes.**—A diferencia de las normas del Derecho común, la comisión del crimen de lesa majestad produce la pérdida inmediata del dominio y la administración de los bienes del reo, aunque no haya recaído sentencia declarativa de la existencia del delito. Las penas impuestas a los hijos de los autores de un delito de lesa majestad deben restringirse en lo posible, pues atenta contra las reglas de Derecho el castigar a una persona por el delito que otra ha podido cometer. Esas penas nunca se aplican a las hijas del condenado.

**Aplicación de la pena a los hijos naturales.**—El criterio también rige en provecho de los hijos naturales.

**Aplicación de la pena a los hijos predelictuales.**—Sostienen unos que las penas por el crimen de lesa majestad se aplican incluso a los hijos nacidos antes de que su padre delinquiese. La opinión contraria excluye de la sanción penal a los hijos nacidos o concebidos antes de dicha comisión. Este segundo parecer resulta más moderado y benévolo.

**Aplicación de la pena a los sobrinos.**—La extensión de la pena a los hijos del autor de un delito de lesa majestad también alcanza a los sobrinos hasta el segundo grado de la descendencia, si se trata de varones, y hasta el primer grado en el caso de las mujeres. La ampliación tiene lugar aunque la condenada sea una mujer, pese a lo inusitado de esta variante de autoría y la interdicción de aplicar extensivamente las normas penales.

**Limitaciones de la extensión de la pena.**—Las penas estatutarias contra los hijos sólo se aplican si el crimen de lesa majestad tiene por objeto al Emperador o a la República Romana.

**Punibilidad de la intención.**—Al contrario del común de los delitos en que la intención queda impune si no le acompaña el resultado, el delito de lesa majestad se castiga siempre que conste el propósito de cometerle, aunque no se logre el efecto querido. Incluso se sanciona el conocimiento adquirido por quienes no revelan lo que se convino para delinquir.

**Extinción por muerte.**—Aunque los crímenes se extinguen comúnmente por muerte de su autor, el crimen de lesa majestad puede dar lugar a la apertura del procedimiento, al enjuiciamiento consiguiente y a la condena de la memoria de aquél. Esta especialidad se limita al crimen de lesa majestad contra el Soberano o la República Romana, pues el cometido contra otros soberanos inferiores o ciudades se extingue con el fallecimiento. El derecho a acusar el delito y eliminar la memoria del difunto prescribe a los cinco años.

**Muerte del rebelde.**—Se afirma que el rebelde puede ser muerto impunemente, si se demuestra luego su cualidad de tal. La opinión es peligrosa y, antes de dicha ejecución, se aconseja contar con el asentimiento y voluntad del Príncipe o haber sorprendido al rebelde en el acto de delinquir. El homicida queda en libertad tan pronto como conste la rebeldía de la persona a la que ha dado muerte.

**Enjuiciamiento del ausente.**—Aunque se prohíbe condenar al ausente por la comisión de cualquier crimen, se le puede acusar del crimen de lesa majestad y, si ha incurrido en contumacia, condenarle a muerte.

## 14. JUEGO

**Prohibición del juego.**—Se ha llegado a la conclusión general de que la práctica del juego se encuentra prohibida.

**Juegos de ingenio y fortuna.**—Esta conclusión no sólo se aplica a los juegos cuyo resultado depende exclusivamente de la suerte, sino también a

los que combinan el ingenio y la fortuna, como sucede con los juegos de mesa y de cartas que no escapan a la prohibición. El juego se autoriza cuando su resultado depende exclusivamente del ingenio, de lo cual se infiere que esta variante es lícita en Derecho. La costumbre ha dejado sin efecto la prohibición de apostar más de un áureo en los juegos permitidos.

**Autorización a los clérigos.**—Está permitido a los clérigos jugar al talego.

**Autorización a los laicos.**—Los laicos pueden organizar torneos y entrenamientos en los que nada queda al albedrío de la suerte, porque sólo interviene la agilidad corporal y el ingenio de los participantes.

**Licitud de las apuestas.**—Son lícitos los llamamientos a la suerte que el vulgo denomina apuestas.

**Pena de los juegos prohibidos.**—El Derecho Civil no establece una pena concreta para los juegos prohibidos, si bien se admite que quienes los practican sean condenados a una pena extraordinaria en que el arbitrio judicial pondere los hechos y la calidad de las personas.

**Restitución de lo ganado en juego.**—El vencedor en los juegos de azar prohibidos no está obligado a restituir los lucros obtenidos, siempre que no haya cometido fraude. También se apunta la posibilidad de destinar esas cantidades al socorro de los pobres.

**Derecho a repetir.**—Aunque el Derecho prohíbe que quien ha procurado dinero para el juego repita contra el prestatario, la práctica en contrario admite la repetición que, entre clérigos y laicos, ha introducido la costumbre.

**Transacción en el juego.**—No es ilícita la transacción en el acto del juego o con ocasión del mismo.

## 15. PARRICIDIO

**Comisión del parricidio.**—Comete parricidio el que causa la muerte de su padre o de su propio hijo.

**Muerte del padre natural.**—El que da muerte a su padre natural es considerado parricida y castigado con las penas que la ley o el estatuto atribuyen a este crimen, ya que se atiende a la sustancia y no a la calidad o naturaleza de la filiación.

**Muerte de los descendientes.**—Aunque el parricidio parece limitarse al caso de la muerte causada al padre o al hijo, la pena fijada para los parricidas se extiende a los que matan a alguno de sus ascendientes o descendientes.

**Muerte de los parientes colaterales.**—La misma pena ha de aplicarse al que mate a su hermana, a su hermano o a cualquier otro pariente colateral dentro del quinto grado.

**Pena del parricidio.**—Habiendo caído en desuso la pena consistente en arrojar al parricida al mar o al río más cercano, se le aplica, como a cualquier homicida, la pena de decapitación. Esta prevalece sobre otras modalidades más brutales y no deniega al parricida la sepultura eclesiástica.

## 16. PERJURIO

**Comisión del perjurio.**—El perjurio consiste en la mentira producida bajo juramento.

**Pena del perjurio.**—El perjurio lleva consigo la pena de infamia, cuya imposición requiere que el delito atente contra la promesa y contra el juramento, pero que no cabe si se da sólo contra el juramento. Si, bajo el denominado juramento aseverativo, se afirma algo falso de pasado o de presente, no ha lugar a la nota de infamia que procede cuando, bajo el llamado juramento promisorio, se promete dar, hacer u omitir algo que en el futuro no se cumple.

**Perjurio de clérigos.**—El clérigo que incurre en perjurio puede ser privado de la dignidad que ha obtenido, aunque la privación no se produce de pleno Derecho y ha de constar en la sentencia de condena. Automáticamente pierde el beneficio que, en su caso, se le haya otorgado.

**Acciones del perjurio.**—El perjurio queda incapacitado para ejercitar cualquier clase de acciones.

**Excusa del perjurio.**—El perjurio queda excusado de la pena, si consta que el delito se cometió sin dolo.

**Dificultades de expresión.**—El perjurio se excusa si su comisión se ha debido a dificultades de expresión.

**Excusa por ausencia de daño.**—El perjurio se excusa probando que la declaración del perjurio no ha perjudicado ni puede perjudicar a nadie. La excusa se limita al fuero contencioso, pues el castigo sólo corresponde a DIOS en el fuero del alma.

**Casos de impunidad.**—Hay casos en que el perjurio no puede castigarse judicialmente, si lo cometen los reos acusados del delito o interrogados sobre las circunstancias de su comisión.

**Juramento deferido.**—Cuando una parte presta juramento en juicio a solicitud de la otra, no puede ser judicialmente acusada de perjurio, pues el castigo del mismo sólo corresponde a DIOS.

## 17. RAPTO

**Comisión del crimen.**—El crimen de raptó se comete cuando, con ánimo libidinoso, el varón se apodera de una mujer y la traslada de un lugar a otro. Sin esa traslación no existe raptó. Cuando, sin traslación, el varón viola a la mujer, tampoco hay raptó, pero sí un acto delictivo castigado con la pena de muerte.

**Pena del raptó.**—Una Constitución justiniana establece la pena de muerte y otras penas graves para los raptóres.

**Consentimiento de la mujer.**—El raptó se castiga aunque la mujer lo consienta antes o después de haberse cometido. Se consideran raptóres los

que, sin violencia y con propósito libidinoso, usan de engaños y de halagos para trasladar a las jóvenes de un lugar a otro.

**Ausencia de contacto carnal.**—Mientras unos sostienen que el rapto se comete aunque no haya habido contacto carnal, la mayoría comparte la opinión contraria y se opone al castigo del raptor. Se distingue también si la ausencia de contacto carnal se ha debido al desistimiento del autor o a las dificultades con que ha tropezado para delinquir.

**Condición de la mujer raptada.**—Aunque excepcionalmente la pena del rapto se aplicó a los raptos de mujeres públicas, los raptos de mujeres deshonestas sólo son castigadas con una pena arbitraria.

**Mujer raptora.**—Aunque excepcionalmente la pena del rapto se aplicó también a la mujer, se sostiene que ésta no comete rapto respecto del varón, pues no concurren las circunstancias de escándalo que se dan en el caso contrario. La mujer que no es condenada a pena de muerte, sufre una pena grave que fija el arbitrio judicial según la naturaleza del hecho y la cualidad de las personas. No se consideran raptos los militares y los recaudadores que, tras adueñarse de los niños, los retienen contra la voluntad de los padres deudores de tributos.

**Matrimonio del raptor con la mujer raptada.**—Mientras que el Derecho Civil veda el matrimonio del raptor con la mujer raptada, el Derecho Canónico lo autoriza. La pena de confiscación de bienes se aplica indistintamente a los raptos que contraigan matrimonio civil o canónico con la mujer raptada.

**Derecho de asilo.**—El raptor no goza de inmunidad aunque se refugie en una Iglesia.

## 18. SACRILEGIO

**Comisión del sacrilegio.**—Según el Derecho Civil, la comisión del sacrilegio exige que la cosa hurtada sea sagrada y que se la sustraiga del lugar sagrado en que se encuentra. El Derecho Canónico sólo requiere que concurre una u otra de ambas condiciones.

**Sacrilegio de la mujer.**—Comete sacrilegio la mujer que mantiene contacto carnal con un presbítero.

**Carácter del sacrilegio.**—El crimen de sacrilegio puede ser secular o eclesiástico. El Derecho Civil castiga el sacrilegio con pena extraordinaria que toma en consideración la cualidad de la persona. El sexo siempre es, sin embargo, capital. La costumbre admite que, cualquiera que sea la modalidad del sacrilegio, el delito se castigue con pena de muerte. Hay circunstancias que agravan el sacrilegio y justifican la pena de muerte, como el del primer hurto perpetrado por quien, de noche, violenta la puerta de una Iglesia y se adueña del cáliz que contiene las especies eucarísticas. Las cosas y la calidad de las personas suelen tenerse en cuenta para condenar a la pena del último suplicio o imponer una pena extraordinaria.

**Texto sobre el sacrilegio.**—Cuando la norma estatutaria ha sido promulgada por laicos, se entiende que atañe al sacrilegio castigado por el Derecho Civil. Si ha sido dada por eclesiásticos, se la considera relativa al sacrilegio de Derecho Canónico.

## 19. SIMONÍA

**Significado de la simonía.**—La simonía consiste en la voluntad deliberada, el deseo o el vicio de comprar o vender algo espiritual o relacionado con ello. Se habla de comprar o vender, porque la verdadera simonía no se comete si no media una promesa o exacción. No hay simonía cuando se ruega o concede algo de modo gracioso, salvo si se pretende que un resultado notoriamente indigno prevalezca sobre otro de dignidad superior.

**Retribución por la administración de sacramentos.**—No existe simonía cuando se percibe algo para remunerar el trabajo consistente en la administración de un sacramento, siempre y cuando el acuerdo no afecte al destino de alguna cosa espiritual y sólo implique una módica compensación.

**Concesión de licencia.**—Quien recibe dinero por la concesión de una licencia para enseñar, no incurre en simonía, aunque se dice que comete cuasisimonía.

**Otorgamiento de un oficio público.**—Es lícito el ofrecimiento de una suma para obtener un oficio público, siempre y cuando se trate de un oficio temporal que aproveche a quien le necesita. Si el ofrecimiento se hace al Soberano, decae el ámbito del crimen, mientras que, si se dirige a otras personas, incurren en la pena de infamia los que le conceden y los que le solicitaron y obtuvieron.

**Comisión de simonía por el Papa.**—Se afirma que el Papa comete simonía cuando recibe algo a cambio de la colación de algún beneficio. En contra, se sostiene que la simonía sólo está prohibida por el Derecho Positivo y no puede cometerse por el Papa que se halla por encima de todo Derecho. Si el Papa vende algún sacramento, incurre en la simonía prohibida por el Derecho Divino.

**Ámbito de la simonía.**—La simonía no puede perseguirse en la Curia Romana mientras el actual Pontífice la siga tolerando. Los simoníacos deben obrar con tiento y recordar que las Bulas y las Constituciones de los Sumos Pontífices han execrado este crimen con máxima dureza.

**Naturaleza de la simonía.**—El crimen de simonía es exclusivamente eclesiástico, de modo que los jueces seculares no pueden conocer del mismo ni ingerirse en su procedimiento.

**Pena de la simonía.**—El simoníaco notorio queda suspendido de pleno Derecho en el desempeño de su oficio.

**Pérdida de los beneficios.**—Si bien el clérigo simoniaco queda privado de los beneficios que pueda ostentar, no dan lugar a dicha privación las conven-

ciones y los pactos ilícitos que, aunque lo parezcan, no constituyan una pura y verdadera simonía.

**Crimen exceptuado.**—La simonía se cuenta entre los crímenes de excepción, aunque sólo se cometa en beneficio propio.

**Prueba de la simonía.**—Mientras que, en el común de las causas criminales, se requieren pruebas más claras que la luz del mediodía, basta que, tratándose de la simonía, concurren conjeturas e indicios cuya constancia lleve al convencimiento de que el reo ha sido el autor de ese crimen.

## 20. SODOMÍA

**Reprobación de la sodomía.**—La sodomía o coito contra la naturaleza es un vicio nefando y detestable por encima de todos los demás.

**Comisión con mujer.**—Existe sodomía cuando el coito contrario a la naturaleza se realiza con una mujer.

**Carácter de la sodomía.**—De este delito, que es de fuero común, conocen indistintamente los jueces eclesiásticos y los jueces seculares.

**Pena de la sodomía.**—El Derecho Civil castiga con la pena de muerte a los agentes y pacientes de la sodomía. La costumbre ha dispuesto que, en vez de ser decapitado, el sodomita condenado arda en la hoguera.

**Sodomía de los clérigos.**—Aunque un clérigo cuide de ocultar su sodomía e incluso haga penitencia, queda suspenso en el sacramento del orden e incurrir en una irregularidad que ni el Romano Pontífice puede subsanar.

**Destino de los bienes.**—El sodomita condenado pierde de pleno Derecho la propiedad de sus bienes, aunque esta pena de confiscación haya dejado de aplicarse en algunos territorios.

**Separación de los cónyuges.**—Sostienen algunos que la condena por sodomía sólo da lugar a la separación de los cónyuges si el marido, que cohabita con otro varón, ha intentado sodomizar a la mujer. Impera la opinión de que, si el adulterio del varón concede a la mujer el derecho a la separación de lecho, con mayor razón procede esta medida en el caso de la sodomía, que es un crimen más grave y del que se resiente la solidez del matrimonio.

**Castigo de la intencionalidad.**—El carácter atrozísimo de la sodomía determina que, según la costumbre general, se castigue la intencionalidad, aunque sus efectos no hayan llegado a producirse. Criterio que el Senado desatiende cuando declara que, en lugar de la pena de muerte, ha de imponerse una pena extraordinaria.

## 21. ESTUPRO

**Modos de comisión del estupro.**—El estupro puede cometerse con mujeres vírgenes, con mujeres viudas y con niños.



**Prueba del estupro.**—El estupro no puede probarse con testigos domésticos cuyas declaraciones sólo tienen valor de indicio o conjetura.

**Pena del estupro.**—El Derecho Canónico castiga con la pena de deposición al clérigo que ha cometido estupro con una mujer virgen. El laico que ha cometido estupro con una mujer virgen está obligado a dotarla y a contraer matrimonio con ella, si la misma o su padre lo consienten, ya que, si no acceden, la obligación se reduce a la dote. Si el estuprador incumple esta reparación, es flagelado y recluido en un monasterio donde debe hacer penitencia. No faltan ejemplos en que, ante la fragilidad de la persona estuprada, se acumulan las dos obligaciones de tomarla en matrimonio y dotarla decorosamente. La pena de muerte sólo se impone si el estupro se ha cometido con violencia.

**Presunción de virginidad.**—Aunque el autor sostenga que la mujer no era virgen al tiempo de yacer con ella, la virginidad se presume en caso de duda e incumbe al estuprador probar su afirmación. No consta que se haya condenado a nadie por cometer estupro con una mujer viuda.

**Pérdida de la dote.**—La opinión se divide en torno a la cuestión de si la viuda víctima del estupro pierde la dote al contraer nuevo matrimonio. El parecer más autorizado adopta un criterio de benignidad y entiende que es reprobable mantener esta postura, aunque el estupro se cometa durante el transcurso del año de luto.

## 22. CONCLUSIONES

Ante la interposición de elementos heterogéneos, lo espinoso de análisis convincentes, las tentativas de ordenación sistemática de las fuentes y la plétora de opiniones, la contribución de los prácticos —singularizada por sus novedosos objetivos y su empeño en superar los caminos trillados del Derecho Penal— culminó la tarea de enorme calidad que revelan el saber y la comprensión de Julio Claro de Alejandria.

De la recepción del Derecho Romano formaba parte la edificación de un Derecho Penal formado por los Estatutos de las ciudades libres, plasmado y difundido en los cuerpos de doctrina comunes o afines que suscitaba el planteamiento de problemas debatidos en ciertas hipótesis y sujetos al ejercicio de la justicia punitiva. Había comenzado con la fase inicial de los glosadores, cuyas respuestas incluyeron buena parte de las soluciones generales que interpretaban la legislación justiniana, dominada —ya entonces— por los signos primarios de los tiempos. Los postglosadores fundaron su pensamiento en el recio andamiaje de los comentaristas de la glosa y tomaron su creatividad central de las tesis de los comentaristas precedentes, mostrando sus intensos deseos de recuperación. No se contentaron con operar sobre el Derecho justiniano y propagar las perspectivas de su estudio a los ámbitos de las costumbres generales, de los usos y Derechos locales, y de los usos y costumbres

de los Tribunales de justicia. A esta segunda fase siguieron las incursiones de los prácticos en que, con diferencia, fue primera figura Julio Claro de Alejandría y cuyas aportaciones –enriquecedoras y atractivas– continuaron hasta el fin de la etapa de los prácticos tardíos. Su actitud combativa y creadora –precursora y modelo del ejercicio del derecho de resistencia– nunca decayó en el inquebrantable propósito de alzarse contra la arbitrariedad, las demasías y la desigualdad de las prácticas punitivas reprobables. De esa tenacidad se alimentaron –andando el tiempo– la emergencia del pensamiento ilustrado y los cambios de rumbo debidos a las conmociones y emociones del Siglo de las Luces.

### 23. BIBLIOGRAFÍA DE ORIENTACIÓN

- CALISSE, E. «Svoglimento storico del Diritto penale in Italia dalle invasioni barbariche a la reforma del secolo XVIII», en *Enciclopedia de Pessina*, Milán, 1905, pp. 255 y sigs.
- CLARO DE ALEJANDRÍA, J., *Receptae sententiae y Practica civilis et criminalis*, referidas *ut supra*.
- GARIBALDI, A., «Los prácticos en la elaboración del Derecho Penal», *Revista del Centro de Estudiantes de Derecho*, Montevideo, n.º 77, pp. 180 y sigs.
- JIMENEZ DE ASUA, L., *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires, vol. 1, t.1. Ed. Losada, 1956; «Los prácticos con especial consideración de los españoles», en *Revista jurídica de Córdoba* (Argentina), n.º 3, 1947, pp. 349 y sigs.
- ZORRILLA, M. M., «El Derecho Penal en la Práctica italiana del siglo XVI», *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, t. 14, 1961, pp. 111-125; «Ideas penales de Julio Claro de Alejandría», *Estudios de Deusto*, vol. XIII, 1965, pp. 757-774.

*TITLE: Generalization of the practical thinking about the specific samples of criminality.*

*RESUMEN: La ordenación del pensamiento de los penalistas occidentales constituye una incidencia del fenómeno receptor del Derecho Civil y el Derecho canónico. Entre sus representantes más egregios figura Julio Claro de Alejandría, perteneciente a la escuela de la madurez de los prácticos e introductora en España de una etapa de reflexión y progreso. Una fase superadora de los adelantos de los comentaristas iniciales de las fuentes romanas y del esfuerzo subsiguiente de los postglosadores. El análisis alfabético de los delitos, al que preceden algunas consideraciones generales y una clasificación, comprende el adulterio, el asesinato, la falsificación en sentido amplio, la fornicación, el incesto, la injuria, el crimen de lesa majestad, el juego, el parricidio, el perjurio, el rapto, el sacrilegio, la simonía, la sodomía y el estupro. Las ediciones manejadas han dado lugar a que, no obstante la densidad descriptiva del texto latino y la detención que requiere extraer del mismo ciertas formulaciones y principios, se adquiera una noticia razonable de cómo –atenta a los flujos de la recepción– la obra de Julio Claro de Alejandría señala el punto de*

*inflexión entre la atención al cuadro de los elementos históricamente significativos y las adiciones doctrinales que provocó su advenimiento.*

*PALABRAS CLAVE: recepción, tipos delictivos, punto de inflexión, periodo de madurez, Escuela de los Prácticos.*

*ABSTRACT: The ordination of the western criminal law shows a detail in the phenomene of the reception of the civil and canonical law. One of the most dense latin versions is due to Julio Claro de Alejandria, pertaining to the Practical School, introducer in Spain of a ripe and reflexive period. He surpasses the main advances of the roman sources and the effort performed by the gloss. After the general consideration of the criminal models, the specific analisis includes the tipos of adulterium, assassinium, blasphemia, falsum, fornicatio, incestus, herejía, lesa majestas, parricidium, ludus, perjurium, raptus, sacrilegium, simonía, sodomía and estuprum. The editions used and the motley latin version show the inflexion point between the attention to the fusion of the significant events of the History and the scientific reflections due to its appearance.*

*KEYWORDS: reception, criminal types, inflexion point, ripe and reflexive period, Practical School.*

*RECIBIDO: 14.03.2014*

*ACEPTADO: 26.11.2014*



# Notas



# IDENTIDAD POLÍTICA Y PARTICIPACIÓN: LA INICIATIVA CIUDADANA EUROPEA

Leyre Burguera Ameave

---

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN. 2. IDENTIDAD EUROPEA Y CIUDADANÍA «POST-NACIONAL»: DE LA INTEGRACIÓN A LA AUTOCOMPRESIÓN. 3. INICIATIVA CIUDADANA EUROPEA: REGULACIÓN, IMPLEMENTACIÓN E IMPACTO. 4. ALGUNAS REFLEXIONES Y CONSIDERACIONES CRÍTICAS. 5. A MODO DE CONCLUSIÓN. 6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

---

## 1. INTRODUCCIÓN

Desde los inicios del proceso de integración europea ha habido un concepto que se ha manejado y discutido intensamente, que en el fondo está en el sustrato de la misma idea que tenían los padres fundadores de la Unión Europea (UE): el concepto de ciudadanía europea. Sin duda, aunque se ha avanzado notablemente en la construcción de la integración europea, no parece que se haya logrado el mismo nivel de éxito en lo que se refiere al sentimiento y al reconocimiento de la ciudadanía europea.

En los últimos años, venimos asistiendo a un proceso de conformación de la ciudadanía europea basado en un enfoque nacional meramente agregativo, que ha resultado ser ejemplo y síntoma de la propia evolución política de la UE. No obstante, con el rediseño institucional articulado gracias a la aprobación del Tratado de Lisboa, la UE ha configurado una nueva herramienta de democracia participativa transnacional, la iniciativa ciudadana europea, que podría permitir un cierto avance en la pretensión sería la de devolver al ciudadano su protagonismo como agente de cambio y de legitimación del proceso de construcción europeo. Desde este punto de vista, nos parece de sumo interés analizar la iniciativa ciudadana europea en el proceso legislativo como una oportunidad para lograr una europeización horizontal, capaz de integrar a todos los ciudadanos bajo una concepción inclusiva de identidad europea.

## 2. IDENTIDAD EUROPEA Y CIUDADANÍA «POST-NACIONAL»: DE LA INTEGRACIÓN A LA AUTOCOMPREENSIÓN

Europa siempre ha sentido la necesidad de reforzar la idea de la consecución de una verdadera democracia transnacional como parte de su proceso de construcción, y para ello no ha dejado de trabajar articulando mecanismos que reequilibraran las fuerzas entre las distintas instituciones que la integran.

Íntimamente relacionada con esta preocupación, a ella se ha unido la necesidad de elaboración de una noción de ciudadanía europea que superase el vínculo de nacionalidad como principal criterio de adscripción. Esta limitación sustentada bajo *principios* territoriales constriñe un concepto que, a juicio de muchos, necesita crear un *vínculo* supranacional que simbolice un verdadero proceso de integración.

En realidad, estas dos inquietudes, que están en la base de las constantes llamadas de atención sobre el problema del déficit democrático de las instituciones europeas y su progresiva deslegitimación, sacan a relucir la dificultad señalada por Sánchez-Cuenca de cuál deba ser el modo de enfocarlo. Podemos hacerlo poniendo toda nuestra atención sobre la ausencia de un *demos*, un pueblo, en el que las distintas ciudadanía europeas se reconozcan, o bien entender que el problema se debe a un deficiente diseño institucional que impide una mayor participación ciudadana en la toma de decisiones<sup>1</sup>. Es evidente que, aunque complementarias, estas dos vías de análisis requieren de un esfuerzo teórico y práctico notablemente dispar. No obstante, en esta breve introducción quisiera destacar algunas consideraciones en torno a los dos enfoques propuestos: el enfoque horizontal (apelación a un *demos* europeo) y el enfoque vertical (apelación a un rediseño institucional que permita una mayor integración ciudadana en la conformación de la UE).

En primer lugar, enfocar los esfuerzos en la construcción de un *demos* orgánico europeo supone aludir a la noción misma de identidad y a la necesidad de una edificación *ex novo* que permita superar las narrativas históricas de cada Estado nacional. En este sentido, el diagnóstico actual de la situación en la UE resulta evidente, y es que hoy en día no existe un *demos* europeo. Sin embargo, a juicio de Habermas, este objetivo no es imposible de lograr si aceptamos la premisa inicial de que la conciencia nacional es una construcción artificial enteramente moderna y que la historia nacional se elaboró con la ayuda de juristas, historiadores, lingüistas, etc., y se produjo soterradamente gracias a los procesos educativos, a los medios de comunicación, etc<sup>2</sup>. Así pues, cabe plantearse si en las actuales circunstancias ese proceso de

<sup>1</sup> SÁNCHEZ CUENCA, I., «El déficit democrático de la Unión Europea», en LLAMAZARES, I. y REINARES, F. (Eds.), *Aspectos políticos y sociales de la integración europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 93-94.

<sup>2</sup> HABERMAS, J., *El occidente escindido*, Trotta, Madrid, 2006, pp. 79-80.



aprendizaje de una identidad europea es posible, y para este autor lo es, siempre y cuando se cumplan unos supuestos empíricos: «a) es necesario que exista una sociedad de ciudadanos europeos; b) hay que construir un espacio público político que abarque a toda Europa, y c) hay que crear una cultura política que pueda ser compartida por todos los ciudadanos de la Unión Europea»<sup>3</sup>.

Evidentemente esto conlleva un proceso de aprendizaje lento y complejo que debe superar la denominada por Habermas como integración funcional, que ha sido la fórmula empleada hasta ahora para la conformación de la UE, y que ha consistido en una suerte de inercia intergubernamental a favor de una Unión política en la que no se han anticipado debidamente ni consecuencias ni resultados, y donde tampoco se han asumido responsabilidades. En contraposición, este autor aboga por favorecer «una integración normativa de los ciudadanos que hiciese posible que los objetivos se fijasen en común por encima de las fronteras nacionales»<sup>4</sup>. Para lograrlo, sería necesario un nuevo escenario donde se pueda dar la confluencia de distintas anticipaciones (una Carta Europea que anticipe las competencias que tendría una futura Constitución europea, unos partidos políticos que debatieran sobre asuntos europeos sentando las bases para conformar verdaderos partidos europeos, una opinión pública europea que de voz a una sociedad civil europea, etc.) que en un proceso circular de apoyo y estímulo mutuo, sentase las bases para la consecución de una conciencia europea común capaz de crear una democracia postnacional<sup>5</sup>.

Con la mirada puesta en este objetivo, gracias a la sentencia sobre el Tratado de Maastrich del Tribunal constitucional alemán<sup>6</sup> se dio un incipiente paso en la discusión sobre la identidad europea asociada a la idea de la democracia, ya que como señala Closa, se hacía mención y debatía la cuestión de la democracia, y los rasgos preexistentes a ella, destacando la identidad como elemento constitutivo de la nación sobre la cual se superpone la democracia<sup>7</sup>. En esta línea de discusión y de enfoque del problema, se han mantenido autores como Smith, que entiende que «(...) la identidad (nacional o cultural) emerge como elemento fundacional de la democracia y la ausencia de este elemento predemocrático, la identidad europea, aparece como un obstáculo para una UE democrática»<sup>8</sup>. De ahí que haya sido una tarea constante, por

<sup>3</sup> HABERMAS, J., *Tiempo de transiciones*, Trotta, Madrid, 2004, p. 126.

<sup>4</sup> HABERMAS, J., *El occidente...op.cit.*, pp. 71-72.

<sup>5</sup> HABERMAS, J., *La constelación posnacional*, Paidós, Barcelona, 2000, pp. 133-134.

<sup>6</sup> Ver casos 2 BvR 2134/92 y 2159/92 Manfred Brunner y otros.

<sup>7</sup> CLOSA, C., «La ciudadanía europea», en LLAMAZARES, I. y REINARES, F. (Eds.), *Aspectos políticos y sociales de la integración europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 87.

<sup>8</sup> SMITH, A., «National Identity and the Idea of European Unity», *International Affairs*, vol.68, nº 1, 1992, pp. 55-76.

parte de la doctrina, la búsqueda de esa identidad basada en «el tradicionalismo (o la fundación de la unidad europea en un hecho espiritual, por ejemplo, la religión), el modernismo y el constructivismo (la creación de un espacio cultural homogéneo a través de las tecnologías de la comunicación)»<sup>9</sup>.

Pese a estos esfuerzos, lo cierto es que desde hace años hemos insistido en ese enfoque nacional meramente agregativo de la ciudadanía, por eso no resulta extraño observar cómo el proceso de conformación de la ciudadanía europea ha resultado ser ejemplo y síntoma de la propia evolución política de la UE. Como destaca Beck, a día de hoy seguimos concibiendo la identidad europea como un modelo colectivo, a la vez que agregativo y repartido, que tiene su sustrato en la identidad nacional de los distintos países que conforman la UE<sup>10</sup> y, con base en esta percepción, es normal que sigamos recurriendo al campo semántico del movimiento para hacer mención al proceso de «construcción de Europa»<sup>11</sup>.

En atención al uso de este campo semántico que apela a la construcción de la UE, es importante destacar la oportunidad que nos brinda el análisis del enfoque vertical del problema para conformar una identidad europea, y que consiste en observar las posibles consecuencias que se pueden producir al implementar la iniciativa ciudadana europea dentro de su proceso de rediseño institucional.

En relación a este complejo objetivo, considero que quizá una vía indirecta pero más sencilla de lograr una europeización horizontal, capaz de permitir recobrar fuerza a una sociedad civil que se conciba asimismo como ciudadanía europea, puede hallarse en el rediseño institucional que articule cauces efectivos y eficaces de participación ciudadana.

De ahí que estime que para lograr un concepto de ciudadanía europea verdaderamente inclusivo, que supere la idea de ciudadanía «post-nacional», hemos de ser capaces de articular efectivos instrumentos de participación política basados en dinámicas transnacionales que queden supeditados a unas condiciones estructurales de participación que trasciendan el ámbito nacional. Debemos huir, por tanto, de la implícita influencia de la «lógica de los Estados», que delimita y condiciona de manera determinante cualquier intento de participación activa ciudadana. En esta tarea hemos de ser capaces de construir una dinámica propia que evite lo que en su día ya señaló Fraile Ortiz, y es que siga prevaleciendo el diseño instrumental del concepto de ciudadanía al servicio de la legitimación de todo el proceso de construcción

<sup>9</sup> CLOSA, C., *op. cit.*, pp. 88-89.

<sup>10</sup> BECK, U. y GRANDE, E. (2006): *La Europa Cosmopolita. Sociedad y política en la segunda modernidad*, Paidós, Barcelona, 2006, pp. 148-150.

<sup>11</sup> Resulta interesante observar la utilización de metáforas y palabras recurrentes como: «ponerse en camino», «abrir «calles», «caminos», «rutas» o vías aún no del todo «transitables», etc. *Ibidem*, p. 152.

de Europa, de manera que finalmente quede desprovisto de apoyo social efectivo<sup>12</sup>. Para lograr este propósito, la iniciativa ciudadana europea se postula como un esfuerzo esperanzador que merece ser analizado.

### 3. INICIATIVA CIUDADANA EUROPEA: REGULACIÓN, IMPLEMENTACIÓN E IMPACTO

La aprobación del Tratado de Lisboa ha dispuesto que todo ciudadano tenga derecho a participar en la vida democrática de la Unión mediante la figura de la iniciativa ciudadana europea. Un importante paso en la construcción horizontal europea que denota la importancia del poder legislativo como vector de unión.

Respecto al marco legislativo en el que se inscribe la iniciativa ciudadana europea, cabe destacar, en primer lugar, que nos encontramos ante un derecho contemplado en el artículo 11.4 del Tratado de la Unión Europea cuyo ejercicio, procedimientos y requisitos ha sido desarrollado a través del Reglamento (UE) n° 211/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011 y del Reglamento de Ejecución (UE) n° 1179/2011 de la Comisión, de 17 de noviembre de 2011, por el que se establecen especificaciones técnicas para sistemas de recogida de apoyos a través de páginas web.

Se trata de un proceso de conformación de la iniciativa legislativa ciudadana que se articula en torno a unos sencillos pasos que, a continuación, brevemente detallaré:

#### 1. Preparación y establecimiento del comité de ciudadanos:

- Las iniciativas deben plantearse a propuesta de un comité de ciudadanos, integrado por siete o más ciudadanos de la UE que tengan edad suficiente para votar en las elecciones al Parlamento Europeo (18 años excepto en Austria, donde se vota a partir de los 16) y residan en al menos siete Estados miembros distintos. Aunque no se exige que sean ciudadanos de siete Estados miembros diferentes, sí deben tener la nacionalidad de algún Estado miembro de la UE.
- Este comité se considera como «organizador» oficial de la iniciativa y es el responsable de gestionarla a lo largo de todo el procedimiento.
- El comité debe designar de entre sus miembros a un representante y un sustituto que hablen y actúen en nombre del comité. Serán las personas de contacto que servirán de puente entre el comité de ciudadanos y la Comisión a lo largo de todo el procedimiento. Los di-

---

<sup>12</sup> FRAILE ORTÍZ, M., *El significado de la ciudadanía europea*, CEPC, Madrid, 2003, p.22. También resulta interesante consultar: FRAILE ORTÍZ, M., «La ciudadanía europea (entre paréntesis)», *Revista Fundamentos*, Volumen 7: El Pueblo del Estado. Nacionalidad y Ciudadanía en el Estado Constitucional-Democrático, 2012, pp. 311-357.

putados al Parlamento Europeo no pueden contabilizarse para alcanzar el mínimo de siete ciudadanos requerido para constituir un comité ciudadano.

2. Registro de la iniciativa propuesta (plazo máximo 2 meses). Para poder inscribir su iniciativa en el registro, los organizadores deben facilitar la siguiente información en una de las lenguas oficiales de la UE:
  - el título de la iniciativa ciudadana propuesta (máximo 100 caracteres);
  - su objeto (máximo 200 caracteres);
  - los objetivos de la iniciativa sobre la que la Comisión debe decidir (máximo 500 caracteres);
  - las disposiciones de los Tratados consideradas pertinentes por los organizadores de la acción propuesta;
  - el nombre completo, la dirección postal, la nacionalidad y la fecha de nacimiento de los siete miembros del comité de ciudadanos, indicando específicamente el representante y el sustituto, así como sus direcciones de correo electrónico y números de teléfono;
  - documentos que demuestren el nombre completo, la dirección postal, la nacionalidad y la fecha de nacimiento de cada uno de los siete miembros del comité de ciudadanos;
  - todas las fuentes de financiación y apoyo a la iniciativa ciudadana propuesta (conocidas en el momento del registro) superiores a 500 euros por año y patrocinador.
3. Certificación del sistema de recogida a través de páginas web (plazo máximo 1 mes). Los organizadores que deseen recoger declaraciones electrónicas de apoyo deben crear un sistema de recogida a través de páginas web, accesible a través de su sitio web, que se ajuste a los requisitos técnicos y de seguridad contemplados en el artículo 6.4 del Reglamento sobre la iniciativa ciudadana, así como a las especificaciones técnicas detalladas que se establecen en un Reglamento específico (Reglamento de Ejecución (UE) n.º 1179/2011 de la Comisión). El objeto de dichos requisitos es garantizar, en particular, la seguridad de la recogida de los datos y de su almacenamiento en el sistema.

Cuando hayan creado un sistema de recogida a través de páginas web que cumpla plenamente los requisitos señalados más arriba, los organizadores deberán solicitar su certificación por la autoridad nacional competente del Estado miembro en el que se vayan a almacenar los datos. Para ello, tendrán que facilitar a la autoridad competente la documentación necesaria.
4. Recogida de declaraciones de apoyo electrónicas o en papel (plazo máximo 12 meses). Una vez confirmada la inscripción de la iniciativa propuesta, los organizadores pueden empezar a recoger las declaracio-

- nes de apoyo de los ciudadanos. Dispondrán de 12 meses para obtener el millón de declaraciones exigidas, alcanzando los mínimos establecidos en al menos siete Estados miembros.
5. Verificación de las declaraciones de apoyo (plazo máximo 3 meses). Tras recoger las declaraciones de apoyo necesarias, los organizadores deben pedir a las autoridades nacionales competentes de los Estados miembros donde se haya llevado a cabo la recogida que certifiquen el número de declaraciones válidas obtenidas en cada Estado.
  6. Presentación de la iniciativa ante la Comisión. Tras haber obtenido de las autoridades nacionales competentes los certificados (siete como mínimo) que acreditan la recogida del número necesario de declaraciones de apoyo (un millón en total, alcanzando los mínimos establecidos en al menos siete Estados miembros), los organizadores pueden presentar su iniciativa ante la Comisión, junto con la información relativa a los apoyos y la financiación que hayan recibido.
  7. Examen, audiencia pública en el Parlamento Europeo y respuesta de la Comisión (plazo máximo 3 meses). En el plazo de tres meses a partir de la presentación de la iniciativa los organizadores se reunirán con representantes de la Comisión para explicar detalladamente las cuestiones que plantea su iniciativa y lo podrán hacer en una audiencia pública organizada en el Parlamento Europeo. La Comisión aprobará un documento oficial que especifique, si las hay, las medidas que tenga la intención de proponer en respuesta a la iniciativa ciudadana y los motivos por los que haya decidido actuar o no hacerlo.

Por último, si finalmente la Comisión decide seguir adelante con la iniciativa, se pondría en marcha el procedimiento legislativo.

Respecto a su implementación e impacto, merece la pena destacarse la variedad de propuestas presentadas hasta el momento, ya que toman en consideración aspectos tan dispares como el derecho al agua, la neutralización de las sociedades pantalla, la necesidad de establecer un plan europeo extraordinario que promueva el desarrollo sostenible y el empleo, el incremento del pluralismo de los medios de comunicación, la suspensión del paquete de energía y cambio climático de la UE, etc.

Otra cuestión es su desigual suerte dentro del procedimiento de tramitación diseñado por el Reglamento (UE) n.º 211/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo. A este respecto, podemos establecer varios itinerarios<sup>13</sup>:

En primer lugar están las iniciativas que se denominan obsoletas, y que son aquellas que bien porque no han obtenido el número necesario de declaraciones de apoyo en el plazo de un año (es el caso de las iniciativas: «Aca-

---

<sup>13</sup> En este sentido acudir a <<http://ec.europa.eu/citizens-initiative/public/initiatives>> (última consulta 14/11/2014).

bemos con el Ecocidio en Europa: Una Iniciativa Ciudadana para dar Derechos a la Tierra», «Renta Básica Incondicional (RBI) – Explorando un camino hacia las condiciones de bienestar emancipatorias en la UE», «Single Communication Tariff Act», etc.) o bien porque han sido retiradas por sus organizadores (es el caso de las iniciativas: «MOVEUROPE», «Turn me Off!», «Teach for Youth – Upgrade to Erasmus 2.0», «Kündigung Personenfreizügigkeit Schweiz», «Iniciativa Europea a favor del Pluralismo en los Medios de Comunicación», «End Ecocide in Europe: A Citizens’ Initiative to give the Earth Rights», «Let me vote», «Directiva Europea sobre el Bienestar de las Vacas Lecheras», etc.) se encuentran fuera del procedimiento.

En segundo lugar están aquellas iniciativas cuya recogida de firmas está cerrada y que por tanto:

- a) Se hallan a la espera de ser presentadas ante la Comisión (es el caso de la iniciativa: «30 km/h – por unas calles habitables!» o «Stop Vivisection»).
- b) Ya han sido presentadas ante la Comisión y esperan ser atendidas por ella.
- c) Ya han sido atendidas por la Comisión y además se han hecho públicas las conclusiones. En este supuesto se encuentran dos iniciativas, una que finalmente ha sido rechazada («Uno de nosotros») y otra que no («El derecho al agua y el saneamiento como derecho humano ¡El agua no es un bien comercial, sino un bien público!»), por lo que puede considerarse la primera iniciativa ciudadana europea que ha superado todos los trámites con éxito.

Por último, están las iniciativas abiertas debido a que permanecen a la espera de que concluya el plazo de recogida de apoyos, una vez superados los trámites previos de registro e inscripción. Es el caso, por ejemplo, de la iniciativa: «Por una Europa más justa, neutralicemos las sociedades pantalla» cuyo plazo de recogida de firmas concluirá el próximo 1/10/2015.

En definitiva, podemos afirmar que pese al corto espacio de tiempo transcurrido desde su implementación, su acogida por parte de la ciudadanía ha sido muy favorable y receptiva. Una muestra más de que los ciudadanos exigimos poder participar más y mejor en la comunidad política supranacional de la que formamos parte.

#### 4. ALGUNAS REFLEXIONES Y CONSIDERACIONES CRÍTICAS

Una vez que se ha realizado un breve panorama descriptivo de la iniciativa ciudadana europea, quisiera realizar una sucinta valoración de este instrumento desde distintas perspectivas de análisis.

Desde un plano más amplio y genérico, es indudable que la puesta en marcha de este instrumento tiene una consideración positiva en cuanto que

ha supuesto un notable avance en el reforzamiento de la idea de ciudadanía europea.

No en vano, en el horizonte político europeo siempre se ha tenido muy presente, tal y como señala Offe, que no era posible «un fortalecimiento de la capacidad de gobierno de las instituciones europea sin la ampliación formal de los fundamentos de su legitimidad democrática»<sup>14</sup>.

En este empeño han fijado sus esfuerzos las instituciones europeas, de forma que han visto en la propuesta de la iniciativa ciudadana europea, un modo de ampliar la capacidad de acción política de los ciudadanos. Esto permite acercarnos al concepto jurídico de autolegislación propugnado por Habermas que considera que «debe adquirir una dimensión política hasta transformarse en el concepto de una sociedad democrática que actúa sobre sí misma»<sup>15</sup>.

Los ciudadanos europeos en la medida en que se consideren miembros y participantes de un proyecto común, podrán percibir que su identidad trasciende del ámbito nacional y se integra en una nueva identidad que no queda superpuesta ni supeditada a la anterior. Al contrario, nuestra identidad europea no puede ser sin más algo que construyamos como un mero agregado de identidades nacionalidades sino que debe ser, a la vez, nuestro propio proyecto de futuro. Y en este sentido, considero la iniciativa ciudadana europea como un importante paso a tener en cuenta.

Desde un enfoque más próximo a su concreta articulación normativa, la valoración genérica positiva requiere de unos matices críticos.

Cuando hacemos referencia a la iniciativa ciudadana europea, en realidad estamos aludiendo a la posibilidad de que un grupo de ciudadanos formule una propuesta a la Comisión Europea para que en el ámbito de sus competencias plantee un texto legislativo al Parlamento y al Consejo.

De esta primera aproximación a su concepción podemos extraer dos consideraciones iniciales que van a supeditar de manera determinante su articulación. La primera es que, tal y como estipula el artículo 2 del Reglamento (UE) n.º 211/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011, no existe una obligación formal de presentar la propuesta tal y como fue formulada, por tanto, la Comisión no queda vinculada al contenido de la iniciativa como así parece evidenciarlo la ambigua expresión de: «(...) *propuesta adecuada* sobre las cuestiones sobre las que los ciudadanos estimen que se requiere un acto legislativo de la Unión para los fines de la aplicación de los Tratados» que contiene el Reglamento. Y en directa relación con esta cuestión, es por tanto evidente, que las limitaciones materiales son muchas, ya que solo cabe plantear una iniciativa en el ámbito de las atribuciones de la Comisión. Un asunto que además plantea ciertos reparos si, como recuerda Elvira, tenemos en cuenta que la mayoría de las materias tienen un carácter

<sup>14</sup> OFFE, C., *Demokratie und Wohlfahrtsstaat*, 1998, p. 27.

<sup>15</sup> HABERMAS, J., *La constelación...op.cit.*, p. 83.

compartido y que por tanto no son de exclusiva competencia comunitaria<sup>16</sup>. En este sentido, ¿tendrían algo que decir los parlamentos nacionales como órganos co-decisores?

De todo ello se deduce que nos encontramos ante un instrumento que ha quedado articulado a través de la necesaria intermediación de la Comisión. Por tanto, es notorio que pese a los constantes esfuerzos por delimitar el monopolio de la iniciativa legislativa por parte de la Comisión, este instituto de participación ha quedado en sus manos. Esta situación solo se nos antoja comprensible si no cuestionamos las específicas competencias que tiene la Comisión en orden a la propuesta legislativa<sup>17</sup>, pero desde una perspectiva crítica, quizá no sea una osadía proyectar una necesidad de cambio en orden a la consecución de una UE cuya gobernanza se aproxime al sistema parlamentario tradicional.

En este escenario político, el reequilibrio institucional debe decantarse por una recuperación de cierto protagonismo parlamentario donde el déficit democrático sea en parte solventado por institutos como la iniciativa ciudadana europea, que permitan una mayor presencia ciudadana en el devenir y construcción de Europa.

De momento, tal y como queda configurada la iniciativa, las cuestiones procedimentales parecen evidenciar otro importante problema, y es que suponiendo que la iniciativa ciudadana europea pudiera residenciarse en sede parlamentaria, a día de hoy su regulación parece incidir en los aspectos esencialistas de la nacionalidad, una circunstancia que podría socavar el carácter transnacional del Parlamento Europeo.

Ejemplos de esta percepción los encontramos en el propio Reglamento mencionado cuando regula la condición diferenciada de «firmante» y «organizador» y establece para ello unos requisitos ligados a la nacionalidad (art. 3) y no a la residencia, que trata de matizar al exigir que, para garantizar la representación del «interés de la unión», el comité esté integrado por siete o más ciudadanos que provengan de diferentes Estados de la UE. En este sentido, se han presentado objeciones sobre cómo articular ese «interés general» ya que la exigencia de que sean los ciudadanos de tan sólo siete Estados miembros los necesarios para su conformación suscitó cierto debate<sup>18</sup> antes de su concreción reglamentaria (entre otras cuestiones se discutió sobre la ausencia de criterios geográficos en su determinación), a la vez que no ha evitado las críticas sobre la posibilidad de que este instrumento quede en manos de colectivos muy bien organizados (o incluso grupos de presión) con respaldo económico suficiente para llevarlo a cabo.

<sup>16</sup> BILBAO, J. M., y VINTRÓ, J., *Participación ciudadana y procedimiento legislativo: de la experiencia española a la iniciativa ciudadana europea*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011, p. 104.

<sup>17</sup> GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., «La iniciativa ciudadana en la Unión Europea», *Panorama Social*, núm.17, 2013, p. 65.

<sup>18</sup> BILBAO, J. M., y VINTRÓ, J., *op. cit.*, pp. 64-65.



También otro aspecto procedimental asociado a la nacionalidad se evidencia cuando se determina que sea una autoridad nacional la que certifique el sistema de recogida de firmas (art. 6) y verifique las declaraciones de apoyo (art. 8) que, en todo caso, requieren de un número mínimo en función del Estado (art.7 y anexo I) y que si son recabadas por la vía electrónica, se someterán a la normativa de protección de datos de cada país (art. 12)<sup>19</sup>. En este sentido, hubiera sido deseable que se creara para el proceso de verificación una «firma electrónica europea». Una oportunidad que habría reforzado la articulación y consecución de una efectiva ciudadanía europea.

Además, debemos destacar que, el tipo de datos personales que se nos van a exigir a la hora de rellenar los formularios de declaración de apoyo a una propuesta van a depender de la legislación nacional de cada Estado (anexo III). Una cuestión conflictiva que, sin duda, evidencia un poco más, la esencia nacional en la configuración procedimental de este instrumento de participación ciudadana.

Otras posibles valoraciones críticas a la iniciativa ciudadana europea consistirían en la falta de exigencia de un texto articulado junto con la mera propuesta, (lo que deja a este instrumento de participación la calificación jurídica de mero derecho de petición y no verdadera iniciativa legislativa<sup>20</sup>), la ausencia de previsión en el Reglamento de la oportunidad de su defensa (e incluso la introducción de enmiendas) por parte del Comité organizador en el trámite parlamentario posterior o la falta de previsión legal sobre la posibilidad de volver a presentar una iniciativa fallida.

Todas estas consideraciones sujetas a debate, no restan importancia a su apreciación como importante instrumento de participación política transnacional, de modo que no debemos de olvidar que nos encontramos ante lo que Bilbao destaca como la primera herramienta de participación directa adoptada por una organización supranacional<sup>21</sup>, y eso merece un reconocimiento más allá de su análisis prospectivo.

## 5. A MODO DE CONCLUSIÓN

Pese a las reticencias iniciales que siempre existen en torno a la articulación de fórmulas activas de participación ciudadana, Europa ha hecho un importante esfuerzo, a través de la iniciativa ciudadana europea, por consoli-

---

<sup>19</sup> Esta cuestión puede plantear cuestiones controvertidas en el futuro. En este sentido ver COTINO HUESO, L., «El Reglamento de la Iniciativa Ciudadana Europea de 2011. Su especial regulación de la recogida de apoyos vía internet y de la protección de datos de los ciudadanos», *Revista de derecho político*, n.º 81, 2011, pp. 323-378.

<sup>20</sup> BILBAO, J. M., y VINTRÓ, J., *op. cit.*, p. 112.

<sup>21</sup> BILBAO, J. M., y VINTRÓ, J., *Ibidem*, p. 98.

dar la idea de ciudadanía europea como sujeto político con entidad propia no asociada estrictamente a la nacionalidad.

Este objetivo ha pretendido socavar los aspectos esencialistas de la nacionalidad en la construcción de la identidad europea pero, lejos de lograrlo, ha evidenciado la dificultad que entraña la conformación del estatuto de ciudadano europeo.

Pese a todo, la iniciativa ciudadana europea, puede considerarse un importante instrumento para la democratización de Europa que trate de salvar la distancia existente entre las instituciones y los ciudadanos europeos. De este modo, su implementación puede mejorar la integración de Europa «desde abajo», desplegando todo su potencial creador de comunidad.

Por ello estimo que nos encontramos ante un significativo paso en la construcción de la ciudadanía europea que parece apostar por esta vía «indirecta» que consiste, básicamente, en el rediseño institucional que introduce la iniciativa ciudadana en el proceso legislativo.

## 6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BECK, U. y GRANDE, E., *La Europa Cosmopolita. Sociedad y política en la segunda modernidad*, Paidós, Barcelona, 2006.
- BILBAO, J. M., VINTRÓ, J., *Participación ciudadana y procedimiento legislativo: de la experiencia española a la iniciativa ciudadana europea*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2011.
- CLOSA, C., «La ciudadanía europea», en LLAMAZARES, I. y REINARES, F. (Eds.), *Aspectos políticos y sociales de la integración europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- COTINO HUESO, L., «El Reglamento de la Iniciativa Ciudadana Europea de 2011. Su especial regulación de la recogida de apoyos vía internet y de la protección de datos de los ciudadanos», *Revista de derecho político*, n.º 81, 2011, pp. 323-378.
- FRAILE ORTÍZ, M., *El significado de la ciudadanía europea*, CEPC, Madrid, 2003.
- GARCÍA GUITIÁN, E., «Problemas de la representación política», en ARTETA, A., GARCÍA GUITIÁN, E. y MAIZ, R. (eds.), *Teoría política: poder, moral, democracia*, Alianza editorial, Madrid, 2003.
- GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., «La iniciativa ciudadana en la Unión Europea», *Panorama Social*, núm.17, 2013.
- HABERMAS, J., *La constelación posnacional*, Paidós, Barcelona, 2000.
- *Tiempo de transiciones*, Trotta, Madrid, 2004.
- *El occidente escindido*, Trotta, Madrid, 2006.
- OFFE, C., *Demokratie und Wohlfahrtsstaat*, 1998.
- PEÑA, J., «La ciudadanía», en ARTETA, A., GARCÍA GUITIÁN, E. y MAIZ, R. (eds.), *Teoría política: poder, moral, democracia*, Alianza editorial, Madrid, 2003.
- SÁNCHEZ CUENCA, I., «El déficit democrático de la Unión Europea», en LLAMAZARES, I. y REINARES, F. (Eds.), *Aspectos políticos y sociales de la integración europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- SMITH, A., «National Identity and the Idea of European Unity», en *International Affairs*, vol.68, n.º 1, 1992.

*TITLE: Political identity and participation: the european citizens' initiative.*

*RESUMEN: La Unión Europea es consciente de la necesidad de articular fórmulas activas de participación que devuelvan a los ciudadanos su protagonismo como agentes de cambio y de legitimación del proceso de construcción europeo. El rediseño institucional articulado gracias a la aprobación del Tratado de Lisboa, ha configurado una nueva herramienta de democracia participativa transnacional, la iniciativa ciudadana europea, que podría permitir un cierto avance en la europeización horizontal, capaz de integrar a todos los ciudadanos bajo una concepción inclusiva de identidad europea. Desde esta perspectiva, se trata de analizar su regulación e implementación como potencial creador de comunidad política.*

*PALABRAS CLAVE: Europa, ciudadanía, democracia participativa e iniciativa legislativa.*

*ABSTRACT: The European Union is aware of the need to create active way of participation that returned to the citizens for their role as agents of change and legitimization of the European construction process. The institutional redesign articulated thanks to the adoption of the Lisbon Treaty, has set a new tool of transnational participatory democracy, the European Citizens' Initiative (ECI), which could allow some movement in the horizontal Europeanization, able to integrate all citizens under an inclusive conception of European identity. From this perspective, it is analyze his regulation and implementation as creative potential of political community.*

*KEYWORDS: Europe, citizen, participatory democracy and legislative initiative.*

*RECIBIDO: 11.11.2014*

*ACEPTADO: 26.11.2014*



# «NUEVOS DERECHOS» Y PRINCIPIO DE AUTODETERMINACIÓN ENTRE EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, LA CORTE CONSTITUCIONAL ITALIANA Y EL LEGISLADOR NACIONAL. ALGUNAS REFLEXIONES

Maria Grazia Rodomonte

---

**SUMARIO:** 1. EL ARTÍCULO 8 DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y EL FORTALECIMIENTO DE LAS POSICIONES JURÍDICAS SUBJETIVAS JURÍDICAMENTE TUTELADAS 2. LOS «NUEVOS» DERECHOS COMO DERECHOS DE ORIGEN JURISPRUDENCIAL Y LA TUTELA MULTINIVEL DE LOS DERECHOS 3. AUTODETERMINACIÓN Y LECTURA «EVOLUTIVA» DE NUESTRO TEXTO CONSTITUCIONAL. LAS DECISIONES DE «VALOR» COMO MÁRGENES DE LA INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA DE LA CONSTITUCIÓN ITALIANA 4. EL ESPACIO DEL LEGISLADOR NACIONAL ENTRE MARGEN DE EVALUACIÓN, CONSENSO MAYORITARIO DE LOS ESTADOS MIEMBROS Y NUEVAS CONQUISTAS DE LA CIENCIA 5. A MODO DE CONCLUSIÓN. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE EL DERECHO JURISPRUDENCIAL Y EL DERECHO POSITIVO.

---

## 1. EL ARTÍCULO 8 DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y EL FORTALECIMIENTO DE LAS POSICIONES JURÍDICAS SUBJETIVAS JURÍDICAMENTE TUTELADAS

Como es sabido, el ámbito de aplicación del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (de ahora en adelante CEDH), que establece el derecho al respeto a la vida privada y familiar<sup>1</sup>, se ha ampliado de manera

---

<sup>1</sup> El artículo 8 del Convenio europeo de derechos humanos tutela, como se sabe, cuatro aspectos distintos de la autonomía personal: la vida privada, la vida familiar, el domicilio y la correspondencia. Art. 8 del Convenio: «derecho al respeto de la vida privada y familiar: 1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una

paralela a los cambios de las costumbres y de la conciencia social, al crecimiento de las necesidades individuales y a las posibilidades ofrecidas por la evolución de la ciencia médica y tecnológica. Después de un tiempo, se ha asistido a una relectura, por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (de ahora en adelante TEDH), del dato normativo contenido en el art. 8 del Convenio –referencia de hecho bastante indeterminada– que ha llevado a la creación de nuevos «insaciables» derechos<sup>2</sup>.

El progresivo reconocimiento de nuevos derechos, a nivel europeo y nacional, tiene su origen en una específica matriz cultural, es decir el derecho a la vida privada que, como ha destacado Marta Cartabia<sup>3</sup>, ha llegado a Europa desde los Estados Unidos<sup>4</sup>, se ha desarrollado rápidamente hacia el derecho a la autonomía personal o a la autodeterminación y ha generado a su vez toda una serie de nuevos derechos individuales. En este sentido hay quien, como Luca Antonini, habla de «normativización del deseo»<sup>5</sup>, expresión que, aunque sintética, sin embargo da en el blanco del nudo problemático de dicha evolución.

---

medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás».

<sup>2</sup> La expresión es de SEBOK, A.J., *The insatiable Constitution*, in *Southern California Law Review*, 70, 1996-97, 417-471, también utilizada por ANTONINI, L., *Il traffico dei diritti insaziabili*, Rubettino, 2008.

<sup>3</sup> De hecho es evidente que por medio de la autodeterminación se va afirmando el individualismo, es decir «una concepción individual-libertaria», como bien ha destacado MARTA CARTABIA, que es fruto de la exportación de un «producto» americano a Europa precisamente a través de una lectura «abierta» del principio de autodeterminación por parte del TEDH. La autora recuerda de hecho que «si tratta delle stesse matrici culturali e giuridiche che sono alla base di tutta la stagione dei diritti individuali di matrice *liberal* che ha segnato una intera epoca del costituzionalismo americano: l'origine –almeno dal punto di vista giuridico– risale agli Stati Uniti degli anni '60, una società e un ordinamento giuridico che in quegli anni attraversavano le storiche stagioni delle battaglie per i diritti civili. E' la rivoluzione dei costumi, soprattutto dei costumi sessuali, che ha portato sul piano giuridico alla comparsa del diritto alla *privacy*, intesa non come mera non interferenza nelle cose private, ma come libertà positiva o diritto all'autodeterminazione individuale». Véase M. CARTABIA, *Nuovi diritti*, en *statoechiase.it*, 2011.

<sup>4</sup> NANIA, R., *La libertà individuale nella esperienza costituzionale italiana*, Torino, 1989, 157, marca la distancia de la Corte constitucional italiana en la sentencia. n. 28 de 1975 desde esta matriz cultural, en particular desde el derecho a la autodeterminación de la mujer en materia de aborto en los términos delineados por la Corte suprema estadounidense.

<sup>5</sup> ANTONINI, L., *Autodeterminazione nel sistema dei diritti costituzionali*, en D'AGOSTINO, F., *Autodeterminazione. Un diritto di spessore costituzionale?*, Atti del Congresso nazionale dell'UGCI, Pavia, 5-7 de diciembre 2009, Milano, 2012, 12.

Para comprender el fenómeno en cuestión –es decir en qué medida el artículo 8 del Convenio, por medio de la jurisprudencia del TEDH, se ha convertido en el fundamento para el reconocimiento y la tutela de las posiciones individuales– es suficiente recordar lo ocurrido con la tutela de las posiciones subjetivas en el ámbito de la procreación, con particular referencia a la Procreación Médicamente Asistida (PMA).

En este contexto, se ha destacado cómo el derecho al pleno desarrollo de la personalidad ha funcionado como «catalizador normativo»<sup>6</sup> de las nuevas instancias subjetivas (o de pareja) originadas por el desarrollo social y tecnológico, con la consecuencia de que hoy se asiste en este contexto a un proceso de progresiva, y aparentemente imparable, ampliación del ámbito de aplicación del artículo 8 del Convenio. De hecho, es evidente que «una volta riconosciuto il diritto a procreare, la riconduzione all’ambito applicativo dell’articolo 8 CEDU delle sue articolazioni funzionali sembra essere– logicamente prima che giuridicamente –inevitabile»<sup>7</sup>. Del reconocimiento del derecho a la procreación, a partir de la sentencia del TEDH *Evans c. United Kingdom* de 2007, deriva el derecho a ser padres genéticos, según lo establecido en la sentencia *Dickson*; a partir del derecho a ser padres genéticos deriva a su vez el derecho a acceder a las técnicas de PMA (*S.H. c. Austria*); este último enlaza con el derecho (deseo) de procrear un hijo que no padezca enfermedades genéticas de las que los padres sean portadores (como se ha establecido en la sentencia *Costa y Pavan*), es decir el derecho a tener un hijo sano.

En fin, una auténtica concatenación de nuevos derechos que se desarrolla por medio de las decisiones del TEDH y que es posible por el hecho de que, según la interpretación del mismo Tribunal, el derecho a la *privacy* contiene implícitamente también el derecho a tener un hijo.

## 2. LOS «NUEVOS» DERECHOS COMO DERECHOS DE ORIGEN JURISPRUDENCIAL Y LA TUTELA MULTINIVEL DE LOS DERECHOS

El art. 8, frecuentemente en relación con el art. 14 del mismo Convenio, o sea el principio de no discriminación, suele ser interpretado como una cláusula abierta por medio de la cual pueden originarse un número potencialmente ilimitado de nuevos derechos. En este sentido, dos son los aspectos que merecen ser destacados en relación al proceso de creación de nuevos derechos.

<sup>6</sup> PENASA, S., *La Corte Europea dei Diritti dell’Uomo di fronte al fattore scientifico: analisi della recente giurisprudenza in materia di procreazione medicalmente assistita e interruzione volontaria di gravidanza*, en *forumquadernocostituzionali.it*, 3 de abril 2013.

<sup>7</sup> ID., *Ib.*

En primer lugar se trata de derechos no escritos, es decir no explicitados en una Carta o en una Declaración, siendo derechos de origen jurisprudencial, fruto de la interpretación llevada a cabo por el TEDH a partir del art. 8 del CEDH. Como derechos no escritos no tienen por lo tanto limitaciones, exceptuando las que surgen de una eventual ponderación con otros derechos por parte del mismo Tribunal de Estrasburgo; se trata, en otros términos, de derechos absolutos<sup>8</sup>.

En segundo lugar, como es notorio, el proceso de imparable y progresivo reconocimiento de nuevos derechos a nivel europeo —es decir a nivel supranacional— está destinado a reflejarse a nivel nacional, precisamente por el hecho de que existe ya un complejo sistema de tutela multinivel de derechos por el cual lo que ocurre a nivel europeo impacta también a nivel interno. Sin detenernos más en el tema, es evidente hoy que cualquier decisión sobre derechos individuales tomada en sede europea tiene repercusiones en el ordenamiento nacional<sup>9</sup>. Es suficiente recordar aquí cómo, con las sentencias «gemelas» nn. 348 y 349 de 2007, la Corte constitucional italiana ha expresado su competencia para utilizar el CEDH como parámetro —en cuanto norma interpuesta en virtud del art. 117, apartado 1, de la Constitución— en el juicio de constitucionalidad de las leyes italianas y cómo a nivel interpretativo ha sido favorecido el «diálogo» entre jueces ordinarios, Corte constitucional y TEDH. Aún se podría decir más sobre el tema<sup>10</sup>, destacando que son precisamente los jueces comunes, que en este ámbito han obtenido un diálogo privilegiado con el TEDH, los más sensibles a una relectura del catálogo constitucional de los derechos por medio de la «lente» de la autodeterminación. De todas maneras, es suficiente aquí subrayar cómo el complejo mecanismo de tutela de los derechos que ve involucrados a los jueces ordinarios nacionales, a los Tribunales constitucionales, a la Corte de justicia de la Unión europea y al Tribunal europeo de derechos humanos, está llevando al centro del sistema a este último, «punto di riferimento sempre più autorevole sia delle istituzioni dell'Unione Europea sia delle istituzioni nazionali»<sup>11</sup>.

<sup>8</sup> CARTABIA, M., *op. cit.*, 13-14.

<sup>9</sup> ID., *Ib.*, 3.

<sup>10</sup> Sobre el tema véase RANDAZZO, B., *Giustizia costituzionale sovranazionale. La Corte europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2012.

<sup>11</sup> CARTABIA, M., *op. cit.*, 8. Es evidente que dicha circularidad del diálogo tiene un doble efecto: por un lado representa una clara señal de la erosión de la soberanía estatal en cuanto es indudable que la tutela de los derechos se ha trasladado desde el nivel nacional al nivel europeo; además, a nivel interno pone en una posición de primer plano a los jueces comunes que pueden puentear a la Corte constitucional en cuanto sujetos directamente dialogantes con los Tribunales europeos.



### 3. AUTODETERMINACIÓN Y LECTURA «EVOLUTIVA» DE NUESTRO TEXTO CONSTITUCIONAL. LAS DECISIONES DE «VALOR» COMO MÁRGENES DE LA INTERPRETACIÓN EVOLUTIVA DE LA CONSTITUCIÓN ITALIANA

El proceso que acabamos de describir, gracias también a la circularidad del diálogo entre los jueces, los Tribunales nacionales y los Tribunales supranacionales, originado por la tutela multinivel de los derechos, favorece la emersión de una idea *libertarian* del ser humano que, como se ha dicho, nace en Estados Unidos y se difunde en Europa a través de las decisiones del TEDH y que, no obstante, parece estar distante de la idea del ser humano presente en las Constituciones europeas surgidas tras el segundo conflicto mundial. Por cierto, en esta perspectiva no se quiere negar que los derechos contenidos en nuestro texto constitucional, a diferencia de la legislación ordinaria, se presten a una lectura evolutiva capaz de garantizar una duración en el tiempo del dato constitucional<sup>12</sup>. Sin embargo, esta constatación no parece por sí misma ser suficiente para afirmar que nuestro texto constitucional se preste a una lectura ilimitadamente abierta. De hecho, aquellos mismos valores que son traducidos en principios en nuestro texto constitucional representan igualmente límites y/o factores de orientación respecto a una ampliación ilimitada del número de los derechos mismos. Entre estos ciertamente cabe destacar el principio de igualdad y dignidad humana, el principio personalista y el principio pluralista<sup>13</sup>. En definitiva, parece que se pueda afirmar que la Constitución italiana no ha optado por una «insostenible neutralidad», sino que ha llevado a cabo una elección precisa en favor de algunos valores. Elección en la que es posible identificar una matriz liberal de la libertad a la que se acompañan una matriz católica y una socialista.

Por tanto, la idea de libertad entendida como «no impedimento» de la autodeterminación del individuo<sup>14</sup> está presente en las mismas raíces del texto constitucional, aunque está destinada a convivir con otros valores condicionantes. Lo que implica que el dato constitucional no está destinado a ser una realidad inmutable, ajena al contexto social en el que opera, sino que representa un elemento «vivo», cuya vocación evolutiva queda sin embargo

<sup>12</sup> Véase GEMMA, G., *Non diritti «insaziabili», ma micro-diritti costituzionali circa l'uso del proprio corpo*, en *Dir. e Soc.*, 2/2013, 213.

<sup>13</sup> ANTONINI, L., *Autodeterminazione nel sistema dei diritti costituzionali*, cit., considera que «sembra quindi pacifico che il ricorso al principio di autodeterminazione, se isolato dai singoli diritti, non aiuta affatto una ricostruzione coerente, attuale e rispettosa del dato costituzionale. Estremamente influenzato dalla logica individualista estranea alla Costituzione italiana, esso racchiude una forza espansiva che non tiene conto di alcuni dati salienti del nostro contesto costituzionale, tra i quali il personalismo, il principio democratico e, se si vuole, quello dell'uguale dignità».

<sup>14</sup> GEMMA, G., *op. cit.*, 220.

siempre y de todas formas firmemente basada en los valores en los que se funda el núcleo inmutable de nuestra Constitución.

#### 4. EL ESPACIO DEL LEGISLADOR NACIONAL ENTRE MARGEN DE EVALUACIÓN, CONSENSO MAYORITARIO DE LOS ESTADOS MIEMBROS Y NUEVAS CONQUISTAS DE LA CIENCIA

En un contexto constitucional caracterizado por la posible ampliación de los derechos, no se puede no coincidir con la afirmación según la cual «oggi appare quanto mai urgente porre un freno al ‘diluvio’ di diritti fondamentali, riconosciuti persino in capo alle persone giuridiche, che piovono dal cielo di una Convenzione «strumento vivente» a loro tutela, Convenzione tesa ad intercettare evoluzioni e mutazioni nel contesto giuridico, economico, storico e culturale europeo»<sup>15</sup>.

Es necesario, por lo tanto, preguntarse sobre cómo enfrentar la progresiva erosión de valores que aquel «diluvio» puede implicar; valores que si bien están presentes en la Carta constitucional, corren el riesgo de ser arrasados por la desbordante afirmación jurisprudencial de nuevos «insaciables» derechos.

Una solución podría o –mejor dicho– debería consistir en la intervención del legislador, que podría constituir como un dique de contención efectivo frente a la tendencia antes destacada. Toda otra solución que vea –como sin embargo ocurre a menudo a nivel europeo– la preponderancia del derecho jurisprudencial sobre el derecho positivo es motivo de incertidumbre puesto que no hay duda de que «ciascun giudice uomo-solo, a seconda della *sua* comprensione del caso, del *suo* modello valoriale di riferimento, della *sua* interpretazione della Costituzione, può offrire soluzioni diverse, quando non opposte, ai medesimi casi»<sup>16</sup>. Por lo tanto, cuando se tenga que decidir en ámbitos «éticamente sensibles», debería prevalecer la elección del legislador orientada a mediar entre diferentes exigencias, sopesando entre los distintos valores que entran en juego con respecto a «casos difíciles», como son ciertamente los que afectan a la procreación asistida, a la eutanasia o a las adopciones homoparentales. En este sentido, se puede recordar lo afirmado por

<sup>15</sup> RANDAZZO, B., *La bulimia della Corte dei «desideri»*, en *forumquaderniconstituzionali*, 14 de mayo de 2013, quien además destaca (ID., *Ib.*, 3): «Si osservi, *en passant*, che la moltiplicazione dei *diritti* individuali produce come effetto non secondario la corrispondente espansione del *potere* della Corte, che accresce la propria competenza (ex art. 32 CEDU) in modo sostanzialmente incontrollabile e può finire per essere arbitrario».

<sup>16</sup> Así TRIPODINA, C., *Nascere e morire tra diritto politico e diritto giurisprudenziale*, en CAVINO, M. – TRIPODINA, C., *La tutela dei diritti fondamentali tra diritto politico e diritto giurisprudenziale: «casi difficili» alla prova*, Milano, 80.

los tres jueces del TEDH que han expresado su opinión disidente en la reciente decisión *Gross c. Suiza* con respecto a la petición de suicidio asistido. En esta ocasión los jueces han recordado que «*Where, however, there is no consensus between the States Parties to the Convention, either as to the relative importance of the interest at stake or as to the best means of protecting it, particularly where the case raises sensitive moral or ethical issues, the margin will be wider. By reason of their direct and continuous contact with the vital forces of their countries, the State authorities are, in principle, in a better position than an international court to give an opinion, not only on the 'exact content of the requirements of morals' in their country, but also on the necessity of a restriction intended to meet such requirements*»<sup>17</sup>. Las palabras de los jueces –además de no ser aisladas ya que en otras ocasiones el TEDH tuvo la oportunidad de marcar las competencias de los Estados miembros en materia de garantía de los derechos<sup>18</sup>– demandan el papel de la política nacional como sede prioritaria para definir los contenidos de las elecciones éticas y, diremos nosotros, como dique efectivo frente a las indicaciones procedentes del TEDH y de la lectura «individualista» de los derechos que surge en su jurisprudencia. De modo que precisamente el reconocimiento de un «margen de apreciación»<sup>19</sup> en favor de los Estados miembros debería permitirles llevar a cabo elecciones diferenciadas en relación a los «casos difíciles» en el ámbito bioético.

También en este caso cabe hacer algunas observaciones.

En primer lugar merece la pena detenerse sobre la hipótesis de que el TEDH perciba la existencia de un consenso no unánime sino «mayoritario» entre los Estados parte del Convenio europeo. En la decisión *Vallianatos y otros contra Grecia* (ric. n. 29381/09, 32684/09) de 7 de noviembre 2013 en tema de reconocimiento jurídico de las parejas homosexuales<sup>20</sup>, es significativa la actitud del TEDH al evaluar el consenso social europeo hacia al reconocimiento de las parejas homosexuales. Los Jueces de Estrasburgo, de hecho, sobre todo en esta ocasión, han subrayado la existencia de un *trend* emergente a nivel europeo, llegando a identificar cuáles son efectivamente los Países que

<sup>17</sup> Véase el considerando 7 de la opinión disidente conjunta de los jueces Raimondi, Jočienė y Karakaş.

<sup>18</sup> Véase VARI, F., *Considerazioni critiche a proposito della sentenza Costa et Pavan della II sezione della Corte EDU*, en *Rivista AIC*, 1/2013, 6, quien recuerda lo que se ha evidenciado con motivo de la Declaración final del Congreso de Brighton de 2012 sobre el futuro del Tribunal de Estrasburgo, es decir, el papel del TEDH es subsidiario respecto a la garantía de los derechos a nivel nacional, así como las afirmaciones presentes repetidamente en las decisiones del mismo TEDH.

<sup>19</sup> Sobre el margen de apreciación véase TANZELLA, P., *Il margine di apprezzamento*, en CARTABIA, M. (ed.), *I diritti in azione*, Bologna, 2007, 145 ss.

<sup>20</sup> VALENTI, V., *Dalla Cedu una tutela 'per direttissima' delle coppie omosessuali*, en *Confronti costituzionali*, 30 de diciembre 2013.

tutelan jurídicamente las parejas homosexuales. Lo que ha inducido al TEDH a efectuar un balance entre derechos, a utilizar un *strict scrutiny* con respecto a las motivaciones aducidas por el Estado y, por lo tanto, a falta de firmes argumentaciones, a declarar la violación del Convenio. A este respecto se puede convenir con la observación según la cual lo que más impresiona de las argumentaciones aducidas por el TEDH es, sin duda, el hecho de que cuando el Tribunal presta atención a la evolución social y a las transformaciones en acto en la mayoría de los Estados europeos confirma «ancor di più il ruolo della *Convenzione europea* quale *living instrument*, il fatto cioè che si tratti di un testo normativo che richiede di essere interpretato alla luce delle evoluzioni della società europea contemporanea»<sup>21</sup>. Además, en las motivaciones de los jueces de Estrasburgo emerge, aunque con mucha cautela, «l'intenzione di 'chiudere il cerchio' in merito all'art. 8 della *Convenzione*»<sup>22</sup>, es decir, la intención de fijar un nivel mínimo de tutela jurídica de las parejas homosexuales que permita de condicionar, a la luz de un consenso social europeo en construcción, la discrecionalidad de los legisladores nacionales. Precisamente este intento del Tribunal europeo de asegurar un nivel mínimo de garantía en favor de las parejas homosexuales ha conducido a considerar que, desde este punto de vista, el legislador nacional que tiene la intención de introducir la disciplina de un instituto por medio del cual reconocer jurídicamente las parejas «non potrà escludere, da tale riconoscimento, le coppie omosessuali»<sup>23</sup>.

Por otro lado, incluso en materia de procreación, ámbito al que se ha hecho referencia al principio de estas páginas, es evidente cómo de la jurisprudencia del TEDH emergen ulteriores limitaciones del margen de valoración acordado al legislador nacional. En particular, parece que pueda hablarse, en este contexto, de un verdadero «gravamen procedimental» puesto sobre el legislador nacional en referencia a las conquistas de la ciencia médica. De hecho, «pur trattandosi di un *trend* giurisprudenziale ancora in via di consolidamento, ma che trova significative sponde a livello di giurisprudenza costituzionale nazionale (Italia e Francia), sembra che la Corte EDU sia venuta ad individuare un ulteriore criterio per definire il margine di apprezzamento, che diviene, in sede di scrutinio dell'esercizio di tale margine, anche un parametro di valutazione (almeno potenziale, cfr. S.H. Grand Chamber) delle scelte discrezionali operate a livello nazionale»<sup>24</sup>. El legislador nacional está de hecho llamado a probar que ha llevado a cabo, «all'interno del procedimento decisionale secondo forme variamente individuabili, una attività di raccolta, analisi e valutazione dello *status quo* riscontrabile a livello scienti-

<sup>21</sup> ID., *Ib.*

<sup>22</sup> ID., *Ib.*

<sup>23</sup> Así VALENTI, V., *cit.*

<sup>24</sup> PENASA, S., *La Corte Europea dei diritti dell'Uomo di fronte al fattore scientifico*, op. cit., 12.

fico-tecnológico, in modo da «introdurre» concretamente la complessità scientifica, che lo legittima verso scelte altamente discrezionali, nel processo decisionale, che ne sarà quindi condizionato, o quanto meno orientato. Il soddisfacimento di tale condizione sembra fondare una presunzione di compatibilità delle scelte discrezionali con la CEDU»<sup>25</sup>. Es decir, el legislador resulta condicionado en la toma de decisiones políticas por el hecho de tener en debida consideración el progreso científico y tecnológico. Precisamente en la decisión *S.H. contra Austria*, conforme a lo sostenido por el Tribunal «*spetta al legislatore prevedere dei meccanismi decisionali e normativi, i quali consentano la valutazione periodica degli eventuali progressi scientifici, in modo da adeguare l'impianto normativo ai medesimi*»<sup>26</sup>.

## 5. A MODO DE CONCLUSIÓN. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE EL DERECHO JURISPRUDENCIAL Y EL DERECHO POSITIVO

En conclusión, parece que se pueda afirmar que el espacio de intervención del legislador interno está condicionado por una evolución de la jurisprudencia del TEDH, no siempre clara y coherente por lo que respeta la evaluación del margen de apreciación relativo a la existencia de un «consenso» entre los Estados, además de la incidencia de los progresos científicos y tecnológicos sobre las decisiones del legislador. En ambos casos la efectiva discrecionalidad del legislador nacional en la ponderación de los intereses en juego parece destinada a una progresiva e inevitable limitación.

Además, no hay que olvidar cómo la circularidad del diálogo entre jueces, Tribunales constitucionales y europeos, puede terminar por condicionar las mismas posiciones asumidas por el legislador, induciéndolo, a pesar de la tendencia a no querer asumir una posición frente los asuntos éticamente sensibles, a acoger *ex post* posiciones ya surgidas en sede judicial, en particular a nivel europeo. A este respecto, es significativo cuanto recientemente afirmado en relación a la decisión tomada por el Tribunal de justicia de la UE en el caso *Hay* en tema de no discriminación por motivos de preferencia sexual, o sea que «l'azione giudiziaria, europea e nazionale, rappresenta il primo ed essenziale momento di contatto tra 'essere e dover essere', tra fenomeno sociale e realtà giuridica; il primo momento in cui si registrano quelle trasformazioni sociali, che richiedono –in questo caso, e con riguardo al contesto italiano, da tempo, troppo tempo– di diventare 'diritto legislativo'. Tuttavia, questa consapevolezza è accompagnata anche dalla convinzione che l'attivismo giudiziario, senza il successivo intervento del Legislatore, conduce alla frammenta-

<sup>25</sup> ID., *Ib.*

<sup>26</sup> ID., *Ib.* Aunque, más allá de las consideraciones presentes en la decisión, la Corte no ha negado de manera absoluta la compatibilidad de la decisión del legislador austriaco con el art. 8 del CEDH.

rietà della tutela giuridica dei diritti fondamentali. *Ed allora, se per provocare la risposta del Legislatore nazionale è necessario passare da Strasburgo e Lussemburgo, ben venga. Solo così, forse, sarà possibile accorciare la distanza dell'Italia dagli altri Paesi europei*»<sup>27</sup>. Esta observación, más allá de que se pueda o no auspiciar el activismo judicial, evidencia cómo de todas maneras las opciones escogidas por los tribunales europeos pueden influir en los legisladores internos, sobre todo cuando estos parecen «débiles» como frecuentemente ocurre hoy en muchos países, como es el caso de Italia, frente a la crisis de «prestigio» y credibilidad originadas directamente por la crisis de representación, desde hace tiempo mal endémico de nuestro país.

Aunque indirectamente la jurisprudencia de los tribunales europeos, en particular del TEDH, condicione la legislación interna, aún mayor es el papel tradicionalmente jugado por la Corte constitucional como Corte de derechos. No puede dejarse de destacar que la así llamada tutela multinivel de los derechos determine un replanteamiento del papel jugado por la Corte constitucional cuando opera como Corte de los derechos<sup>28</sup>; lo que no dejar de tener en cuenta el impacto del derecho europeo y del derecho supranacional en la redefinición del sistema de las fuentes que a su vez es una señal tangible del repensamiento del Estado y de la soberanía nacional. Sin embargo, la Corte constitucional debe cumplir la tarea, de la cual no debería sustraerse, de ser el garante de los derechos en los espacios que le son encomendados. No se puede negar, de hecho, que incluso el juez constitucional interno, tras la «constitucionalización» de las normas CEDH conforme al sentido en el cual son interpretadas por la jurisprudencia del TEDH, dispone de un espacio no indiferente de intervención.

En realidad, el juez constitucional no ha dejado de manifestar en diferentes ocasiones una especie de regresión en su papel decisorio, como en el caso de la ordenanza n. 150 de 2012 en materia de procreación heteróloga, con la que la Corte ha preferido remitir los actos a los jueces *de quibus*<sup>29</sup> antes que

---

<sup>27</sup> VALENTE, V., *Verso l'uropeizzazione del diritto nazionale di famiglia? (Brevi osservazioni a margine del caso Hay, Corte di Giustizia UE, C-267/12, sent. 12 de diciembre 2013)*, en *forumquadernicostituzionali*, 24 de febrero 2014. Cursiva nuestra.

<sup>28</sup> Según VALENTE, V., *Verso l'uropeizzazione del diritto nazionale di famiglia? (Brevi osservazioni a margine del caso Hay, Corte di Giustizia UE, C-267/12, sent. 12 diciembre 2013)*, en *forumquadernicostituzionali*, 24 de febrero de 2014, se asiste a una verdadera europeización del derecho nacional de familia. De hecho «Come sembra stia facendo la CEDU nel dare applicazione del diritto convenzionale, così i Giudici di Lussemburgo sembrano intenzionati ad operare essi stessi un controllo più stringente sulla discrezionalità degli Stati Membri al fine di garantire, in modo più rigoroso, l'uniformità nell'applicazione e nell'interpretazione del diritto dell'UE specie in un ambito in cui si registra una forte disomogeneità tra i diversi Paesi Membri, nella definizione dei livelli di tutela delle coppie omosessuali».

<sup>29</sup> En dicha ordenanza la Corte ha subrayado el carácter preliminar del art. 117, apartado 1, de la Constitución, de hecho subordinando el examen de la cuestión de legitimidad

entrar en el fondo del asunto. En esta ocasión no solo la Corte parece mostrar una actitud de excesiva prudencia hacia una decisión del TEDH, aun tratándose de una fuente sub-constitucional, sino que incluso parece indudable que se ha abstenido de decidir, «provocando un'alterazione del carattere incidentale del giudizio costituzionale, che invece si proponeva, apparentemente, di difendere»<sup>30</sup>. Además, con respecto a las relaciones con el Tribunal de Estrasburgo, si se considera la tendencia de la Corte constitucional a no enfrentarse a cuestiones internas, otorgando prioridad lógica y jurídica a la cuestión comunitaria, es decir, una peligrosa asimilación de las cuestiones de legitimidad constitucional en la resolución de las cuestiones comunitarias, resulta claro el riesgo que la Corte corre de perder su prestigio y, más en general, la posibilidad misma de verificar la legitimidad constitucional de las normas internas<sup>31</sup>.

Sin embargo, llamada otra vez a pronunciarse sobre la constitucionalidad de la prohibición de fecundación heteróloga contenida en la ley n. 40 de 2004, la cual ya antes había sido objeto de censura por parte del juez constitucional y objeto de numerosas decisiones judiciales, la Corte constitucional no sólo ha censurado dicha prohibición, sino que también se ha orientado en la dirección de una clara delimitación de las posibles opciones del legislador en un ámbito en el que, según lo establecido por el juez constitucional en la reciente decisión n. 162 de 2014, no podría negarse un espacio de autodeterminación de la pareja en mérito a la decisión de formar una familia y de volverse padres.

La intervención, esta vez «a voces», de la Corte constitucional podría ser explicada precisamente por la voluntad de recuperar un espacio en aquella dinámica de la tutela multinivel que corre el riesgo de «reducir» a la Corte

---

constitucional a una ulterior intervención de los jueces *a quibus* que pueden volver a formular la cuestión de legitimidad por violación de la norma supranacional interpuesta. De hecho podemos estar de acuerdo con cuantos en la doctrina expresan perplejidades frente a la decisión del juez constitucional de remitir los actos al juez *a quo* y de considerar la decisión del TEDH como *ius superveniens*, aún sin definirlo como tal. Se afirma de hecho (I. PELLIZZONE, *Sentenza della Corte europea sopravvenuta e giudizio di legittimità costituzionale: perché la restituzione degli atti non convince. Considerazioni a margine dell'ord. N. 150 del 2012 della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, 3/2012, 2) que «la decisione presenta alcune forzature e pare che si presti ad essere letta come una risposta alla discutibile esigenza, avvertita nel caso concreto dai giudici costituzionali, di posticipare la delicata decisione nel merito della legittimità costituzionale del divieto di fecondazione eterologa. Non sarebbe, del resto, la prima volta che la categoria delle decisioni di restituzione degli atti per *ius superveniens* viene utilizzata impropriamente per necessità dilatorie».

<sup>30</sup> PELLIZZONE, I., *op. cit.*, 4.

<sup>31</sup> GARNIER, T., *Rinvio pregiudiziale interpretativo e giudizio di legittimità costituzionale. Nuovi scenari e nuove prospettive nel crocevia sovranazionale*, en *Diritto e Società*, 2/2013, 250.

constitucional a una posición marginal y subordinada a los Tribunales europeos, en particular al Tribunal de Estrasburgo. Por tanto, se puede suponer que, mientras la Corte constitucional tolera la intervención de los jueces internos, solicitada además por ella misma frente a la demanda de interpretación conforme también al CEDH, por otra parte parece ser menos propensa a aceptar que su margen de intervención sea limitado directamente por el TEDH<sup>32</sup> el cual, además, no ha dejado en más de una ocasión de actuar como Tribunal al que las partes pueden acudir directamente<sup>33</sup>.

Si es esta la explicación de la intervención hecha en esta ocasión por la Corte constitucional —es decir, no querer dejar espacios de acción en favor del TEDH—, parece sin embargo que puede afirmarse que el juez constitucional ha terminado por medirse, aun sólo implícitamente, con la jurisprudencia de aquel mismo Tribunal, acogiéndola sin reservas y, de hecho, confirmando, aun con otras modalidades, la tendencia a retroceder frente la jurisprudencia del TEDH. De hecho, aun sin referirse expresamente a la jurisprudencia del TEDH sobre los art. 8 y 14 del Convenio, sino más bien basándose únicamente sobre parámetros internos, accede a una lectura de la autodeterminación cuyo principio absoluto y cuya fuente inagotable de nuevos derechos en favor de los individuos y de la pareja llega también a la idea de que el derecho a la autodeterminación contiene implícitamente el derecho a tener un hijo. Desde esta lectura resulta inevitable la consecuencia de que la ponderación entre los diferentes valores en juego consiste de hecho en un «desequilibrio» en favor de la determinación de la pareja a tener un hijo, calificada por la misma Corte como «incoercible» y por lo tanto no limitable.

Además, el carácter absoluto del principio de autodeterminación —con referencia a la familia y al derecho a ser padres como fruto de una interpretación evolutiva del *favor familiae* fundada en el art. 31 de la Constitución— permite considerar de primordial importancia las exigencias de tutela de la salud física y psíquica de la pareja afectada por infertilidad o esterilidad total. Según el

<sup>32</sup> SORRENTI, V.G., *Gli effetti del garantismo competitivo: come il sindacato di legittimità costituzionale è tornato al suo giudice naturale (a margine di Corte cost. sent. n. 162/2014)*, [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), 6-7.

<sup>33</sup> Como ha ocurrido no solamente en el más notorio caso *Costa – Pavan* (sobre el cual véase lo afirmado por SORRENTI, G., op. cit.) sino que en otras ocasiones como en el caso *Hay*. Es extremadamente interesante la opinión parcialmente disidente presente en dicha sentencia del juez Pinto de Albuquerque, quien ha destacado que «*The Grand Chamber has inaugurated a novel remedy in the present judgment, which posits a specific legislative solution to a social problem that has allegedly not been solved by the national legislator after the persons concerned have taken direct action before the Court. The Court is no longer a mere «negative legislator»: it assumes the role of a supra-national «positive legislator» which intervenes directly in the face of a supposed legislative omission by a State Party*», casi que fuese una «Corte constitucional europea» «*functioning as a positive legislator at the direct request of the persons concerned*».



juez, de hecho, la imposibilidad de formar una familia con hijos puede afectar de manera negativa «in misura anche rilevante, sulla salute della coppia, nell'accezione che al relativo diritto deve essere data»<sup>34</sup>. La discrecionalidad del legislador ordinario se ve totalmente excluida cuando se trata de elegir en relación a la oportunidad de las terapias que tengan que ser aplicadas –en este caso a parejas en las que uno de los *partner* sea afectado por infertilidad o esterilidad total. La discrecionalidad del legislador, ya limitada por la libertad de autodeterminación de la pareja, tiene que retroceder, según la Corte, frente al hecho de que no es el legislador sino el médico quien tiene que tomar las decisiones más oportunas en cuanto idóneas a garantizar la tutela del derecho a la salud física y psíquica de los que componen la pareja.

En fin, hay que subrayar cómo según la Corte sigue habiendo límites al derecho a tener una familia con hijos, de manera que la fecundación heteróloga puede ser legítimamente utilizada por las parejas afectadas por infertilidad o esterilidad absoluta, ya que, además, no se permite la maternidad subrogada. Sin embargo, una vez abiertas las puertas a una «reescritura» de la ley por parte de los jueces, nada impide que, en el futuro, sobre la base de la autodeterminación, se admita la posibilidad de que ulteriores límites marcados por el legislador de la ley n. 40 de 2004 sean superados, en lo relativo al derecho a la salud y a las decisiones tomadas por el juez constitucional sobre la racionalidad de la ley.

En conclusión, se puede afirmar que, a pesar de todo tipo de consideraciones en relación a la citada decisión de la Corte constitucional<sup>35</sup>, lo que más sorprende cuando se examine la jurisprudencia del TEDH y de nuestra Corte constitucional sobre los temas éticamente sensibles es la progresiva reducción del margen de elección del legislador, es decir, la cesión del derecho positivo en favor del derecho jurisprudencial. El legislador nacional, desde luego no exento de críticas sobre la inercia que demasiadas veces afecta su actuación, parece «restringido» en un circuito en el que hoy prevalece la actividad de «reescritura» del derecho por los jueces –desde los jueces comunes hasta las Cortes europeas pasando por las Cortes constitucionales– todos, aunque variadamente<sup>36</sup>, protagonistas indiscutibles de un pluralismo juris-

<sup>34</sup> Véase el considerando n. 7 de la sentencia de la Corte constitucional núm. 162/2014.

<sup>35</sup> Véanse, para comentarios de primera lectura, además de SORRENTI, G., *cit.*; MORRONE, A., *Ubi scientia ibi iura*, en [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), 2014; RUGGERI, A., *La Consulta apre all'eterologa ma chiude, dopo averlo preannunziato, al «dialogo» con la Corte Edu*, en [forumquadermicostituzionali.it](http://forumquadermicostituzionali.it), 2014; sea permitida la referencia a RODOMONTE, M.G., *E' un diritto avere un figlio?*, en RODOMONTE, M.G., *confronti costituzionali.eu*, 17 de junio 2014.

<sup>36</sup> Variadamente porque, como se ha ya observado, al «centro» del sistema de tutela multinivel parece ser siempre más colocado precisamente el TEDH con su jurisprudencia (en este sentido véase lo sostenido *retro*, par. 2). Tribunal que parece desempeñar una función «*nomofiláctica*» respeto a la definición de los contornos de los «nuevos derechos».

prudencial que parece asumir un papel prevalente respecto a las elecciones de los órganos representativos. Sin duda la citada sentencia de la Corte constitucional prueba claramente que el papel del legislador nacional está limitado a un ámbito de acción que es difícil delinear, limitado, en el contexto de la tutela multinivel, entre el respecto a la autodeterminación, las conquistas progresivas de la ciencia y de la técnica y el juicio sobre la racionalidad de la ley.

En pocas palabras, un legislador reducido al silencio o, más bien, que corre el riesgo de hablar con una sola voz, la del derecho jurisprudencial, ya que sigue un recorrido marcado por la interpretación judicial. Un legislador al que sin embargo sería oportuno restituir, por las razones antecedenentemente destacadas, espacios de intervención y capacidad de decisión además de la reputación necesaria para tomar decisiones difíciles en los «casos difíciles».

Traducción por SIMÓN PEDRO ISAZA

*TITLE: 'New rights' and principle of self-determination between the European Court of Human Rights, the Constitutional Italian Court and the national legislator. Some reflections.*

*RESUMEN: El artículo 8 del CEDH establece el derecho al respeto de la vida privada y familiar, que ha sufrido una relectura expansiva a través de una enriquecedora jurisprudencia de las divergentes instancias judiciales, y sobre todo, de las resoluciones emanadas por el relevante Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que impactan, de forma directa e indiscutible, en los planos domésticos.*

*Así, resulta innegable cómo el sentir de la jurisprudencia europea se impone, y sirve de impulsor de la redefinición de los sistemas, y del propio Derecho, lo cual suscita las reticencias de ciertos tribunales nacionales que se sienten limitados por la línea marcada por el TEDH. Al mismo tiempo, resultará necesario replantear el papel del legislador que, quizá, se vea demasiado inspirado, por no decir condicionado, por los razonamientos jurisprudenciales.*

*PALABRAS CLAVE: Derechos humanos, principio de autodeterminación, Corte Constitucional, legislador, Tribunal Europeo de Derechos Humanos.*

*ABSTRACT: The article 8 of the ECHR establishes the right to respect for private and family life that has suffered an expansive rereading by means of an enriching jurisprudence of the different judicial instances, and especially of the resolutions adopted by the relevant European Court of Human Rights that impact directly and indubitably in the domestic levels.*

*Thus, it is undeniable how the feel of the European jurisprudence is imposed, and uses as impeller of the redefinition of the systems, and as the own law, which provokes the reluctances of certain national courts that feel limited by the direction marked by the ECHR. At the same time, it will be necessary to restate the role of the legislator who, probably, seems to be too much inspired, for not saying determined, for the jurisprudential reasoning.*

*KEYWORDS: Human Rights, Principle of self-determination, Constitutional Court, legislator, European Court of Humans Rights.*

*RECIBIDO: 11.11.2014*

*ACEPTADO: 26.11.2014*



# **Recensiones**



Enrique BELDA PÉREZ-PEDRERO, *Los derechos de las personas y las funciones del Estado como límite a la supresión de las instituciones. La crisis económica y la reforma del Estado*, Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014, 234 páginas

La obra de D. Enrique Belda, Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Castilla la Mancha, esboza su ambicioso contenido ya desde su título: *Los derechos de las personas y las funciones del Estado como límite a la supresión de las instituciones. La crisis económica y la reforma del Estado*. Editado en 2014 por la editorial del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, la obra suscita cuestiones diversas, e incita a adentrarse en su contenido.

El libro, como bien se explicita en su título, se centra en el planteamiento de las posibles reformas que pudieran llevarse a cabo respecto a nuestras instituciones e incluso derechos, reformas cuya necesidad parece surgir más en estos tiempos de crisis, y en cómo, a pesar de cualquier circunstancia que nos pudiera empujar a realizar una reforma, existen límites infranqueables. Así, a lo largo de los siete capítulos en que está estructurada la obra, no sólo se realiza una perfecta explicación de los diferentes órganos que pudieran reformarse en nuestro sistema(o incluso suprimirse, como ahora nos referiremos) sino que se

analiza cuidadosamente cuál sería la mejor forma de hacerlo, sus consecuencias y sus límites.

La obra comienza con un prólogo de D. Ángel J. Sánchez Navarro, Profesor Titular de Derecho Constitucional de la UCM, en el que se analiza bajo el título: *Lo que la crisis podría llevarse*, el contenido de la obra, destacando la necesidad de una obra de este calibre ante los cambios profundos que se están produciendo en la sociedad como consecuencia de la crisis, y a los que el Derecho Constitucional debería buscar una solución. De este modo la obra analiza de forma profunda los posibles planteamientos de modificaciones de instituciones públicas ante un momento de crisis como el actual, lo que demuestra no solo la riqueza de la obra sino la gran valentía del autor al afrontar este tema.

Dividido en siete capítulos, el autor dedica el primero de ellos a *la Constitución, sus instituciones y sus derechos, en situaciones de crisis económica*, dedicando el capítulo a contextualizar la elaboración de la monografía que se nos presenta, y se-

ñalando que la reforma institucional es un debate que se viene produciendo en los últimos años con el fin de encontrar una solución a la gran crisis económica que venimos padeciendo, con el fin, en este caso, de paliar el gasto público que conlleva el mantenimiento de muchas instituciones. Se plantean en este capítulo los interrogantes claves de la obra: el hecho de si la situación económica puede o debe plantear una reforma institucional; si la Constitución permite dicha reforma; y si existen límites a dichas reformas, radicando aquí la cuestión clave: ¿es posible que las reformas que se lleven a cabo puedan afectar a los derechos de las personas? Planteando el núcleo de la obra, el autor finaliza el primer capítulo advirtiendo al lector de la escasez de obras en este sentido y, en consecuencia, de recursos bibliográficos al respecto, escasez que para nada queda reflejada en su obra, en la que las referencias bibliográficas son constantes y del todo adecuadas.

El capítulo II se dedica a analizar las *Causas que originan cambios institucionales*. Se parte de la idea de que cualquier modificación que se lleve a cabo viene justificada por el hecho de que el Derecho tiene la obligación de adaptarse a la realidad social. Y en este caso nos encontramos con una realidad social afectada por la crisis económica, una de cuyas causas pudiera ser el sostenimiento de determinadas instituciones, y por tanto, se establece cuáles de estas instituciones no deberían modificarse, principalmente por estar directamente implicadas con los derechos fundamentales. De esta forma, el autor plantea cómo los derechos fundamentales pese a te-

ner un coste en cuanto a su mantenimiento, son una garantía constitucional y, en consecuencia, un límite a cualquier modificación o supresión que se pueda llevar a cabo.

*La reforma o supresión de las instituciones*, es el tema abarcado por el capítulo III, en el que se analizan cuáles serían las garantías, límites y procedimientos para, en el siguiente capítulo, analizar una por una las instituciones a reformar. Así, en este capítulo se plantean los pasos que exige el ordenamiento jurídico para llevar a cabo una reforma, en definitiva, si debe recurrirse a los artículos 167 o 168 de la Constitución o si es suficiente con una mera reforma legal o reglamentaria, y por ende, cuáles son las fuentes más adecuadas para llevar a cabo una reforma. Destacamos el análisis que realiza el autor en este capítulo sobre el uso del Decreto ley y de las Leyes de presupuestos para la alteración de órganos por ser la primera solución de forma urgente planteada por la Constitución, afirmando que no se trata de fuentes adecuadas quizá para la reforma de cambios estructurales significativos, lo que es avalado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, analizando la importante Sentencia de dicho Tribunal, 11/2002.

Continúa el capítulo haciendo referencia, de nuevo, a la garantía constitucional que suponen los derechos fundamentales ante cualquier reforma y a la necesidad, asimismo, de respetar las propias garantías de las instituciones que pudieran reformarse, es decir, se analiza cuál es el margen que tiene una institución cuando va a ser reformada, cuáles son sus garantías institucionales y constitucionales. Se



trata de un aspecto nada fácil de delimitar, para lo que el autor nos recuerda la primera sentencia del Tribunal Constitucional (32/1981) sobre la teoría de las garantías institucionales, y establece la necesidad de delimitar lo que se entiende por institución jurídica. Tras este estudio, el autor plantea lo que será la clave de su próximo capítulo, el hecho de que el problema no lo encontramos tanto en la propuesta de modificación, ya que todas las instituciones pueden ser modificadas, sino al proponer la supresión de las mismas. Es posible, afirma el autor, la supresión de algunas, pero sin que ello implique que desaparezca del sistema la función para la que el órgano fue creado, es decir, no desnaturalizarlo. La Constitución, afirma, no debe servirnos para destruir la propia Constitución; los valores, los derechos y las instituciones constituyen la eficacia de la Constitución.

Concluye este capítulo haciendo referencia a los procedimientos de reforma y/o supresión. Parte el autor en éste apartado de la idea de que cualquier modificación debe atender al respeto del rango de la norma que la contiene, para entrar de lleno en el procedimiento de reforma de la Constitución. El autor nos explica en este punto con detalle los artículos 166 a 169, los requisitos que se exigen para una reforma, los límites, cuándo se usa uno y otro, etc.

En el capítulo IV se realiza un profundo estudio de cada una de las instituciones constitucionales, cuáles son los requisitos formales para su modificación y sus garantías formales. Bajo el título *Las normas constitucionales y legales de reforma, aplicadas a las alteraciones (y en su caso supresio-*

*nes) de las instituciones objeto de estudio*, se detallan las diferentes posibilidades en cuanto a la reforma de los principales órganos o instituciones españolas, adelantando que no existen estudios «solventes» que justifiquen la supresión de los órganos que procede a analizar. No es objeto de esta reseña desarrollar todo lo que el autor establece sobre cada uno de los órganos, pues nos alargaríamos excesivamente, pero si haremos referencia a los aspectos más destacables.

Así, comienza el autor por la Corona como institución constitucional, de la que analiza tanto su posible supresión como reforma parcial. Respecto a la primera opción, afirma el autor que pese a que sí cabe la opción de supresión, no encaja bajo el procedimiento de reforma constitucional al ser la nuestra una Constitución monárquica. Respecto a la reforma parcial, el autor distingue entre aquellos aspectos cuya reforma requeriría el uso del artículo 168 de la Constitución y aquellos otros que podrían reformarse mediante una ley e incluso una fuente de rango inferior. Por último, no se olvida de la Casa Real como parte de la Corona, y su posible reforma.

Las Cortes Generales son otro órgano que pese a las diferentes propuestas planteadas y estudios realizados, aún no han sido sometidas a reforma alguna. Se analiza de nuevo la posibilidad de reforma y supresión de las mismas, estableciendo el autor, respecto a esta última opción, que si bien es normativamente posible, se quebraría el sistema tal y como está establecido, volviendo a recordar al lector que la organización política de nuestro Estado descansa sobre unos derechos, valores y principios pro-

pios, necesarios e indiscutibles que suponen la garantía del mismo. Por tanto siempre debe distinguirse entre la posibilidad de suprimir un órgano, que es posible, y las consecuencias de dicha supresión (un cambio radical de nuestro modelo de Estado).

El Gobierno es tratado también en esta obra, siguiendo el argumento de los órganos precedentes y haciendo referencia a su imprescindible función. Asimismo continúa el capítulo analizando las posibles reformas respecto al Ministerio Fiscal y a otros órganos de impartición y administración de justicia, como los Juzgados y Tribunales y el Consejo General del Poder Judicial, evaluando la poco probable desaparición del Poder Judicial, a pesar de que su reforma o supresión es constitucionalmente posible pero no su desaparición dentro del sistema.

Llegamos así dentro de este capítulo cuarto a un apartado interesante dedicado a los órganos de las Comunidades Autónomas, en el que se comienza haciendo referencia a cómo las Comunidades Autónomas pueden ser también objeto de reforma; para ello parte de la idea de que si bien el orden autonómico ha sido una de las grandes novedades de nuestra Constitución, también ha sido uno de sus aspectos más conflictivos. Se nos recuerda el eterno debate acerca del replanteamiento de las relaciones de poder entre el Estado y las Comunidades Autónomas, afirmando como siempre han surgido propuestas de reforma al respecto, pero pese a ello siempre se han propuesto reformas parciales y nunca la supresión de las propias Comunidades, a pesar de la crisis económica actual (si bien la supresión de determinados órganos si es

una posibilidad con fuerza). Así las cosas, continúa dentro de este apartado haciendo referencia a la improbable reforma total del sistema, consecuencia, entre otros motivos de la implicación en dicha hipotética reforma, del artículo 2 de la Constitución y de las líneas básicas «de la configuración constitucional de las Comunidades Autónomas en el Título VIII CE». También se señala la posible reforma parcial del sistema autonómico, estableciendo que, en cualquier caso, la reforma debería respetar los principios de unidad y autonomía. Así, para llevar a cabo una reforma en este ámbito se tendría que tener presente el tipo de norma implicada, por lo que la metodología a usar no sólo se centraría en el procedimiento de reforma constitucional, sino que también se tendrían que tener en cuenta otras posibles fuentes como los estatutos de autonomía y las leyes de los parlamentos autonómicos.

Concluye este apartado el autor haciendo referencia a cómo en los últimos años ha aumentado el número de instituciones auxiliares autonómicas, siendo este tipo de órganos, ante la crisis económica, los principales candidatos a la supresión (Defensor del menor, Consejo audiovisual, etc.).

Dentro de este capítulo cuarto también se hace referencia a las posibles alteraciones y supresiones de las corporaciones locales, es decir, municipios, provincias, así como sus instituciones de gobierno y representación. Analiza el autor el medio de reforma que debiera emplearse si se ven afectadas instituciones municipales, provinciales, comarcas e incluso hace una referencia a las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla.

La posible supresión o reforma del Tribunal Constitucional es incluida también en este capítulo, explicando la posibilidad o no de supresión de este órgano y, en caso de reforma parcial, el procedimiento a aplicar, sin dejar de lado la intocable función estatal del mismo recogida en la Constitución, detallando los aspectos que en cualquier caso deberían protegerse ante una posible reforma. Por último, el autor también hace referencia a la posible reforma de otros «órganos de acompañamiento de los poderes del Estado» por ser también un objetivo más factible de reformar, al igual que ha sucedido en el ámbito autonómico, ante la situación actual de crisis. Así hace referencia al Defensor del Pueblo, el Consejo de Estado, el Tribunal de Cuentas y el Consejo Económico y Social, refiriéndose, como en los casos anteriores, tanto a una posible reforma como a una posible supresión o suspensión de los mismos.

El capítulo V lo dedica el autor al análisis de los *efectos sobre los derechos y límites constitucionales derivados de los mismos*, haciendo referen-

cia a que, a la hora de plantear una reforma o supresión de los órganos anteriormente citados, hay que tener presente cómo esta modificación va a afectar a las propias funciones del órgano y a los derechos, debiéndose respetar las garantías mínimas a las que antes nos hemos referido, concluyendo el capítulo con una recapitulación de lo planteado hasta el momento.

Los dos últimos capítulos los dedica el autor a las *Conclusiones* (capítulo VI), exponiendo de forma clara y resumida, en diez puntos, todo lo analizado en la obra; y *Apéndices*, (capítulo VII), donde encontramos todas las referencias bibliográficas usadas en la obra, así como las referencias legislativas y jurisprudenciales más importantes.

En definitiva la obra constituye una excelente aportación al campo del Derecho Constitucional. Debemos alabar el esfuerzo llevado a cabo por el autor para elaborar una obra de tan latente actualidad, siendo conscientes del esfuerzo y dedicación que implica, lo que hacen de ella una obra que, sin duda, merece ser leída.

Alicia López de los Mozos Díaz-Madroño  
Universidad Rey Juan Carlos



Francisco FERNÁNDEZ SEGADO, *La libertad de imprenta en las Cortes de Cádiz (El largo y dificultoso camino previo a su legalización)*, Dykinson, 2014, 433 páginas

La producción científica y académica de Fernández Segado es referencia indispensable para el especialista en Derecho Público, en especial de Derecho Constitucional, muy en particular sus recientes volúmenes en materia de jurisdicción constitucional<sup>1</sup>. Fernández Segado es un profesor de disciplina prusiana de trabajo. Cuando decide realizar una investigación sobre un tema lo hace con afán de absoluta exhaustividad, sin dejar ningún fleco ni detalle fuera de disección, de ahí la perfección y profundidad de todos sus trabajos, aparte de su extensión y paginación dedicada a bibliografía; de lo que es ejemplo también, cómo no, el trabajo que ahora comentamos (433 páginas en letra menuda). Lo cierto es que, de un tiempo a esta parte, su objeto de estudio principal suele ser Derecho positivo actual, pero, desde hace algunos años, ha ido a la par centrando toda su capacidad de trabajo y esfuerzo

intelectual en el tema de la libertad de imprenta en las Cortes de Cádiz, también como participación personal y magnífico colofón científico al bicentenario de la Constitución de 1812. Con ello se puede decir que Fernández Segado realiza la mayor retrospectiva que se ha podido realizar sobre esta cuestión. El volumen ha gozado, además, del aval de la financiación del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, ha tenido origen en la inquietud que despertara este tema en el autor desde que, ya en 1986, publicara su magnífico trabajo sobre las *Constituciones históricas españolas*<sup>2</sup>; y ha sido el colofón de una investigación que encuentra sus resultados preparatorios en dos artículos concretos sobre esta misma materia que publicó en la *Revista de Estudios Políticos* en 2004<sup>3</sup> y en *Pensamiento constitucional* en 2012<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, F., *La evolución de la justicia constitucional*, Editorial Dykinson, Madrid, 2013; *La justicia constitucional: Una visión de Derecho comparado* (Vol. I, II y III), Dykinson, Madrid, 2009; *La reforma del régimen jurídico-procesal del recurso de amparo*, Dykinson, Madrid, 2007.

<sup>2</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, F., *Las Constituciones históricas españolas*, Civitas, Madrid, 1986, pp. 90-93.

<sup>3</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, F., «La libertad de imprenta en las Cortes de Cádiz», en *Revista de Estudios Políticos*, n.º 124, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, pp. 29-54.

<sup>4</sup> FERNÁNDEZ SEGADO, F., «La libertad de imprenta en el periodo inmediato anterior

Realmente, el libro no es sólo un estudio definitivo sobre los inicios de la libertad de imprenta en la Constitución histórica española, sino, como ha podido apreciar Gordillo<sup>5</sup>, todo un análisis sobre la génesis de la libertad de expresión, y, más allá, toda una tesis sobre la libertad de imprenta como hipótesis previa para el mismo desarrollo del Estado constitucional y del pluralismo democrático, tal y como lo conocemos hoy<sup>6</sup>. La libertad de imprenta en la España del Estatuto del Rey José de 1808 y la Constitución de 1812 es solamente una parte del tomo. Un análisis propedéutico intenso previo se ocupa de la teórica y base filosófica de la libertad de imprenta, el concepto de tolerancia y libertad de expresión: de Spinoza, Voltaire, Kant—su idea de la *Freiheit der Feder* (libertad de pluma)—, Condorcet, Diderot, Fichte, la Escuela Inglesa del Siglo XVII, de John Milton y Locke; y de la recepción práctica de las libertades, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789; y, en los Estados Unidos, del pensa-

miento de Jefferson, Madison y Hamilton y su constitucionalización en la Primera Enmienda de 1791. Y desde el principio aparece también la explicación de la construcción y formulación dogmática de este derecho en España. La reivindicación del derecho al librepensamiento y de poder transmitir mediante la palabra y el escrito las opiniones y las ideas: una aspiración igualmente muy antigua en la historia de nuestro país—con inicio, explica el autor, en el pensamiento del Padre Feijoo, el abate Gándara, León de Arroyal, Campomanes, Manuel de Aguirre y Malo de Luque y certificada, después por Jovellanos en su *Elogio a Carlos III* y sus *Bases para la formación de un plan general de instrucción pública*— y que sería materializada, como una de las principales cuestiones de las Cortes de Cádiz<sup>7</sup>, primero por la Ley de Imprenta de 9 de noviembre de 1810<sup>8</sup> y la abolición de los tribunales de imprenta<sup>9</sup>, y, después, por el reconocimiento expreso del derecho de imprenta en el artículo 371 de la Constitución de Cádiz. España se situaba así entonces dentro de la lógica avanzada de su tiempo, antes

a su legalización por las Cortes de Cádiz (1808-1810)», en *Pensamiento constitucional*, n.º 17, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2012, pp. 117-176.

<sup>5</sup> Véase la recensión de GORDILLO PÉREZ, L. I., «Francisco Fernández Segado, *La libertad de imprenta en las Cortes de Cádiz*», en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 166, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2015, en prensa.

<sup>6</sup> Véase así Wolfgang FIKENTSCHER, quien deja entrever la libertad de prensa también como una obligación y una precondición del Estado constitucional democrático, *Freiheit als Aufgabe*, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1997, pp. 3-12.

<sup>7</sup> Así PERALTA, R., *Las Cortes españolas de 1810: Democracia, ciudadanía y nación*, Thomson-Reuters, Pamplona, 2013, p. 134.

<sup>8</sup> Véase el texto en GARCÍA VENERO, M., *Historia del parlamentarismo español*, Vol. I, 1810-1833, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1946, pp. 112-114.

<sup>9</sup> Véase también sobre ello ÁLVAREZ GARCÍA, H., «La abolición de los tribunales de imprenta en la Constitución de Cádiz», en *Revista española de la función consultiva*, n.º 19 (monográfico del Bicentenario de la Constitución de 1812), Valencia, 2013, pp. 27-41.

incluso que, por ejemplo, Alemania, para cuya recepción plástica del concepto habría que esperar a la aprobación de la *Paulskirschenverfassung* de 1849<sup>10</sup>.

Fernández Segado reserva todo un estudio a la realidad político-social en la que se movió la lucha por el libre-pensamiento en España. Es evidente que también quiere explicar muy bien al lector las especiales dificultades históricas en las que se desarrolló la libertad de imprenta. La retrospectiva al Derecho del Antiguo Régimen, la Inquisición, la sujeción a la censura propia de la etapa de la Monarquía absoluta dejan de sobra claro –como reza el propio título de la obra– el «largo y dificultoso camino previo a la legalización» de estos derechos. Como muestra en particular el autor relata con detalle galdosiano el proceso de la Inquisición contra el jurista ilustrado Pablo de Olavide. La descripción pasa por su infancia y formación académica en Lima y en la Universidad de San Marcos, su plan de reforma de la universidad española, y en lo que se refiere al proceso: la delación, la causa (1775-1778) y la pena de prisión. Fernández Segado hace también, al final, referencia a la fase de exilio en Francia de Olavide y la etapa de autoreflexión crítica de este pensador de sus propias ideas reformistas como resultado de los excesos de los revolucionarios franceses. Así, el autor parece advertir de los peligros que corre todo movimiento de pervertir su mensaje –aun cuando se funde en los principios de dignidad y

justicia–, por el exceso de celo en la consecución de sus fines. La reacción española frente a la expansión de los principios de la Revolución Francesa, el «Informe de Floridablanca sobre la necesidad de establecer una «cordón sanitario», de 1791, la creación de los denominados «Jueces de Imprentas» por Decreto de 11 de abril de 1805, y, en general, la comprensión en este tiempo de la «libertad de hablar y escribir» como «anti-cristiana, anti-social y anti-política»<sup>11</sup>, cierran este análisis sobre la fuerza de resistencia que ofrecieron las ideas antiliberales a la instauración de los derechos de libre expresión y transmisión del conocimiento.

El inicio del reconocimiento y legalización de la libertad de imprenta nos lleva a la última parte del volumen. Si el levantamiento y la Guerra de la Independencia tuvo cosas buenas, también lo fue el reconocimiento de facto, dice Fernández Segado, de la libertad de expresión y de prensa. Prueba de ello serían, por ejemplo, incluso los sonetos de exaltación de los héroes de la resistencia a los franceses y las coplillas de mofa a José I, como forma de «manifestación de los sentimientos del pueblo», como dijera –con motivo del primer centenario del Dos de mayo madrileño– Pérez de Guzmán<sup>12</sup>. En el libro se explica así la actuación de la prensa como medio de

<sup>10</sup> STERN, K., *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Vol. IV/2, C.H. Beck, München, 2011, p. 62.

<sup>11</sup> ALVARADO, F., *Cartas críticas que escribió el Rm. Padre Maestro Fr. Francisco Alvarado, del Orden de Predicadores, o sea el Filósofo rancio*, Vol. I, Imprenta de E. Aguado, Madrid, 1824, p. 106.

<sup>12</sup> PÉREZ DE GUZMÁN Y GALLO, J., *El Dos de mayo de 1808 en Madrid. Relación histórica documentada*, Imprenta Sucesores de Rivadeneira, Madrid, 1908, p. 508.

propaganda de la Guerra: la utilización de *La Gazeta* y *El Imparcial* por los josefinos, como presentes también están las referencias a algunos de sus protagonistas —Pedro Estala, López Tabar o Juan A. Llorente— en pro de la Carta de 1808; y su opuesto, la prensa patriótica española de *El Observador* y *El Centinela* del catalán Campmany i Suris de Montpalau. Todas las facilidades y circunstancias para el desarrollo progresivo de esta libertad por la situación de sublevación de la Guerra de la Independencia están, como digo, en esta parte del libro: desde la aparición también del fenómeno de la «opinión pública» en España, el tratamiento y la discusión del tema en la Asamblea constituyente de Bayona, hasta, finalmente, la parca, contradictoria y peculiar forma de recepción de la libertad en el Estatuto de Bayona de 1808, en su artículo 145; la rara moratoria para su implementación efectiva hasta en tanto no pasaran dos años a contar desde la total ejecución de la Constitución. Y, con ello, el autor termina analizando la nula y casi inexis-

tente influencia del reconocimiento de este derecho por la Carta de José I de 1808 en la concepción y el pensamiento del constituyente gaditano.

En definitiva, este breve comentario da somera idea de esta nueva obra de Fernández Segado, y, a la vez, también del esfuerzo intelectual de este profesor —de su afán investigador— por mostrar los intrínquilos de esta faceta fundamental de nuestra Constitución Histórica, con sus luces y sus sombras. Aparte, se une la capacidad explicativa, didáctica, atractiva y descriptiva del autor, que hace amena la lectura hasta el extremo. Se trata, además, de un estudio de interés no solo para el jurista y el politólogo, sino también para el historiador e, incluso, podríamos decir, para el sociólogo. *La libertad de imprenta en las Cortes de Cádiz* es un libro admirable; y seguramente Fernández Segado seguirá trabajando y estudiando sobre este tema, lo que augura una pronta aparición de algún otro trabajo complementario en materia de libertad de imprenta y prensa.

*Alberto Oehling de los Reyes*



Carlos RUIZ MIGUEL, *Constitucionalismo clásico y moderno. Desarrollos y desviaciones de los fundamentos de la teoría constitucional*, Tribunal Constitucional del Perú, Centro de Estudios Constitucionales, Lima, 2013, 406 páginas

El libro que se comenta recoge algunos ensayos de Carlos Ruiz Miguel, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Santiago de Compostela, publicados entre 1994 y 2012. El hilo conductor que liga las cuatro partes del volumen, ordenados de modo eficaz, se encuentra en la verificación de la validez de los principios clásicos del Constitucionalismo a la luz de los desarrollos llevados a cabo en el marco europeo. Evoluciones e innovaciones, ya sea de algunos institutos singulares ya sea de las teorías doctrinales, ofrecen un cuadro articulado de entre los cuales el autor considera los éxitos y los fracasos del constitucionalismo.

En la primera parte, titulada «Sobre los fundamentos del constitucionalismo clásico», Ruiz Miguel se apoya sobre las ideas de Constitución, dignidad humana y patriotismo constitucional como pilares del constitucionalismo europeo de la época liberal. A partir de aquí, el salto temporal se lleva a cabo en la segunda parte, dedicada a «Algunos desarrollos de la teoría constitucional», donde se delimitan los trazos de una nueva configuración

del Estado. En el ensayo sobre «El camino hacia el Estado democrático avanzado» se sostiene que la evolución del Estado Social de Derecho hacia una forma caracterizada por una función política de dirección más democrática que deja espacio a la participación de los ciudadanos en la gestión y ejecución de la política y un margen de deliberación más amplio a la administración. En la esfera jurisdiccional, esto viene a realizarse mediante el papel del jurado como garantía democrática, tema del segundo ensayo de esta segunda parte. El argumento, poco frecuentado por los constitucionalistas, consiste en poner de relieve la naturaleza popular en la creación jurisprudencial del Derecho, las mayores garantías de objetividad y de imparcialidad, el consenso de la comunidad, el reforzamiento del control sobre los operadores del Derecho, y la conservación de la paz social. Los derechos fundamentales, desde su dimensión subjetiva a su dimensión objetiva, y en su naturaleza axiológica y en su virtualidad integradora son ulteriores elementos de este cuadro.

La tercera parte del volumen subraya las desviaciones del constitu-

cionalismo clásico, diseccionado en cuatro argumentos. Los cambios de rumbo en el nivel normativo son examinados en el Derecho constitucional europeo y en el instituto de la «inconstitucionalidad por omisión». Con respecto al primer punto, partiendo de los modelos europeo y estadounidense, el autor sostiene que el proceso de formación de la «Constitución europea» no había respetado el principio democrático, que al mismo tiempo había relativizado la idea de soberanía nacional y el respeto por las libertades individuales, y que había minado la idea de normatividad admitiendo un documento sobre cuya supremacía se duda, y que no tiene el requisito de la originalidad, siendo un acto derivado. Otro fracaso es considerado en la «inconstitucionalidad por omisión» que, pese a la amplia cantidad de estudios de los que es objeto, se halla presente en pocos países y parece tener efectos desilusionantes. Después de haber reconstruido los problemas de orden sustancial y procedimental generados por el instituto, el autor sostiene la inutilidad del mismo. El multiculturalismo, a continuación, conlleva, según Ruiz Miguel, una desviación del constitucionalismo clásico en tanto en cuanto que pretende dar igual valor a todas las culturas incluso si alguna se halla en contradicción con la esencia de la Constitución, cuya idea ha surgido y se halla enraizada en un preciso *humus* cultural. Un perfil ya más propio del Derecho interno español es el que se afronta para clausurar esta sección del libro, al tratar de la desviación política relativa al poder constituyente. Específicamente, el artículo 161.2 de la

Constitución Española, que reconoce el poder del Gobierno para impugnar ante el Tribunal Constitucional las disposiciones y decisiones de las comunidades autónomas, es entendido como una cláusula de cierre jurisdiccional del ordenamiento. Cláusula de defensa utilizable para salvaguardar la Constitución de los ataques provenientes de algunas comunidades autónomas, y que puede impedir el surgimiento de un poder constituyente «municipalizado» allí donde existe ya un Estado unitario.

Los retos del constitucionalismo actual son delineados en la última parte del libro. «Las expectativas del nuevo constitucionalismo: logros y decepciones», comprende los temas relativos a los derechos fundamentales en el comercio internacional, de la libertad política en la democracia electrónicamente influida, y de los límites de la justicia penal internacional. La nota positiva es identificada en la importancia de las nuevas tecnologías, útiles para dar impulso a desarrollos auténticamente democráticos garantizando más fácilmente el pluralismo, reforzando la posibilidad de verificar las informaciones y dando noticias no simplificadas. Las desilusiones provienen de los códigos de conducta, insuficientes para garantizar que las empresas operantes en el exterior respeten los derechos fundamentales, así como de las regulaciones del Tribunal Penal Internacional, con su nombramiento no democrático de los jueces y el veto que puede imponer el Consejo de Seguridad de la ONU sobre algunos casos, factores todos que frenan la posibilidad de perseguir la justicia en un nivel global.

El libro, sintetizando, tiene el mérito de dar cuenta del constitucionalismo europeo evidenciando algunos de sus pasos adelante y de sus puntos de inflexión, ofreciendo una división del curso histórico-constitucional que

allana el camino a ulteriores profundizaciones teóricas a partir de una visión que no intenta detenerse en una lectura contingente y conformista de ciertos fenómenos jurídicos.

*Serena Baldin*



EN ESTE NÚMERO  
DE *ESTUDIOS DE DEUSTO* COLABORAN

Ignacio ÁLVAREZ RODRÍGUEZ. Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid.

Serena BALDIN. Profesora asociada de Derecho Público comparado. Universidad de Trieste.

Leyre BURGUERA AMEAVE. Profesora ayudante del Departamento de Derecho Constitucional. Universidad Nacional de Educación a Distancia.

José Ramón CANEDO ARRILLAGA. Profesor de Derecho de la Unión Europea. Universidad de Deusto.

María Isabel GARRIDO GÓMEZ. Profesora titular de Filosofía del Derecho. Universidad de Alcalá.

María GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA. Profesora de Derecho civil. Profesora Universidad Nebrija y Centro Universitario Villanueva.

Alicia LÓPEZ DE LOS MOZOS DÍAZ-MADROÑERO, profesora contratada doctora de Derecho constitucional, Universidad Rey Juan Carlos (Madrid).

David MARTÍN HERRERA. Departamento de Derecho Político. Universidad Nacional de Educación a Distancia.

Ciro MILIONE. Profesor ayudante doctor del área de Derecho constitucional de la Universidad de Córdoba. Investigador del Área Jurídica del Centro de Estudios Andaluces.

Arancha MORETÓN TOQUERO. Profesora de Derecho Constitucional. Universidad de Valladolid.

Alberto OEHLING DE LOS REYES. Profesor contratado doctor de Derecho constitucional. Universidad de las Islas Baleares.

María Josefa RIDAURA MARTÍNEZ. Profesora titular de Derecho constitucional. Universidad de Valencia.

Maria Grazia RODOMONTE. *Professore Aggregato* de la Universidad «La Sapienza» de Roma.

Miryam RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO. Profesora contratada doctora (acreditada como Titular de Universidad) de Derecho constitucional. Universidad de Sevilla.

Germán M. TERUEL LOZANO. Doctor europeo por la Universidad de Bolonia y Doctor internacional por la Universidad de Murcia. Acreditado como profesor ayudante doctor.

Victor VÁZQUEZ ALONSO. Profesor ayudante doctor (acreditado como profesor contratado doctor) de Derecho constitucional. Universidad de Sevilla.

Manuel María ZORRILLA RUIZ. Catedrático emérito de la Universidad de Deusto. Ex-presidente del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. Presidente de la Asociación de Jueces y Magistrados Jubilados de España.

Cada autor es responsable de sus asertos y opiniones. *Estudios de Deusto* solamente de que el valor científico de sus trabajos les merece ser publicados.

## Normas de publicación

1. **Contenido.** La revista de *Estudios de Deusto* publica, con carácter semestral (junio y diciembre), trabajos que son el resultado de investigaciones originales en las distintas ramas del Derecho.
2. **Envío de originales.** Los originales han de ser inéditos, escritos en lengua castellana o inglesa, en Microsoft Word o formato compatible. Se harán llegar electrónicamente a la dirección: <RevistaEstudios@deusto.es>.
3. **Formato.** En la primera página se incluirá el título, nombre del autor, filiación académica, direcciones de correo ordinario y electrónico y teléfono de contacto. La segunda página recogerá dos resúmenes, en castellano e inglés, de unas 120 palabras cada uno y las palabras clave del trabajo (entre 3 y 5 palabras) tanto en castellano como en inglés. La extensión total no deberá superar las 30 páginas (10.000 a 12.000 palabras).
4. **Normas de edición.** Las normas de edición son las habitualmente utilizadas en publicaciones científicas, tal como se recoge, por ejemplo, en las «Normas básicas para la presentación de trabajos escritos» de la Facultad de Derecho de la Universidad de Deusto. Ejemplos:
  - a) **Bibliografía.**
    - GARCÍA-PELAYO ALONSO, M., *Derecho constitucional comparado*, Ed. Revista de Occidente, Madrid, 1950.
    - DE ÁNGEL YAGÚEZ, R., «La doctrina del “levantamiento del velo” y las sociedades interpuestas», *Estudios de Deusto*, Vol. 43/2, julio-diciembre 1995, pp. 11-51.
    - DE WITTE, B., «Direct Effect, Supremacy, and the Nature of the Legal Order», en CRAIG, P. P. & DE BÚRCA, G. (eds.), *The Evolution of EU Law*, University Press, Oxford, 1999, pp. 177-213.
  - b) **Legislación.**
    - España. Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. *Boletín Oficial del Estado*, 10 de julio de 2003, n.º 164, p. 26901.
    - Reglamento (CE) n.º 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 1347/2000, *Diario Oficial de la Unión Europea* n.º L 338, de 23 de diciembre de 2003, p. 1.
  - c) **Jurisprudencia.**
    - Sentencia del Tribunal Constitucional (o STC) 32/1981, de 28 de julio, FJ 5.º.
    - STS o Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de abril de 1992, Ref. Aranzadi, n.º 3055.
5. **Proceso de publicación.** *Estudios de Deusto* utiliza el sistema de evaluación «doble ciego». El Director de la Revista con la participación del Consejo de redacción y el asesoramiento del Consejo asesor decidirá la publicación de los trabajos basándose en una evaluación externa, anónima e independiente. Los trabajos serán publicados como «Estudios» o como «Notas» según su naturaleza y extensión ( $\pm$  20 páginas escritas a espacio y medio, en letra Times New Roman y tamaño 12). Los autores de los trabajos podrán realizar la corrección de pruebas de imprenta y, si en el plazo de una semana natural no se recibiese su corrección, se entenderá que el autor está conforme con la impresión recibida.
6. **Copyright.** Los autores de los trabajos inéditos publicados en esta revista podrán reproducirlos en otro lugar con la debida anotación de su publicación original en *Estudios de Deusto*.
7. **Reseñas de libros.** La revista *Estudios de Deusto* no acepta reseñas no solicitadas. Agradece, por el contrario, sugerencias sobre libros para su recensión o reseña.







# Estudios de Deusto

Volume 62, Issue 2, July-December 2014

## Table of Contents

### Special Issue: The freedom of speech

**Freedom of expression:  
unlimited right according to the  
ECHR? From hate speech to hate  
crime**

David Martín Herrera

**Freedom of expression and  
internet censorship**

Germán M. Teruel Lozano

**The Artistic Freedom. A First  
Approach**

Victor Vázquez Alonso

**Freedom of speech and the Case  
Law of the Court of Justice of  
the European Union**

Miryam Rodríguez-Izquierdo  
Serrano

**The protection of information  
sources: integration of Spanish  
model with ECHR jurisprudence**

Arancha Moretón Toquero

### Studies

**The Political Rights of the Armed  
Forces Members in light of the  
Political Neutrality Principle**

Ignacio Álvarez Rodríguez

**Problems of effectiveness of EU  
law. The area of unfair terms as  
test bench.**

José Ramón Canedo Arrillaga

**The protection of the general  
interest by the Administration  
and the Administrative law.  
(A study from the perspective  
of the juridical theory and the  
political philosophy)**

María Isabel Garrido Gómez

**The unification of the European  
family law: chimera or reality?**

María Goñi Rodríguez de Almeida

**The Judicial Function in the  
frame of the Spanish Social and  
Regional State: Power or Public  
Service?**

Ciro Milione

**Public Security as State Service**

María Josefa Ridaura Martínez

**Generalization of the practical  
thinking about the specific  
samples of criminality**

Manuel María Zorrilla Ruiz

### Notes

**Political identity and  
participation: the european  
citizens' initiative**

Leyre Burguera Ameave

**'New rights' and principle of  
self-determination between  
the European Court of Human  
Rights, the Constitutional Italian  
Court and the national legislator.**

**Some reflections**

María Grazia Rodomonte

### Book reviews