

Estudios de Deusto

ISSN 0423-4847 (papel)

ISSN 2386-9062 (digital)

DOI: <https://doi.org/10.18543/ed>

Vol. 69/1 enero-junio 2021

DOI: [https://doi.org/10.18543/ed-69\(1\)-2021](https://doi.org/10.18543/ed-69(1)-2021)

Sumario

Estudios

La respuesta sancionadora al fenómeno de las cundas o los taxis de la droga

CARMEN MARTÍN FERNÁNDEZ

El derecho de huelga en la era digital: el esquirolaje tecnológico

BEATRIZ SÁNCHEZ-GIRÓN MARTÍNEZ,

El control de la actividad parlamentaria como garantía del sistema constitucional

JESÚS LÓPEZ DE LERMA GALÁN

El tránsito de la crisis de 2007 a una política fiscal común en la UE: Los Eurobonos y el papel del BCE

FERNANDO MARTÍNEZ-MAILLO TORIBIO

LIFECOMP: El Marco de Referencia Europeo para la competencia personal, social y de aprender a aprender. Relevancia en el contexto de la Covid-19

MARCELINO CABRERA GIRÁLDEZ / ARIANNA SALA

El derecho a un medioambiente sano en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

ISAAC MARCELO BASAURE MIRANDA

Datos, datos, datos: el dato personal, el dato no personal, el dato personal compuesto, la anonimización, la pertenencia del dato y otras cuestiones sobre datos

ANDONI POLO ROCA

La contribución de las reformas protestantes en la aparición de los derechos y libertades

CECILIA ROSADO-VILLAVERDE

Reseñas

Estudios de Deusto

Estudios de Deusto

Fundada en 1904 / Founded in 1904

Vol. 69/1 enero-junio 2021

DOI: [https://doi.org/10.18543/ed-69\(1\)-2021](https://doi.org/10.18543/ed-69(1)-2021)

Revista de la Facultad de Derecho

Incluida en los siguientes índices y bases de datos: DOAJ, ÍNDICES-CSIC, Dialnet, DULCINEA, Latindex, REDIB, RESH, MIAR, DICE, IBZ, PROQUEST PERIODICAL INDEX ONLINE, CIRC, CARHUS Plus+, Google Académico y WorldCat

Los contenidos de la Revista «Estudios de Deusto» están disponibles en acceso abierto en la siguiente dirección:

<http://revista-estudios.revistas.deusto.es/issue/archive>

The contents of the Journal “Estudios de Deusto” are available in open access at the following web page:

<http://revista-estudios.revistas.deusto.es/issue/archive>

Universidad de Deusto
Bilbao
2021

Estudios de Deusto

Vol. 69/1 enero-junio 2021

DOI: [https://doi.org/10.18543/ed-69\(1\)-2021](https://doi.org/10.18543/ed-69(1)-2021)

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>>) 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
<http://www.deusto-publicaciones.es/>

ISSN: 0423-4847 (versión impresa)

ISSN: 2386-9062 (versión digital)

DOI: <https://doi.org/10.18543/ed>

Depósito legal: BI-1083-2014

Impreso y encuadernado en España/Printed and bound in Spain.

Publicación impresa en papel ecológico.

Director:

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

Secretaria académica:

Belén García Álvarez (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/>

Precios de suscripción:

Europa 45 €

Número suelto 25 €

IVA incluido

Estudios de Deusto está incluida en los siguientes índices y bases de datos: DOAJ, Índices-CSIC, Dialnet, DULCINEA, Latindex, REDIB, RESH, MIAR, DICE, IBZ, PROQUEST PERIODICAL INDEX ONLINE, CIRC, CARHUS Plus+, Google Académico y WorldCat

Estudios de Deusto

Vol. 69/1 enero-junio 2021

DOI: [https://doi.org/10.18543/ed-69\(1\)-2021](https://doi.org/10.18543/ed-69(1)-2021)

Sumario

Estudios

- Carmen MARTÍN FERNÁNDEZ, *La respuesta sancionadora al fenómeno de las cundas o los taxis de la droga* 15
- Beatriz SÁNCHEZ-GIRÓN MARTÍNEZ, *El derecho de huelga en la era digital: el esquirolaje tecnológico* 39
- Jesús LÓPEZ DE LERMA GALÁN, *El control de la actividad parlamentaria como garantía del sistema constitucional* 49
- Fernando MARTINEZ-MAILLO TORIBIO, *El tránsito de la crisis de 2007 a una política fiscal común en la UE: Los Eurobonos y el papel del BCE* 81
- Marcelino CABRERA GIRÁLDEZ y Arianna SALA, *LIFECOMP: El Marco de Referencia Europeo para la competencia personal, social y de aprender a aprender. Relevancia en el contexto de la Covid-19* 109
- Isaac Marcelo BASAURE MIRANDA, *El derecho a un medioambiente sano en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos* 141
- Andoni POLO ROCA, *Datos, datos, datos: el dato personal, el dato no personal, el dato personal compuesto, la anonimización, la pertenencia del dato y otras cuestiones sobre datos* 165
- Cecilia ROSADO-VILLAVERDE, *La contribución de las reformas protestantes en la aparición de los derechos y libertades* 195

Recensiones

- José María COELLO DE PORTUGAL MARTÍNEZ DEL PERAL, *La Jefatura del Estado*, por David Delgado Ramos 235
- Víctor MARTÍNEZ PATÓN (Compilador), *Conversaciones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Análisis de 10 años*, por Pere Simón Castellano 241
- Tomás VIDAL MARIN, *La impugnación de disposiciones sin fuerza de ley y resoluciones de las Comunidad Autónomas prevista en el artículo 161.2 de la Constitución*, por Maria Ruiz Dorado 247
- Friederike ZEDLER, *Mehrsprachlichkeit und Methode. Der Umgang mit dem sprachlichen Egalitätsprinzip im Unionsrecht*, por Francisco J. Andrés Santos 257
- Alfredo ABADÍAS SELMA / Pere SIMÓN CASTELLANO (coords.), *La prisión provisional y su estudio a través de la casuística más relevante: un análisis ante la segunda revolución de la justicia penal*, por David Eleuterio Balbuena Pérez 263
- Silvia SORIANO MORENO, *Derechos e igualdad territorial en la evolución del Estado social autonómico*, por Gabriel Moreno González 273
- Alessio RAUTI, *La decisione sulla cittadinanza. Tra rappresentanza politica e fini costituzionali*, por Beatriz Tomás Mallén 279
- Claudio PANZERA, *Il diritto all'asilo. Profili costituzionali*, por Luis Jimena Quesada 287
- Alberto OEHLING DE LOS REYES, *Protección constitucional de la integridad personal del detenido y recluso: medios de tutela jurídica nacional e internacional*, por Amir Al Hasani Maturano 295

Estudios de Deusto

Volume 69, Issue 1, January-June 2021

DOI: [https://doi.org/10.18543/ed-69\(1\)-2021](https://doi.org/10.18543/ed-69(1)-2021)

Table of Contents

Studies

Carmen MARTÍN FERNÁNDEZ, <i>The Sanctioning Response to the Phenomenon of the Cundas or Drug Taxis</i>	15
Beatriz SÁNCHEZ-GIRÓN MARTÍNEZ, <i>The right to strike in the digital age: technological strikebreaking</i>	39
Jesús LÓPEZ DE LERMA GALÁN, <i>The Control of Parliamentary Activity as a Guarantee of the Constitutional System</i>	49
Fernando MARTINEZ-MAILLO TORIBIO, <i>The Transition from the Crisis of 2007 to a Common EU Fiscal Policy: Eurobonds and the Role of the ECB</i>	81
Marcelino CABRERA GIRÁLDEZ and Arianna SALA, <i>LIFECOMP: The European Framework for the Key Competence Personal, Social and Learning to Learn. Relevance in the Covid-19 context</i>	109
Isaac Marcelo BASAURE MIRANDA, <i>The Right to a Healthy Environment in the Inter-American Human Rights System</i>	141
Andoni POLO ROCA, <i>Data, data, data: personal data, non-personal data, composite personal data, anonymization, data ownership and other data issues</i>	165
Cecilia ROSADO-VILLAVERDE, <i>The Protestant Reform's Contribution on the Appearance of Rights and Freedoms</i>	195

Book reviews

- José María COELLO DE PORTUGAL MARTÍNEZ DEL PERAL, *La Jefatura del Estado*, by David Delgado Ramos 235
- Víctor MARTÍNEZ PATÓN (Compilador), *Conversaciones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Análisis de 10 años*, by Pere Simón Castellano 241
- Tomás VIDAL MARIN, *La impugnación de disposiciones sin fuerza de ley y resoluciones de las Comunidad Autónomas prevista en el artículo 161.2 de la Constitución*, by Maria Ruiz Dorado 247
- Friederike ZEDLER, *Mehrsprachlichkeit und Methode. Der Umgang mit dem sprachlichen Egalitätsprinzip im Unionsrecht*, by Francisco J. Andrés Santos 257
- Alfredo ABADÍAS SELMA / Pere SIMÓN CASTELLANO (coords.), *La prisión provisional y su estudio a través de la casuística más relevante: un análisis ante la segunda revolución de la justicia penal*, by David Eleuterio Balbuena Pérez 263
- Silvia SORIANO MORENO, *Derechos e igualdad territorial en la evolución del Estado social autonómico*, by Gabriel Moreno González 273
- Alessio RAUTI, *La decisione sulla cittadinanza. Tra rappresentanza politica e fini costituzionali*, by Beatriz Tomás Mallén 279
- Claudio PANZERA, *Il diritto all'asilo. Profili costituzionali*, by Luis Jimena Quesada 287
- Alberto OEHLING DE LOS REYES, *Protección constitucional de la integridad personal del detenido y recluso: medios de tutela jurídica nacional e internacional*, by Amir Al Hasani Maturano 295

Estudios

Erratum/Errata

Por error se incluyó en la versión publicada en línea el 07/07/2021 (<https://revista-estudios.revistas.deusto.es/issue/view/270>) antes de la impresión definitiva del número 69 (1) de 2021 de la Revista, un estudio, concretamente el primero de Rubén López Picó, “Reflexiones en torno a la naturaleza jurídica de la subasta judicial”, que no estaba listo para publicarse. Por ello, en cuanto la Dirección de la Revista se ha percatado del error, ha sido subsanado procediendo a su eliminación definitiva el 8 de julio de 2021.

Erratum/Errata

By mistake a study was included in the version published online on 07/07/2021 (<https://revista-estudios.revistas.deusto.es/issue/view/270>) before the definitive printing of the number 69 (1) 2021 of the Journal, which was not ready to be published. This is the first study, “Reflexiones en torno a la naturaleza jurídica de la subasta judicial” by Rubén López Picó. For this reason, as soon as the Editorial Team of the Journal has noticed the error, it has been corrected by proceeding to its definitive removal on July 8, 2021.

LA RESPUESTA SANCIONADORA AL FENÓMENO DE LAS CUNDAS O LOS TAXIS DE LA DROGA

*The sanctioning response to the phenomenon of the cundas
or drug taxis*

Carmen Martín Fernández

Contratada predoctoral FPU Área de Derecho Administrativo
Universidad de Córdoba

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-69\(1\)-2021pp61-83](http://dx.doi.org/10.18543/ed-69(1)-2021pp61-83)

Recibido: 08.06.2021

Aceptado: 18.06.2021

Resumen

El art. 36.17 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana (en adelante, LOPSC) tipifica como infracción administrativa grave «El traslado de personas, con cualquier tipo de vehículo, con el objeto de facilitar a éstas el acceso a drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, siempre que no constituya delito». Con este precepto, el legislador persigue el fenómeno de *las cundas* o los taxis de la droga. Sin embargo, dada la redacción del precepto, parece que la conducta descrita también podría subsumirse en el tipo del delito de tráfico de drogas del art. 368 CP, en su vertiente de promoción, favorecimiento o facilitación del consumo ilegal de drogas tóxicas. En este trabajo se explican las diferencias existentes entre ambos ilícitos y se concluye que, si el traslado se realiza por petición del traficante, constituye complicidad del delito de tráfico de drogas, mientras que, si se realiza a petición del consumidor, constituye infracción administrativa de la LOPSC.

Palabras clave

Seguridad ciudadana, drogas, cundas, infracción administrativa, delito.

Abstract

The art. 36.17 of Organic Law 4/2015, of March 30, on the Protection of Citizen Security (LOPSC) classifies as a serious administrative offence «The transfer of people, with any type of vehicle, in order to facilitate them access to toxic drugs, narcotic drugs or psychotropic substances, provided that it does not constitute a crime». With this precept, the legislator pursues the phenomenon of drug taxis. However, given the wording of the precept, it seems that the described conduct could also be subsumed in the type of drug-trafficking offence of art. 368 CP, in its aspect of promoting, favouring or facilitating the illegal consumption of toxic drugs. This paper explains the differences between both offences and concludes that the transfer carried out at the request of the trafficker constitutes complicity in the crime of drug trafficking, while the transfer carried out at the request of the consumer constitutes an administrative offence.

Keywords

Citizen security, drugs, drug taxis, administrative offence, crime.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA INFRACCIÓN DEL ART. 36.17 LOPSC. 1. *El bien jurídico protegido en esta infracción de la LOPSC.* 2. *La conducta típica de esta infracción.* 3. *Los sujetos responsables de este ilícito.* III. EL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS DEL ART. 368 CP. 1. *El bien jurídico protegido en este precepto penal.* 2. *La conducta típica de este delito.* 3. *Los sujetos responsables de este ilícito.* IV. LA RELACIÓN ENTRE LA INFRACCIÓN DEL ART. 36.17 LOPSC Y EL DELITO DEL ART. 368 CP: SU EXCLUSIÓN Y EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. V. CONCLUSIONES. VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Antes de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana (en adelante, LOPSC), todo aquel que participaba, aunque fuese mínimamente, en el círculo del tráfico de drogas, era considerado un autor o, al menos, un partícipe, del delito previsto en el art. 368 CP, dada su amplia redacción. El panorama actual se ha visto en parte modificado por el art. 36.17 LOPSC, en virtud del cual puede sancionarse a aquellos sujetos que trasladan a personas para facilitarles el acceso a la droga. Esta conducta ya no podrá ser considerada delito, salvo que, como explicaré en los siguientes epígrafes, se demuestre la existencia de un *animus* de favorecer o coadyuvar a la comisión del delito de tráfico de drogas en el sujeto que la lleva a cabo.

II. LA INFRACCIÓN DEL ART. 36.17 LOPSC

El art. 36.17 LOPSC tipifica como infracción administrativa grave:

«El traslado de personas, con cualquier tipo de vehículo, con el objeto de facilitar a éstas el acceso a drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, siempre que no constituya delito».

La Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana (en adelante, LOPSC/92) no contemplaba una infracción similar. Es un precepto totalmente novedoso que pretende acabar con el fenómeno de las *cundas* o taxis de la droga que tanto ha proliferado en los últimos años en grandes ciudades como Madrid y que tantos problemas de intranquilidad e inseguridad ciudadanas ha suscitado.

1. *El bien jurídico protegido en esta infracción de la LOPSC*

Las consecuencias más directas del consumo de drogas son sociales, sanitarias y económicas, pero muy destacadamente criminógenas. El consumo de

drogas produce dependencia y tolerancia, lo cual hace que el que el sujeto necesite la droga e incrementar la dosis. Ese síndrome de abstinencia, en muchas ocasiones, conduce a la delincuencia como medio para conseguir paliar la adicción. Y esa delincuencia es la que trata de evitarse desde el prisma de la seguridad ciudadana mediante la tipificación de infracciones en la LOPSC que persiguen impedir un fácil acceso a las drogas y su normalización en la sociedad. Puede decirse que la LOPSC trata de evitar «la inseguridad producida por la drogadicción y sus secuelas de atracos y agresiones a personas y bienes» (Berriatúa San Sebastián 1995, 738).

Obviamente es la salud pública el bien que se encuentra más en juego. Pero de su protección ya se ocupan el Código Penal y la normativa sanitaria y específica de drogas. La LOPSC se centra, fundamentalmente, en castigar aquellas conductas relacionadas con las drogas que pueden conllevar inseguridad e intranquilidad para los ciudadanos o, en definitiva, peligros para el orden público. Precisamente por eso, la LOPSC, a diferencia de lo que hace el CP, no distingue entre drogas duras y drogas blandas¹, en función del daño que producen sobre la salud, pues no es la salud lo que preocupa a esta ley.

La Ley 17/1967, de 8 de abril, por la que se actualizan las normas vigentes sobre estupefacientes adaptándolas a lo establecido en el convenio de 1961 de las Naciones Unidas, pone de manifiesto la necesidad de que el fenómeno de la droga no solo sea abordado desde la perspectiva sanitaria y de control, sino también desde una perspectiva sancionadora que reprima toda conducta ilícita relacionada con dichas sustancias y una perspectiva social de rehabilitación:

«es la salud física y mental de la población la razón profunda determinante de toda acción pública sobre los estupefacientes, y por ello es sanitaria también la finalidad primordial de las normas jurídicas que se han venido dictando al respecto.

Sin embargo, no sería posible responsabilizar al Estado de la salvaguarda de la salud pública en este campo sin otorgarle al propio tiempo la posibilidad de control de las causas que pueden comprometerla; concretamente, el uso y consumo de los estupefacientes y, como antecedente inexcusable, su producción y tráfico.

En consecuencia, un sistema legislativo integrado y completo en la materia debe girar o sustentarse sobre dos pilares fundamentales: una administra-

¹ Esta terminología, drogas duras y drogas blandas, es utilizada por el TS, sobre todo en el ámbito penal, y la diferenciación que conlleva ha sido aceptada como justa por la doctrina penalista, ya que aunque se le achaca cierta indeterminación y es cierto que todas las drogas son igualmente nocivas «lo cierto es que, de un modo u otro, la diversa gravedad de la droga se traduce en una diversa gravedad de la pena en la praxis jurisprudencial de todos los países, aunque sus respectivas legislaciones no reconozcan la diferencia» (Muñoz Conde 2009, 615).

ción por el sector público, minuciosa y total, de los estupefacientes, complementada con un sistema sancionador, suficiente y eficaz, y una política humana y progresiva de curación y rehabilitación social de toxicómanos».

Pues bien, las infracciones previstas en la LOPSC relativas a las drogas forman parte de esa perspectiva sancionadora. Con esta previsión, con la de las leyes sanitarias y la del CP (en concreto, la de su art. 368, que tipifica como delito el cultivo, la elaboración, el tráfico y la promoción o favorecimiento del consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas) se cierra el círculo de intervención legislativa en este ámbito.

Pero, como digo, más allá de la salud pública, la tipificación de estas infracciones de la LOPSC responde a la gran incidencia que pueden tener los fenómenos relacionados con las drogas en la seguridad ciudadana. En concreto, el art. 36.17 LOPSC trata de evitar que grupos de toxicómanos frecuenten un barrio con el objetivo de contratar un servicio de transporte hasta el lugar donde se vende la droga, ya que el fenómeno de las cundas o los taxis de la droga ha resultado ser un verdadero problema en las ciudades en que se ha materializado. Los barrios en que ha tenido lugar han visto notablemente disminuido su nivel de tranquilidad y seguridad ciudadanas e incrementado su nivel de peligrosidad y delincuencia². Es, por ello, que no alcanzo a entender que el Pleno del Consejo General del Poder Judicial en su informe al Anteproyecto de la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana (p. 70) afirmara que la inclusión de este precepto en el mismo no resultaba justificada, dada su aparente desvinculación con los fines del art. 3 LOPSC³. A mi parecer, como vengo sosteniendo, este artículo tipifica

² No hay más que leer alguna de las siguientes noticias: «Las cundas campan sin ley». *El País*, 15 de junio de 2014. Acceso el 27 de mayo de 2021. https://elpais.com/ccaa/2014/06/15/madrid/1402848641_048924.html. «Más de mil drogadictos se subieron a una ‘cunda’ en Embajadores en los últimos cuatro meses». *El Mundo*, 17 de septiembre de 2016. Acceso el 27 de mayo de 2021. <https://www.elmundo.es/madrid/2016/09/17/57dd100c468aeb74758b462c.html>. «Macrorredada contra las «cundas», los taxis de la droga en Madrid». *ABC*, 9 de octubre de 2019. Acceso el 27 de mayo de 2021. https://www.abc.es/espana/madrid/abci-macrorredada-contra-cundas-droga-madrid-201910091036_noticia.html. «Macrooperación contra las ‘cundas’ en Madrid: 30 detenidos y 70 vehículos intervenidos». *Público*, 9 de octubre de 2019. Acceso el 27 de mayo de 2021. <https://www.publico.es/sociedad/macrooperacion-cundas-madrid-30-detenidos-70-vehiculos-intervenidos.html>.

³ Art. 3 LOPSC: «Constituyen los fines de esta Ley y de la acción de los poderes públicos en su ámbito de aplicación:

- a) La protección del libre ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas y los demás derechos reconocidos y amparados por el ordenamiento jurídico.
- b) La garantía del normal funcionamiento de las instituciones.
- c) La preservación de la seguridad y la convivencia ciudadanas.
- d) El respeto a las Leyes, a la paz y a la seguridad ciudadana en el ejercicio de los derechos y libertades.

como infracción una conducta que se ha demostrado indudablemente peligrosa y perjudicial para la seguridad ciudadana y que en la práctica conlleva problemas serios de intranquilidad pública en los barrios que se encuentran afectados por este fenómeno. Por esta razón, creo que este ilícito se encuentra estrechamente relacionado con tres de los fines enunciados en el art. 3 LOPSC; en concreto, con los enunciados en sus apartados c, e y h (la preservación de la seguridad y la convivencia ciudadanas, la protección de las personas y bienes y la prevención de la comisión de delitos e infracciones administrativas). También lo considero así el Consejo Fiscal en su informe al Anteproyecto de la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana (pp. 32-33), que señaló que esta infracción estaba vinculada a la protección de la tranquilidad ciudadana, así como al genérico fin de la protección de las personas y los bienes.

2. La conducta típica de esta infracción

La conducta típica viene constituida por el traslado de personas con cualquier tipo de vehículo «con el objeto de facilitar a éstas el acceso a drogas tóxicas». De este inciso creo que puede deducirse que esta infracción solo puede cometerse con dolo, pues es necesario que el sujeto que la lleve a cabo sea plenamente consciente de que el traslado responde a la finalidad de acceder a drogas tóxicas. Si lo hiciera inconscientemente o de forma culposa, su conducta sería atípica por no haberse realizado con la finalidad requerida por el precepto. Sería el caso de los taxistas y conductores de autobuses urbanos que, de forma inconsciente, desplazan a personas para acceder a drogas. Obviamente, no pueden resultar sancionados por ello.

Por otra parte, la conducta típica se acota negativamente a través de la incorporación de la cláusula «siempre que no constituya delito» en el precepto. Por lo que resulta necesario trazar la frontera entre esta infracción administrativa y el delito que puede constituir, que es el previsto en el art. 368 CP. Para ello, resulta necesario, en primer lugar, estudiar brevemente este delito. Lo haré en un epígrafe posterior.

e) La protección de las personas y bienes, con especial atención a los menores y a las personas con discapacidad necesitadas de especial protección.

f) La pacífica utilización de vías y demás bienes demaniales y, en general, espacios destinados al uso y disfrute público.

g) La garantía de las condiciones de normalidad en la prestación de los servicios básicos para la comunidad.

h) La prevención de la comisión de delitos e infracciones administrativas directamente relacionadas con los fines indicados en los párrafos anteriores y la sanción de las de esta naturaleza tipificadas en esta Ley.

i) La transparencia en la actuación de los poderes públicos en materia de seguridad ciudadana».

Por último, creo que, aunque no lo diga el precepto, en su espíritu está perseguir únicamente aquellos traslados realizados para obtener una contraprestación económica a cambio, por ser este tipo de desplazamientos los que conllevan la concurrencia de personas en determinadas zonas o barrios para solicitar estos servicios, con el consiguiente incremento de altercados y de la intranquilidad de los vecinos. Si una persona decide trasladar a otras para acceder a drogas tóxicas y entre ellas no media ninguna relación comercial sino un simple vínculo de parentesco, amistad o afecto, entonces probablemente no quepa apreciar la comisión de esta infracción por falta de antijuridicidad material.

3. *Los sujetos responsables de este ilícito*

El art. 30.1 LOPSC dispone: «La responsabilidad por las infracciones cometidas recaerá directamente en el autor del hecho en que consista la infracción». Se proclama, así, la regla habitual que rige en el Derecho Administrativo sancionador, donde, a diferencia de lo que ocurre en el Derecho Penal, no existe una regulación general de los sujetos responsables y donde, como consecuencia, solo son responsables de las infracciones sus autores, salvo que una ley disponga otra cosa, siendo autores los que realizan la conducta típica⁴. Ahora bien, ello no quita que, en ocasiones, determinadas infracciones consistan en participar en la infracción llevada a cabo por otro o que ciertas leyes prevean expresamente la responsabilidad de los participantes. Pero este no es el caso de la LOPSC ni de su concreto art. 36.17. Serán, por lo tanto, responsables de esta infracción aquellos sujetos que realicen la conducta típica, es decir, aquellas personas que trasladen a otras, con cualquier tipo de vehículo, para acceder a drogas tóxicas.

III. EL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS DEL ART. 368 CP

El art. 368 CP establece lo siguiente:

«Los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las posean con aquellos fines, serán castigados con las penas de prisión de tres a seis años y multa del tanto al triple del valor de la droga objeto del delito si se tratare de

⁴ Rebollo Puig 2014, pp. 2528-2529. El autor explica que en el Derecho Administrativo sancionador sólo son responsables de las infracciones sus autores, salvo que una ley disponga otra cosa. A diferencia de lo que ocurre en el Derecho Penal, donde pueden ser responsables otros sujetos que participan en el delito sin ser sus autores (art. 27 CP), como son los inductores, los cooperadores necesarios y los cómplices.

substancias o productos que causen grave daño a la salud, y de prisión de uno a tres años y multa del tanto al duplo en los demás casos (...)».

1. *El bien jurídico protegido en este precepto penal*

El bien jurídico protegido penalmente es la salud pública. El TS alude normalmente a la salud pública colectiva. Sin embargo, como explica Manjón-Cabeza Olmeda (2003, 101):

«Si un comportamiento pone en peligro la salud pública es porque tiene capacidad para dañar la salud individual, aunque efectivamente no lo haga. Por eso se dice que en los delitos contra la salud pública se protege inmediatamente el bien jurídico que les da nombre, pero mediatamente la salud individual, que no alcanza la categoría de segundo bien jurídico, pero sí permanece como referencia».

Precisamente por eso, la jurisprudencia ha pasado a acoger el principio de mínimo psicoactivo, conforme al cual son típicas todas aquellas ventas de drogas cuyas cantidades, por insignificantes que sean, excedan de unos mínimos que, según el Instituto Nacional de Toxicología, son ya susceptibles de afectar a las personas (salud individual). Aunque conforme a ello puede parecer que el bien jurídico protegido ha pasado a ser la salud individual, lo que en realidad ocurre lo explicó con claridad la STS n.º 1640/2003, de 28 de noviembre (RJ 2003/9392):

«Si bien es cierto que el delito contra la salud pública no protege exclusivamente la salud del destinatario o adquirente (consumidor o drogodependiente), como sucede en los delitos de lesiones o contra la integridad física del sujeto pasivo del delito, no podemos dejar de tener en cuenta que la salud pública de la colectividad está formada por la salud de cada uno de sus componentes, de modo que la afectación a su propia salud conforma la de la colectividad. Y aunque este ataque no tiene que ser real o efectivo, sino que basta con que sea potencial, sin embargo, en todo caso, tiene que incidir materialmente en tal salud, al punto que la sustancia con la que se agrede tiene que tener condiciones de afectarla».

En definitiva, puede decirse que la doctrina penal mayoritaria proclama la salud pública como bien jurídico protegido en el delito de tráfico de drogas (Pedreira González 2009, 22).

2. *La conducta típica de este delito*

Este delito solo puede cometerse con dolo. El móvil anímico del sujeto es un elemento subjetivo del injusto esencial para determinar la antijuridicidad de la conducta legalmente descrita (Rey Huidobro 1999, 31). Por eso la

doctrina señala que «en los supuestos de posesión se debe probar la existencia de la finalidad de promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal» (Feijóo Sánchez 1997, 1016). Pero de terceras personas, pues «si la intención es la de favorecer el consumo propio falta el dolo» (Muñoz Conde 2009, 617). Y esa finalidad para con terceros puede deducirse no solo de la cantidad de droga que se posee, sino también de otros elementos, como la condición o no de consumidor del sujeto, el grado de pureza de la droga, su distribución en bolsitas o papelinás, la tenencia de útiles de medida o de sustancias que suelen utilizarse para el tráfico de drogas, las circunstancias que rodearon la aprehensión, etc⁵.

Además, para entender cometido el delito, el dolo debe abarcar el carácter nocivo de la sustancia para la salud de las personas. Sin embargo, aunque el desconocimiento sobre tal extremo podría considerarse un error de tipo, por tratarse de un error sobre un elemento integrante de la infracción penal, y conllevar, por tanto, una exclusión de la tipicidad; o un error de prohibición, por tratarse de un error sobre el carácter prohibido de la sustancia, y conllevar con ello o bien la exclusión de la responsabilidad (en caso de ser invencible) o bien la rebaja de la pena (en caso de ser vencible), lo cierto es que, como señala Muñoz Conde (2009, 617 y 618), en este ámbito «la jurisprudencia es bastante parca en dar relevancia al error en cualquiera de sus formas»⁶. Por ello un sector de la doctrina se decanta por considerar que para que concurra dolo en el sujeto «no es preciso un exacto conocimiento de la pureza y cantidad de la droga y ni siquiera del tipo o clase de droga que se posee con destino al tráfico o se transporta a tal fin» (Córdoba Roda y García Arán 2004, 1579).

Se trata de un delito de peligro abstracto de mera actividad (Córdoba Roda y García Arán 2004, 1580 y Pedreira González 2009, 25), ya que «el autor, a la hora de realizar el tipo legal, debe perseguir un resultado que no precisa alcanzar» (Rey Huidobro 1999, 31). Es decir, se requiere dolo y ánimo de poseer la droga para traficar con ella o promover su consumo ilegal, pero no se requiere que efectivamente ello se consiga. Es un delito de los denominados «de intención». Por lo que, como afirma la STS n.º 1279/1997,

⁵ *Id.*, entre otras, la STS n.º 343/2015 de 9 de junio (RJ 2015\2515), la STS n.º 285/2014 de 8 de abril (RJ 2014\2887), la STS n.º 724/2014 de 13 de noviembre (RJ 2014\5703), la STS n.º 526/2013 de 25 junio (RJ 2014\1199), la STS n.º 484/2012 de 12 junio (RJ 2012\10537), la STS n.º 1335/2011 de 5 diciembre (RJ 2012\69), la STS n.º 609/2008 de 10 de octubre (RJ 2008\7259) y la STS n.º 903/2007 de 15 noviembre (RJ 2007\7431).

⁶ Por poner un ejemplo, la STS n.º 1288/2000, de 18 de julio (RJ 2000\7461), condenó a la recurrente como autora del delito de tráfico de drogas porque la misma realizó la acción consistente en el transporte de la sustancia incautada de forma consciente y voluntaria «con independencia del exacto conocimiento de su pureza y cantidad».

de 22 de octubre (RJ\1997\7607), «el logro o no del objetivo o finalidad perseguida pertenece no a la fase de perfección o consumación, sino a la del agotamiento». De modo que, como ya he advertido, basta con que se produzca una tenencia de droga preordenada al tráfico para apreciar la consumación del delito. El TS explicó en esa misma sentencia que «estos delitos se consuman por el concurso de los elementos objetivos y subjetivos que lo integran, como son el «corpus» (la droga) y el «animus» (la intención de destinarla al tráfico)».

Aunque se trata de un delito de peligro abstracto, es preciso «que el peligro para la salud pública como riesgo de una futura lesión se encuentre realmente presente en la acción» (Rey Huidobro 1999, 80). Como explica Pedreira González (2009, 26), «el peligro abstracto sólo quiere decir que en el momento de la consumación anticipada con que se configura el tipo no están concretados o determinados —ni tienen por qué estarlo— los sujetos cuyo bien jurídico de la salud puede verse afectado por el agotamiento de la acción, pero no que pueda faltar la posibilidad remota del daño», pues con su tipificación se trata de proteger a la sociedad de un mal potencial (Sequeros Sazatornil 2015, 399 y 400), consistente en quedar la droga a disposición de la voluntad del destinatario, aunque no exista posesión material ni por supuesto tráfico efectivo (STS de 4 de diciembre de 1991, RJ\1991\8972). Por lo que no se requiere que se produzca ningún daño efectivo sobre la salud pública. Ni siquiera es necesario que aflore una situación de riesgo para la misma. Basta con que se lleve a cabo la conducta que se concibe como peligrosa para ella, que no es otra que el tráfico o el favorecimiento del consumo ilegal de drogas (siempre y cuando éstas superen una determinada dosis mínima psicoactiva). Según la doctrina penalista, esta configuración responde a una política criminal de represión del tráfico ilícito que pretende poner trabas a la mayor lacra social de nuestro tiempo (Córdoba Roda y García Arán 2004, 1553).

Como consecuencia de todo lo anterior, se trata de un delito de consumación anticipada, por lo que generalmente no se aprecian formas imperfectas de ejecución, a lo que también contribuye la amplitud de las conductas típicas, que conduce a la negación de la tentativa, pero no en favor de la impunidad, sino de la consumación (Córdoba Roda y García Arán 2004, 1580). Es por todo ello que basta con que la tenencia de drogas esté rodeada de indicios que acrediten la finalidad de facilitar a terceros el consumo ilegal de dicha sustancia para apreciar la consumación del delito del art. 368 CP⁷. Tenencia

⁷ La STS de 4 de diciembre de 1991 (RJ\1991\8972) confirmó la condena al recurrente como autor del delito de tráfico de drogas porque, aunque el tráfico no llegó a realizarse, tuvo plena disponibilidad sobre la droga e intención de destinarla al tráfico. De igual forma, la STS de 16 de julio de 1993 (RJ\1993\6032), confirmó la condena a los dos

que, además, no se entiende en el sentido civilístico de posesión corporal y material, sino en el más amplio de disponibilidad. A este respecto, el TS mantiene que, «además de la posesión inmediata, existe la mediata, en la que es bastante la «voluntas possidendi», aunque la cosa no esté de hecho incorporada. El acuerdo de voluntades y la puesta a disposición determinan la entrega al receptor y la consumación y perfección delictiva, siendo por tanto suficiente cualquier forma de disponibilidad por espiritual que sea» (STS n.º 1279/1997, de 22 de octubre, RJ\1997\7607). De esta forma, y de manera reiterada, el TS deja claro que para que exista posesión no es necesaria la tenencia material (STS de 30 de septiembre de 1988, RJ\1988\7175⁸). Y tiene sentido que sea así, pues de lo contrario, se iría contra el espíritu de la norma al dejar fuera del campo penal a los grandes traficantes que manejan el destino de la droga a distancia⁹. No obstante, en algunos casos puntuales, el TS ha apreciado tentativa de delito cuando el sujeto no ha llegado a alcanzar ninguna forma de disponibilidad sobre la droga. Ha sido sobre todo en los casos de envío de droga desde un país extranjero, por correo u otro medio de trans-

recurrentes como autores de un delito de tráfico de drogas porque resultó probado que ambos, dedicados al tráfico de estupefacientes, concertaron la compraventa de 200 gramos de cocaína, los cuales no llegaron a su poder porque el tercero, intermediario o simple transportista, fue interceptado en el portal de su domicilio por la policía, que estaba informada y al corriente del desarrollo del plan delictivo. Según el TS, desde que el vendedor se desprendió de la droga y la puso en manos del porteador, el delito quedó consumado por parte del comprador por disponibilidad potencial. Conforme a ello, añade el Alto Tribunal que «sería, por otra parte, penalmente impresentable, que el sujeto portador fuera sancionado como autor de un delito consumado, y que el comprador y destinatario —el traficante en sentido estricto— por la interceptación del envío y no haber entrado en posesión material de la droga pudiera acogerse a una figura incompleta de ejecución».

⁸ De igual modo se ha seguido pronunciando recientemente. *Vid.*, por ejemplo, la STS n.º 171/2019, de 28 de marzo (RJ\2019\2538), la STS n.º 676/2012, de 26 de julio (RJ\2012\9445), o la STS n.º 423/2019, de 19 de septiembre (RJ\2019\4157): «Los delitos contra la salud pública son de peligro abstracto o de mera actividad por lo que sus efectos sobre el bien jurídico protegido se anticipan al momento en que existe la posibilidad de disponer de la droga aunque materialmente no se la posea».

⁹ En este sentido se pronuncia la STS n.º 760/2018, de 28 de mayo (RJ\2019\2100): «La jurisprudencia de esta Sala ha destacado que la tipificación del delito de tráfico de drogas configura el comportamiento delictivo como de mera actividad o resultado cortado, de suerte que el delito se consuma con la ejecución de la acción típica, sin necesidad de un resultado concreto añadido. De este modo, la mera tenencia de la droga con la finalidad de traficar con ella, cualquiera que sea la forma de su disponibilidad, determina la perfección del comportamiento delictivo, sin que sea necesario que la posesión sea material o física, bastando la posesión mediata o a través de personas intermedias, aun cuando el autor carezca de la disponibilidad inmediata. De no entenderse así, quedarían fuera del reproche penal los grandes traficantes que no tienen un contacto material con la sustancia intervenida».

porte, respecto a la persona que recoge la mercancía. Pero son la excepción, pues incluso en los casos de disposición mediata el TS considera consumado el delito si existe un acuerdo previo de voluntades¹⁰. Muñoz Conde (2009, 618), por el contrario, es partidario de apreciar la tentativa en determinados casos. A su juicio, «hechos como el ser sorprendido antes de recibir la droga deben estimarse como tentativa ya que la cadena o ciclo de tráfico, favorecimiento, etc., queda interrumpido», independientemente de que el sujeto haya tenido disponibilidad mediata de la droga.

A pesar de la tendencia del legislador a intervenir penalmente y de forma omnicompreensiva en todo el ciclo de la droga –prueba de la cual es la amplia redacción del art. 368 CP–, lo cierto es que tradicionalmente la jurisprudencia ha optado por una «intervención restrictiva en base al principio de

¹⁰ En esos casos, la jurisprudencia establece una diferenciación relevante y concluye lo siguiente: si el acusado ha participado en la solicitud o en la operación de importación, o figura como destinatario de la sustancia, es autor del delito en grado de consumación, por tener la posesión mediata de la droga y ser un cooperador necesario y voluntario en una operación de tráfico; pero si la intervención del acusado tiene lugar después de que la droga se encuentre ya en nuestro país, habiéndose solicitado su colaboración por un tercero, sin haber participado en la operación previa, sin ser destinatario de la mercancía y sin llegar a tener la disponibilidad efectiva de la droga intervenida por ser detenido antes de hacerse cargo efectivo de la misma, o justamente en ese momento, es autor del delito en grado de tentativa (vid, entre otras, la STS n.º 205/2008, de 24 de abril, RJ 2008\2837, la STS n.º 5/2009, de 8 de enero, RJ 2009\3298, la STS n.º 172/2015, de 26 de marzo, RJ 2015\1330, la STS n.º 274/2018, de 7 de junio, RJ\2018\3017). Conforme a ello, y por poner algún ejemplo, la STS n.º 183/2013, de 12 de marzo (RJ\2013\2039), estimó parcialmente el recurso de casación interpuesto por el condenado como autor de un delito de tráfico de drogas, y casó y anuló la sentencia recurrida, dictando otra por la que le condenó por el mismo delito, pero en grado de tentativa, porque, aunque resultó probado que el recurrente fue requerido para recoger un paquete de droga desde Argentina, no existió prueba de su participación en el concierto previo de voluntades destinado a traer la droga desde ese país. En palabras del TS: «el acusado tuvo intención de realizar una acción que representaba una colaboración efectiva en el tráfico, e inició la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, pero su actuación resultó frustrada, dado que las autoridades habían retenido el envío, y le detuvieron en el momento de la recogida del paquete que contenía la droga, antes de que llegase a tener disponibilidad, ni aún potencial, sobre la droga intervenida». Y ello porque, como viene reiterando la jurisprudencia, «la apreciación de la tentativa requiere, con arreglo a la doctrina jurisprudencial, no haber participado en las operaciones previas al transporte ni llegar a tener la disponibilidad efectiva de la droga. Será, pues, el supuesto de quien o quienes, totalmente ajenos al concierto inicial para el transporte, intervienen después mediante una actividad netamente diferenciada». De la misma forma se pronunció la STS n.º 954/2009, de 30 de septiembre (RJ\2010\1991), pero en este caso el TS confirmó la condena al recurrente como autor de un delito consumado de tráfico de drogas porque existían, a su juicio, «datos más que sobrados para concluir –como hizo el Tribunal de instancia– que aquél tuvo una participación directa en el envío» y que «formaba parte esencial del engranaje ideado para el desplazamiento geográfico del paquete».

proporcionalidad que atempera la excesiva amplitud de estos conceptos [del precepto penal], excluyéndose [de su radio de acción], además del autoconsumo, las adecuadas socialmente o las que no tienen capacidad de expansión» (Muñoz Conde 2009, 616 y Sequeros Sazatornil 2015, 408-414). De esta forma se ha venido excluyendo el castigo de ciertas conductas por no conllevar un riesgo mínimo para la salud pública, es decir, por falta de antijuridicidad material al no existir riesgo de difusión de la droga (Pedreira González 2009, 27-28 y 66-69). Era el caso de la tenencia o posesión de droga cuando no esté acreditado su destino al tráfico, de determinados supuestos de donación al familiar o al amigo adicto, de donación o invitación entre adictos o de consumo compartido. También en virtud del principio de insignificancia se ha venido excluyendo la tipicidad de aquellos supuestos en que la propia insignificancia cuantitativa o desnaturalización cualitativa de la sustancia impiden constatar que concurren en ella los efectos potencialmente dañinos para la salud que justifican la imposición de una sanción penal¹¹. De este modo, con la doctrina de la insignificancia se venía a establecer «un espacio de impunidad para determinadas conductas que por afectar en forma mínima al bien jurídico protegido por el tipo penal tienen la aptitud necesaria para excluir la tipicidad, al no revestir su agresión la gravedad que requiere el ilícito» (Sequeros Sazatornil 2015, 416). Y todo ello porque se consideraba que dichas conductas no ponían suficientemente en peligro el bien jurídico protegido por el precepto, que es la salud pública. Y es que, aunque el delito sea de peligro abstracto, ello no significa, como ya he indicado, que las conductas, para tener relevancia penal, no deban «poseer un potencial lesivo directo y grave para el bien jurídico que las haga merecedoras de pena» (Córdoba Roda y García Arán 2004, 1556).

Sin embargo, el panorama cambió parcialmente en 2003. El 24 de enero de ese año la Sala 2ª del TS celebró un Pleno no jurisdiccional con la finalidad de resolver la cuestión de la tipicidad o atipicidad de la venta de cantidades mínimas de droga pues, aunque se había impuesto el criterio de su atipicidad por falta de antijuridicidad material, en el seno del Tribunal

¹¹ La STS n.º 772/1996, de 28 de octubre (RJ\1996\8569), tras poner de manifiesto dicha jurisprudencia, confirmó la absolución al recurrente del delito de tráfico de drogas porque con su conducta no puso en peligro el bien jurídico protegido por el precepto. El sujeto, tras cumplir condena en prisión y salir de la cárcel, adquirió 0,06 gramos de droga para un compañero adicto a la heroína y que había quedado en la prisión e intentó hacerla llegar, pero no lo consiguió dada la eficaz intervención de las fuerzas de seguridad. Según el TS, dicha conducta queda por debajo de los umbrales mínimos de intervención del Derecho Penal, dada su insignificancia, pues una cantidad tan mínima de droga prácticamente cancela sus posibilidades de difusión, pudiendo excluirse la generación de riesgo alguno para el bien jurídico protegido. De igual forma se pronunció la STS n.º 33/1997, de 22 de enero (RJ\1997\1271) y la STS n.º 1439/2001, de 18 de julio (RJ\2001\6501).

existían posturas contrapuestas al respecto: la que consideraba impune la venta de cantidades insignificantes de droga por entender que dicho acto carecía de antijuridicidad material y quedaba cubierto por el principio de insignificancia; y la que entendía que tratándose de delitos graves, como es el tráfico de drogas, el citado principio no es aplicable, debiendo afirmarse la tipicidad y antijuridicidad del comportamiento, aunque se trate de pequeñas cantidades (Manjón-Cabeza Olmeda 2003, 60). Dado que no se consiguió alcanzar ningún acuerdo, el Pleno decidió solicitar al Instituto Nacional de Toxicología un informe en el que se establecieran unas cantidades mínimas de droga exentas de cualquier afectación sobre la salud de las personas. Dicho informe se emitió el 22 de diciembre de 2003 (Informe n.º 12691/2003, de 22 de diciembre, del Servicio de Información Toxicológica del Instituto Nacional de Toxicología)¹². Y en el mismo se fijaron unas determinadas cantidades de droga que corresponden «a la concentración más reducida de principio activo que cada tipo de droga necesita para causar alguna alteración apreciable sobre el organismo humano» (Sequeros Sazatornil 2015, 417). De esta forma, el criterio de demarcación entre lo típico y atípico en las ventas mínimas de droga pasó a residir en dichas cantidades, las cuales indican si la droga puede considerarse o no dotada de psicoactividad. Posteriormente, en el Pleno no jurisdiccional de la Sala 2ª del TS de 3 de febrero de 2005, se acordó «continuar manteniendo el criterio del Instituto Nacional de Toxicología relativo a las dosis mínimas psico-activas, hasta tanto se produzca una reforma legal o se adopte otro criterio o alternativa».

Según la doctrina penalista, este cambio de criterio supuso la expulsión del principio de insignificancia y la acogida del principio de mínimo psicoactivo. Desde entonces se considera que «por encima de unos mínimos de principio activo la sustancia de que se trate afecta ya a las personas, y que declarar la atipicidad de aquellas conductas podría fomentar que los vendedores-trafficantes realizaran sus operaciones llevando sólo cada vez una insignificante cantidad de sustancia a efectos de lograr la impunidad» (Córdoba Roda y García Arán 2004, 1559). Por lo tanto, lo relevante ahora es determinar la eficacia psicoactiva de la droga¹³. De esta forma, aquellas ventas de droga que podían

¹² A este respecto, vid. Manjón-Cabeza Olmeda 2003, 45-46.

¹³ La STS n.º 184/2004, de 13 de febrero (RJ/2004\2484), absolvió al recurrente del delito de tráfico de drogas del art. 368 CP porque, aunque se le intervinieron 0,53 gramos de cocaína, no existía certeza de su pureza y, por tanto, se desconocía si gozaba de una mínima eficacia psicoactiva, en el sentido de afectación sobre las facultades psíquicas del ser humano o, al menos, de aptitud para producir en su organismo efectos tales como los de la adicción o el incremento de la tolerancia. En definitiva, se absolvió al recurrente porque no existía certeza de que con su conducta hubiera puesto en potencial peligro la salud pública.

considerarse atípicas por insignificantes, ahora pasan a ser típicas si la cantidad de droga es superior a las dosis mínimas psicoactivas establecidas por el Instituto Nacional de Toxicología porque en esos casos ya se considera que existe peligro para la salud pública y, por tanto, antijuridicidad¹⁴.

Pero ello no es óbice a que sigan apreciándose conductas atípicas por no concurrir en el sujeto el *animus* de promover el consumo ilegal de drogas, como ocurre cuando se suministra droga a un familiar con el único fin de lograr su deshabitación o cuando se adquiere droga para autoconsumo o consumo compartido¹⁵. En estos casos es indiferente que la cantidad suministrada sea superior a la prevista en esa jurisprudencia, pues falta el elemento subjetivo del injusto, el dolo, y con él la antijuridicidad material, por no existir riesgo de difusión de la droga. La salud pública solo debe tener relevancia penal cuando se vea puesta en peligro por conductas que favorezcan el consumo ilegal de sustancias nocivas para la salud y que pueden crear adicción en las personas. Por tanto, «cuando falte alguna de estas condiciones o elementos deberá predicarse la atipicidad de la conducta por escapar de lo que constituye la materia de prohibición» (Córdoba Roda y García Arán 2004, 1557).

Así lo parece transmitir la STS n.º 563/2019, de 19 de noviembre (RJ\2019\4837), cuando afirma:

«la doctrina de la atipicidad del consumo compartido, desarrollada por el espíritu innovador de esta Sala hace dos décadas, viene a mitigar la

¹⁴ Precisamente por eso, la STS n.º 1104/2005, de 17 de febrero (RJ\2005\2907), estimó el recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya de fecha 8 de octubre de 2003 que absolvió a Juan Luis del delito contra la salud pública del que había sido acusado. Constaba como hecho probado que al sujeto se le había incautado un envoltorio de algún producto de 0,213 gramos de peso total, con presencia de heroína en una proporción del 15,4 por ciento, lo que arroja 0,032 gramos netos de dicha sustancia. Según el TS, aunque dicha conducta podía considerarse atípica conforme a reiterada jurisprudencia por insignificante afectación al bien jurídico protegido, ya no era posible proceder así, pues desde el Pleno no jurisdiccional de 24 de enero de 2003 se había acordado establecer el criterio de demarcación entre lo típico y lo atípico en las cantidades establecidas por el Instituto Nacional de Toxicología. Conforme a ello, como la droga incautada al sujeto superaba dichas cantidades, el TS concluyó que su conducta no podía considerarse atípica, sino todo lo contrario, constitutiva del delito del art. 368 CP, por lo que revocó la sentencia de instancia y condenó a Juan Luis como autor del delito de tráfico de drogas.

¹⁵ Por eso la SAP de Madrid n.º 43/2020, de 3 de febrero (JUR 2020\98022), absolvió al recurrente del delito de tráfico de drogas, ya que consideró que la cuantía y la riqueza de la sustancia intervenida eran compatibles con la finalidad de consumo compartido. De la misma o similar forma procedieron la SAP de Madrid n.º 40/2020, de 23 de enero (ARP 2020\772); la SAP de Alicante n.º 92/2018, de 14 de marzo (JUR 2018\198070); la STSJ del País Vasco n.º 15/2017, de 23 de octubre (JUR 2017\289055); y la SAP de Madrid n.º 535/2016, de 30 de septiembre (JUR 2016\255079), entre otras.

desmesurada amplitud que alcanzaría el tipo penal en caso de no ser interpretado en función de las necesidades estrictas de tutela del bien jurídico protegido, la salud pública. Los comportamientos típicos deben ser los idóneos para perjudicar la salud pública porque promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas o estupefacientes, objetivo o finalidad que debe estar presente en todas las acciones que se incluyen en el tipo, incluida la posesión, el cultivo e incluso la elaboración o el tráfico, pues ni el tráfico legal, en el ámbito farmacéutico por ejemplo, ni el cultivo con fines de investigación o consumo propio, constituyen conductas idóneas para promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal por terceros, y en consecuencia no están abarcados por el amplio espectro de conductas que entran en el radio de acción del precepto».

Conforme a ello, toda tenencia de drogas en cantidad superior a la establecida por el Instituto Nacional de Toxicología es punible penalmente, salvo que se demuestre que en el sujeto no concurría el *animus* de traficar con la droga o de promover su consumo ilegal o que su conducta no ponía en riesgo la salud pública.

3. *Los sujetos responsables de este ilícito*

A estos efectos, ha de tenerse en cuenta la amplitud que caracteriza la redacción del art. 368 CP. Una parte de la doctrina considera adecuada dicha redacción, pues gracias a ella «difícilmente cualquier actividad humana con proyección exterior puede eludir su radio de comprensión; quedando absorbidas en las modalidades de promover, favorecer o facilitar todas las variedades de la acción relacionadas con el consumo ilegal de drogas» (Sequeros Sazatornil 2015, 401). El problema, como explica Muñoz Conde (2009, 618), es que la amplitud en la redacción del tipo permite extender el círculo de posibles sujetos activos de este delito a todos cuantos intervengan en el ciclo de la droga. De modo que, en realidad, se hace uso de un concepto unitario de autor, conforme al cual todo aquel que contribuye de algún modo a la realización del delito merece el calificativo de autor. Por lo que, en la práctica, se han acabado equiparando las diversas formas de participación.

Lo que ocurre es que tanto la doctrina como la jurisprudencia mayoritarias parten, dada la redacción del art. 368 CP, de un concepto de tráfico muy amplio, que engloba «cualquier conducta de expansión, extensión o facilitación de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas» (Córdoba Roda y García Arán 2004, 1569). Tal y como explicó la STS n.º 243/1997, de 22 de febrero (RJ\1997\3818):

«el amplio concepto que el legislador consideró para configurar el delito comprende cualquier acto de tráfico de droga, estupefaciente o sustancia psicotrópica. Cualquier acto de tráfico en virtud del cual, fuera de la

fase de preparación, cultivo o elaboración del producto, se hace circular lo que es simple detentación de la droga, mediante la transferencia a terceros en virtud de cualquier título, en principio, que permita el cambio de poseedor o detentador de la cantidad, máxima o mínima, de que se trate. Dentro de esa configuración es evidente que se encuentran incursos en la dinámica delictiva tanto el vendedor o donante como cualquier intermediario que, a través de la necesaria conexión mecánica, permite la transmisión del alucinógeno, siempre en la idea de facilitar, favorecer o promover el ilícito consumo».

Conforme a ello, explica la doctrina penalista, «todos cuantos intervienen en el proceso que hace posible esta transferencia realizan una conducta directa o indirectamente reconducible al tráfico (importación, transporte, envío, recepción, almacenamiento, custodia, traslado, etc.)». Por lo que, añaden, «realiza la conducta a título de autor no sólo el transferente, sino el intermediario que facilita, favorece o promueve la ilícita transmisión» (Córdoba Roda y García Arán 2004, 1570), lo que, como he advertido, reduce el ámbito de la participación al vaciar de contenido las conductas de promoción, favorecimiento y facilitación.

No obstante, como explica la STS n.º 1430/2002, de 24 de julio (RJ/2002/8548), la jurisprudencia «ha establecido como situaciones de excepción aquellas formas imperfectas de participación que no van más allá de lo que se ha denominado «conducta de favorecimiento del favorecedor del tráfico», que no ayudan directamente al tráfico pero sí a su favorecedor, que es el que tiene la efectiva disponibilidad de la droga». De modo que conductas que, dada la amplia redacción del art. 368 CP, podrían ser calificadas de autoría, son finalmente calificadas de complicidad por carecer de la trascendencia que requiere la autoría¹⁶. Conforme a ello, el TS ha venido calificando como complicidad el

¹⁶ Precisamente por ese motivo, la STS n.º 1430/2002, de 24 de julio (RJ/2002/8548), casó la sentencia de instancia, que absolvía a uno de los recurrentes (Albert) del delito de tráfico de drogas, y lo condenó como cómplice por haber acompañado al otro recurrente (Raúl), autor del delito, al lugar donde aquel pretendía esconder la droga y con pleno conocimiento del plan y de la naturaleza de la sustancia. Según el TS, «la conducta de Albert que se describe en el relato histórico de la sentencia constituye verdadera y objetivamente una contribución efectiva al proyecto de Raúl de ocultar la droga, pues ninguna duda cabe de que el hecho de transportar el ahora recurrente en sus propias manos la mochila que iba a ser escondida en el monte supone un acto de colaboración útil y eficaz, por más que la relevancia contributiva sea menor, escasa e, incluso pudiera calificarse de innecesaria, porque si fuera necesaria habríamos entrado ya en el ámbito de la coautoría».

¹⁷ puede encontrarse un pronunciamiento similar en la STS n.º 760/2018, de 28 de mayo (RJ/2019/2100), que establece: «En lo que hace referencia al delito contra la salud pública, al ser un delito de mera actividad, de resultado cortado, o de consumación anticipada, además de un delito de peligro abstracto, rige una descripción extensiva del concepto de autor que abarca a todos los que realizan

mero acompañamiento a los compradores de droga con indicación del lugar donde pueden hallar a los vendedores, la ocultación ocasional y de poca duración de una pequeña cantidad de droga propiedad de otro, la simple cesión del domicilio a los autores por pura amistad para reunirse sin levantar sospechas, la realización de llamadas telefónicas para acordar con un tercero el transporte de la droga o el acompañamiento y traslado a alguna persona en el vehículo propio al lugar donde se vende la droga para adquisición y tráfico¹⁷.

Algunos autores van incluso más allá y se muestran contrarios a no distinguir las conductas de tráfico en sentido estricto de las de promoción o favorecimiento de otro modo del consumo ilegal. Afirman que ejecutar actos de tráfico «significa exclusivamente tener el control directo o mediato de la puesta en circulación de las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas en el mercado ilícito (para el consumo ilegal de las mismas)» (Córdoba Roda y García Arán 2004, 1570). Por lo que todos los demás que coadyuvan al tráfico ejecutado por el autor, salvo que se demuestre la autoría, deben ser considerados cómplices o cooperadores necesarios. Es el caso del «camello» que, en opinión de estos autores, lejos de favorecer o facilitar el consumo ilegal, lo que hace es cooperar al acto de tráfico. Sin embargo, yo no creo que esa tesis, por mucho sentido que tenga, pueda mantenerse, pues el precepto tipifica como delito, por una parte, el tráfico y, por otra parte, la promoción, el favorecimiento y la facilitación del consumo ilegal. Por lo que tanto la realización de una conducta como la de las otras conlleva que el sujeto que las realiza sea autor de las mismas y no cómplice de otros. Lo que sí puede mantenerse es lo que, con acierto, sostiene el TS en la sentencia mencionada (STS n.º 1430/2002, de 24 de julio), es decir, que aquellos sujetos que no ayudan directamente al tráfico pero sí a su favorecedor sean castigados, no como autores, sino como cómplices.

actos de favorecimiento para el tráfico y que, en principio, excluiría las formas accesorias de la participación. La jurisprudencia de esta Sala ha identificado que el favorecimiento o facilitación del tráfico prohibido determina la responsabilidad por este delito, si bien, de manera excepcional, hemos reconocido formas accesorias de participación en supuestos de colaboración mínima, esto es, cuando se realizan conductas auxiliares de segundo orden en beneficio del verdadero traficante. El favorecimiento al favorecedor del tráfico, mediante la aportación de conductas complementarias, subordinadas y de poca entidad respecto de la acción principal, cuando el partícipe conoce el destino de su colaboración».

¹⁷ *Vid.*, entre otras, la STS n.º 312/2007, de 20 de abril (RJ 2007\2444), la STS n.º 1276/2009, de 21 de diciembre (RJ 2009\5853) y la STS n.º 84/2020, de 27 de febrero (JUR\2020\74042). Aunque debe tenerse en cuenta de que se trata de enumeraciones no exhaustivas, pues como reconocen algunas de esas sentencias, «lo relevante es que la colaboración o aportación del sujeto al plan delictivo presente escasa relevancia en función de las características de los hechos».

IV. LA RELACIÓN ENTRE LA INFRACCIÓN DEL ART. 36.17 LOPSC Y EL DELITO DEL ART. 368 CP: SU EXCLUSIÓN Y EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

La conducta típica del art. 36.17 LOPSC, que persigue el fenómeno de las *cundas* o los taxis de la droga, parece subsumirse en la conducta delictiva consistente en favorecer o facilitar el consumo de drogas, por lo que, conforme a la literalidad del art. 368 CP, al sujeto infractor se le podría considerar autor de tráfico de drogas. Sin embargo, conforme a la doctrina del «favorecimiento del favorecedor» que expuse en un epígrafe anterior, puede sostenerse que se trata de uno de esos casos excepcionales en los que la conducta del sujeto, más que favorecer directamente al tráfico de drogas, favorece al favorecedor de dicho tráfico, por lo que podría considerarse al sujeto que la lleva a cabo un mero cómplice del delito. Así lo parece considerar Gómez Tomillo (2019, 290) cuando afirma que la conducta tipificada en el art. 36.17 LOPSC «cuanto menos, implica complicidad en el delito del artículo 368 CP». La cuestión es: ¿pueden aplicarse ambos preceptos simultáneamente para castigar al sujeto que lleva a cabo dicha conducta? Y si no es así, ¿en qué casos procederá sancionarlo administrativamente y en qué supuestos castigarlo penalmente como cómplice, o incluso autor, de un delito de tráfico de drogas?

Como puede deducirse de lo explicado hasta ahora, la diferencia fundamental entre la infracción y el delito radica en el bien jurídico protegido en ambos preceptos: la seguridad ciudadana y la salud pública. Como consecuencia, podría considerarse que cuando un sujeto traslada a otra persona para facilitarle el acceso a drogas está cometiendo dos ilícitos distintos. La infracción administrativa, poniendo en riesgo la seguridad ciudadana, y el delito, al contribuir al deterioro de la salud pública. Sin embargo, la LOPSC impide extraer esta conclusión. Su art. 36.17 LOPSC delimita la conducta típica constitutiva de la infracción mediante la cláusula «siempre que no constituya delito». Por lo tanto, aunque el art. 36.17 LOPSC y el art. 368 CP salvaguardan bienes jurídicos diferentes, lo que podría llevar a sostener que puedan aplicarse ambos sin vulnerar el principio *non bis in idem*, es imposible que se produzca un concurso de delito e infracción, pues se trata de ilícitos que se excluyen entre sí: o se comete la infracción administrativa o se comete el delito. Resta por resolver cuándo se debe apreciar la comisión de la infracción administrativa y en qué casos la conducta del sujeto requiere un reproche penal.

En un epígrafe anterior aclaré que para considerar cometido el delito de tráfico de drogas es necesario apreciar el concurso del corpus (la tenencia de la droga) y el *animus* (el sujeto debía actuar con la finalidad de traficar o de favorecer el tráfico). Pues bien, como consecuencia de ello, creo que la

frontera entre la infracción del art. 36.17 LOPSC y el delito del art. 368 CP reside precisamente en estos dos elementos. Si el sujeto realiza el traslado con la intención de contribuir al tráfico o promoción del consumo de drogas y con un previo concierto con el autor del delito (que será el sujeto que dispondrá de la droga), estará cometiendo el delito de tráfico de drogas, seguramente en grado de complicidad y no de autoría siguiendo la doctrina del «favorecimiento del favorecedor». Pero si el sujeto realiza el traslado por petición del adquirente, con una mera finalidad lucrativa, para ganar algún dinero por el trayecto, entonces no podrá considerársele reo del delito, sino responsable (autor) de la infracción que tipifica el art. 36.17 LOPSC.

En resumidas cuentas, creo que, si el traslado se realiza por petición del traficante, constituye complicidad del delito de tráfico de drogas, mientras que, si se realiza a petición del consumidor que desea comprar, constituye infracción administrativa de la LOPSC. En este último caso, aunque conforme a una interpretación literal del art. 368 CP podría apreciarse delito, entiendo que la conducta del sujeto carece de la gravedad necesaria para ello, pues, aunque materialmente facilita el consumo de drogas, la intención no es facilitar el consumo de este tipo de sustancias a un número indeterminado de personas, con el perjuicio que ello conlleva para la salud pública, sino trasladar a personas para que puedan comprar droga para su autoconsumo a cambio de dinero.

En la práctica, si la Administración tiene conocimiento de que un sujeto se dedica a trasladar personas para facilitarles el acceso a drogas tóxicas, tendrá que dar cuenta a la jurisdicción penal, sin iniciar siquiera un procedimiento sancionador, y esperar el pronunciamiento del juez¹⁸. Así lo declara en el sector específico de la seguridad ciudadana el art. 45.2 LOPSC¹⁹. Si la sentencia condena el hecho, la Administración ya no podrá hacer nada. No porque lo impida el principio *non bis in idem*, que aquí no entra en juego por no surgir un concurso de normas²⁰, sino porque, una vez acreditado que la

¹⁸ Esta necesidad de suspensión del procedimiento administrativo sancionador ha sido incluso calificada en alguna ocasión como principio general del Derecho por el Tribunal Supremo (STS de 23 de enero de 2004, RJ 2004\563).

¹⁹ Art. 45.2 LOPSC: «En los supuestos en que las conductas pudieran ser constitutivas de delito, el órgano administrativo pasará el tanto de culpa a la autoridad judicial o al Ministerio Fiscal y se abstendrá de seguir el procedimiento sancionador mientras la autoridad judicial no dicte sentencia firme o resolución que de otro modo ponga fin al procedimiento penal, o el Ministerio Fiscal no acuerde la improcedencia de iniciar o proseguir las actuaciones en vía penal, quedando hasta entonces interrumpido el plazo de prescripción. La autoridad judicial y el Ministerio Fiscal comunicarán al órgano administrativo la resolución o acuerdo que hubieran adoptado».

²⁰ El concurso de normas punitivas se produce cuando un determinado comportamiento realiza el supuesto de hecho de dos o más normas sancionadoras, o lo que es lo

conducta es constitutiva de delito deja automáticamente de ser infracción administrativa, dada la dicción literal del art. 36.17 LOPSC. Pero si la sentencia declara que el hecho no es constitutivo de delito, entonces la Administración podrá, en ciertos casos y respetando siempre la declaración de hechos probados de la sentencia penal (art. 77.4 LPAC), continuar la tramitación del procedimiento e imponer la sanción que corresponda. Esto último también lo prevé la LOPSC en su art. 45.3²¹.

Lo que está claro es que la tipificación de esta infracción debe ser bienvenida, pues permite garantizar la proporcionalidad de la respuesta punitiva del Estado²². No podría decirse que la *ratio legis* del precepto descansa en el principio de *ultima ratio* o intervención mínima (que bien entendido no es solo del Derecho Penal, sino del *ius puniendi* en general²³) porque, aunque es cierto que se suprime el reproche penal, la conducta lejos de despenalizarse se ha tipificado como infracción administrativa grave. Aun así, como digo, su previsión como ilícito en la LOPSC debe valorarse porque contribuye a una mayor proporcionalidad de los castigos y a una mayor seguridad jurídica en este ámbito, donde era necesaria dada la amplia y difusa redacción del tipo del art. 368 CP.

V. CONCLUSIONES

La tipificación de la infracción administrativa del art. 36.17 LOPSC ha conllevado una reducción del ámbito de aplicación del delito de tráfico de

mismo, cuando dos o más normas sancionadoras tipifican el mismo ilícito. A este respecto, vid. Alarcón Sotomayor 2008, 53 y Cano Campos 2001, 212-213.

²¹ Art. 45.3 LOPSC: «De no haberse estimado la existencia de ilícito penal, o en el caso de haberse dictado resolución de otro tipo que ponga fin al procedimiento penal, podrá iniciarse o proseguir el procedimiento sancionador. En todo caso, el órgano administrativo quedará vinculado por los hechos declarados probados en vía judicial».

²² A este respecto, vid. Díez Ripollés 2005, 210-212.

²³ En este sentido, Alarcón Sotomayor (2014, 159) explica que «la intervención mínima debería predicarse de todo el Derecho punitivo: del penal y del administrativo sancionador. Con ello, la *ultima ratio* no sería únicamente lo penal, sino lo punitivo en general. Así sí puede defenderse la intervención mínima y su consagración constitucional: como principio limitador del *ius puniendi* estatal considerado en su conjunto. Distinto es, por supuesto, que los castigos más graves consistentes en privación de libertad hayan de ser, a su vez, la *ultima ratio* de lo punitivo y que eso, en tanto que reservado al Derecho penal (art. 25.3 CE), le atribuye a éste los ilícitos más reprochables. Así quizá pueda decirse que ese Derecho penal especialmente severo es la *ultima ratio* y que el de los castigos más livianos, incluidos los del Derecho administrativo sancionador, es, si así se puede decir, la *penúltima ratio*. Pero, a igualdad de gravedad en los castigos, el principio de intervención mínima no debe entenderse como justificación para la atribución de la competencia a las autoridades administrativas en detrimento de las judiciales».

drogas que debe ser bienvenida por ser coherente con el principio de proporcionalidad. Actualmente, aquellos sujetos que colaboran indirectamente en el desarrollo del delito de tráfico de drogas trasladando a las personas que desean adquirir algunas cantidades para su consumo, no estarán incurriendo en el delito del art. 368 CP, ni siquiera en su modalidad de complicidad, sino que simplemente estarán cometiendo la infracción administrativa prevista en el art. 36.16 LOPSC. Obviamente, esto es así salvo que la finalidad perseguida por el sujeto sea coadyuvar directamente a la comisión de este delito mediante un acuerdo de voluntades con los autores del mismo. En este caso, el sujeto estará siendo partícipe, o incluso autor, de delito de tráfico de drogas. En definitiva, o concurre en el sujeto el *animus* de contribuir al tráfico o promoción del consumo de drogas, en cuyo caso estará cometiendo el delito, seguramente en grado de complicidad, o no concurre y estará llevando a cabo el ilícito administrativo.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía. 2014. «Los confines de las sanciones: en busca de la frontera entre Derecho Penal y Derecho Administrativo sancionador». *Revista de Administración Pública*, n.º 195: pp. 135-167.
- 2008. *La garantía non bis in idem y el procedimiento administrativo sancionador*. Madrid: Iustel.
- ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier (Dir.). 2009. *El delito de tráfico de drogas*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- PEDREIRA GONZÁLEZ, Félix. 2009. «El tipo básico». En *El delito de tráfico de drogas*, dirigida por ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier, pp. 21-65. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- BERRIATÚA SAN SEBASTIÁN, Javier. 1995. «Aproximación al concepto de seguridad ciudadana». *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 41: pp. 737-760.
- CANO CAMPOS, Tomás. 2001. «*Non bis in idem*, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en Derecho Administrativo sancionador». *Revista de Administración Pública*, n.º 156: pp. 191-249.
- CÓRDOBA RODA, Juan y GARCÍA ARÁN, Mercedes (Dir.). 2004. *Comentarios al Código Penal: Parte Especial, Tomo II*. Madrid: Marcial Pons.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. 2005. «El control penal del abuso de drogas: una valoración político-criminal». *Revista de Derecho*, vol. 18, n.º 1: pp. 199-212.
- FELJÓO SÁNCHEZ, Bernardo. 1997. «Artículo 368». En *Comentarios al Código Penal*, dirigida por RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, pp. 1012-1021. Madrid: Civitas.
- GÓMEZ TOMILLO, Manuel. 2019. «Seguridad ciudadana, descriminalización y garantías». En *Estudios sobre la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana*, dirigida por IZQUIERDO CARRASCO, Manuel y ALARCÓN SOTOMAYOR, Lucía, pp. 279-299. Navarra: Aranzadi.
- MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli. 2003. «Venta de cantidades mínimas de droga: insignificancia y proporcionalidad. Bien jurídico y (des)protección de menores

- e incapaces». *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 56, 1: pp. 45-112.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. 2009. *Derecho Penal Parte Especial*, 17ª Edición. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- REBOLLO PUIG, Manuel. 2014. «Responsabilidad de los autores de las infracciones y de los partícipes». *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 99-100: pp. 2527-2546.
- REY HUIDOBRO, Luis Fernando. 1999. *El delito de tráfico de drogas: aspectos penales y procesales*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- SEQUEROS SAZATORNIL, Fernando. 2015. «Artículo 368». En *Comentarios prácticos al Código Penal, Tomo IV*, dirigido por GÓMEZ TOMILLO, Manuel, pp. 399-424. Navarra: Aranzadi.

EL DERECHO DE HUELGA EN LA ERA DIGITAL: EL ESQUIROLAJE TECNOLÓGICO

The right to strike in the digital age: technological strikebreaking

Beatriz Sánchez-Girón Martínez

Graduada en Derecho y Relaciones Laborales por la UCM y estudiante de máster en la UC3M

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-69\(1\)-2021pp85-93](http://dx.doi.org/10.18543/ed-69(1)-2021pp85-93)

Recibido: 04.02.2021

Aceptado: 18.06.2021

Resumen

Es de aceptación generalizada que las nuevas tecnologías y la digitalización están cambiando el marco de las relaciones laborales. El derecho fundamental de huelga, un derecho peculiar en cuanto a su reconocimiento constitucional y su escasa regulación, también se ha visto afectado por estos cambios. Las nuevas herramientas proveen al empresario de una mayor cantidad de instrumentos para controlar la organización empresarial y al propio trabajador. En este contexto garantizar el reconocimiento y ejercicio de los derechos fundamentales se hace imprescindible a la vez que complicado. Prueba de ello es el caso del esquirolaje tecnológico: si bien el esquirolaje tradicional ha sido prohibido en la medida en que atenta contra el fin de la huelga, el esquirolaje tecnológico encuentra justificación por no estar referido a trabajadores, si no a elementos tecnológicos. Atendiendo a casos concretos, los tribunales han dado respuestas a los problemas que origina el esquirolaje tecnológico apoyándose en una ponderación entre el ejercicio de un derecho fundamental y el poder organizativo empresarial. El poder del empresario ha crecido frente a las huelgas, lo que hace que se requiera un esfuerzo legislativo moderno para seguir protegiendo el derecho de huelga.

Palabras clave

huelga, esquirolaje tecnológico, poder empresarial, derecho fundamental.

Abstract

It is said that the technology and the digitalisation are changing the labour relation's framework. The fundamental principle of the right to strike, unique because although it is enshrined in the Constitution, its legal development is slight, has also been affected by these transformations. Due to the new tools, employers could have a higher control of the production and of the workers. In this context, to guarantee the recognition and effective exercise of the fundamental rights is an essential requirement, but complex as well. Strike-breaking using technology is an example of this: generally speaking, traditional strike-breaking has been banned, however technological strike-breaking could be more easily justified because it is not affecting workers. The case law shows how the Courts have weight the enjoyment of the fundamental right and the business powers in order to ascertain if the strikes are proportional. The power of the employer has grown, especially in the control of strikes, which means that a modern legislative effort is required to continue protecting the right to strike

Keywords

strike, strike-breaking, business power, fundamental right.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: EL NUEVO ESCENARIO DE LA HUELGA. II. EL ESQUIROLAJE: ESPECIAL MENCIÓN AL ESQUIROLAJE TECNOLÓGICO. III. EL ESQUIROLAJE TECNOLÓGICO EN LA JURISPRUDENCIA. IV. CONCLUSIONES. V. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN: EL NUEVO ESCENARIO DE LA HUELGA

La huelga es, por excelencia la medida de conflicto colectivo de los trabajadores, y goza de reconocimiento constitucional porque es un pilar básico en un Estado Social Democrático (MERCADER). Desde finales del siglo XVIII, la huelga, ha sido utilizada por los trabajadores como instrumento de reivindicación ante su empobrecimiento generalizado a consecuencia de la revolución industrial. No obstante, ha recorrido un tortuoso camino, que comienza con su penalización y tipificación como delito, hasta que finalmente se ha reconocido como derecho fundamental. La historia de la huelga exige prestar atención al pasado, a las circunstancias políticas, sociales y económicas de cada momento, y como no podría ser menos, hoy el uso de las nuevas tecnologías también hace que su ejercicio sea muy diferente a lo que ha sido en épocas anteriores.

La Constitución en su artículo 28.2 reconoce de una manera genérica el derecho a la huelga de los trabajadores, dejando su regulación en manos de una Ley Orgánica aún todavía hoy inexistente. De la doctrina académica y de la jurisprudencia (STC 11/1981) podemos afirmar que la huelga consiste en la interrupción de la prestación de trabajo pactada y coordinada colectivamente por los trabajadores por cuenta ajena, de ahí que sea un derecho de titularidad colectiva, aunque sea individual la decisión de cada uno de unirse o no a la huelga, para la defensa de sus intereses, ocasionando perjuicio a la empresa para que ésta ceda ante las presiones y reconozca las peticiones de estos trabajadores. Gracias al RDLRT (RDL 17/1977, de 4 de marzo sobre relaciones de trabajo) y a la jurisprudencia, especialmente las apreciaciones realizadas del pronunciamiento STC 11/1981, es posible aproximarse hacia un completo contenido jurídico del derecho de huelga con una definición, titularidad, condiciones de su ejercicio y consecuencias del mismo.

La introducción de las nuevas tecnologías en la empresa ha cambiado, entre otros muchos aspectos, la forma de prestación del trabajo pues además de mejorar la eficiencia, ha permitido que el empresario pueda someter a sus trabajadores a los intereses productivos en cualquier lugar y momento, incluso fuera del espacio y tiempo de trabajo, es el empresario panóptico, según el Prof. Mercader. La digitalización de la empresa incrementa el poder de dirección y control empresarial y, en consecuencia, coloca al trabajador en una posición de mayor vulnerabilidad. El uso de dispositivos tecnológicos

para desempeñar las tareas ha hecho que, frecuentemente, el trabajador acabe siendo sustituido por ellos. Precisamente por estas razones, la huelga no se ha mostrado ajena a la nueva realidad y su regulación jurídica ha quedado obsoleta. Son muchas las voces que alertan de que la era digital pone en difícil protección los derechos de los trabajadores, sin ir más lejos la ONU ha defendido que «es fundamental que estas personas puedan disfrutar de todos sus derechos humanos, entre otros el derecho a la afiliación sindical y a la huelga. En determinados casos, el ejercicio de esos derechos puede poner coto a los excesos de las empresas¹.»

Llegados a este punto, es imprescindible hacerse preguntas: ¿Qué papel juega la huelga si los puestos de trabajo están más deshumanizados que nunca? ¿Qué perjuicio empresarial provocará la ausencia de trabajadores si las tareas están mecanizadas, digitalizadas y automatizadas? ¿Qué sentido tiene la huelga si fácilmente los trabajadores pueden ser sustituidos por herramientas tecnológicas?

II. EL ESQUIROLAJE: ESPECIAL MENCIÓN AL ESQUIROLAJE TECNOLÓGICO

Los límites y condiciones del derecho de huelga han sido trazados por el RDLRT y por la jurisprudencia. Por un lado, los trabajadores se prohíben las huelgas ilegales (art.11 RDLRT) y huelgas abusivas (art. 7.2 RDLRT), lo que se resume en que éstas deben guardar proporcionalidad entre el interés defendido y el perjuicio causado, pues los daños huelguísticos siempre deben ser razonables (STC 123/1992). En el lado opuesto, si nos situamos en el lado empresarial, el mismo RDL en su artículo sexto indica que la sustitución de trabajadores que acuden a la huelga por trabajadores ajenos a la empresa no está permitida, es el llamado esquirolaje externo. La doctrina jurisprudencial ha señalado también la ilicitud del esquirolaje interno, la sustitución de trabajadores en huelga ahora por trabajadores de la empresa encargándoles tareas que no les corresponderían trasladándoles de su centro de trabajo. El esquirolaje vulnera el derecho de huelga en tanto que lo vacía de su contenido, aminorando la presión pretendida sobre el empresario. De la misma manera, el esquirolaje interno podría suponer un ejercicio abusivo de los poderes empresariales. Primero, si se trata de un cambio de las funciones de los trabajadores podría desbordar los supuestos del *ius variandi* empresarial, por imponer modificaciones de las condiciones de trabajo sin causa alguna. Recordemos que para realizar un cambio de funciones fuera del grupo

¹ *Derechos humanos en la era digital. ¿Pueden marcar la diferencia?*

Discurso programático de Michelle Bachelet, Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Japan Society, Nueva York, 17 de octubre de 2019

profesional o un traslado siempre que sea temporal, es necesario que existan razones técnicas y organizativas para ello (art. 39 ET) donde no cabría el paliar los efectos de la huelga; y que, por otro lado, la modificación sustancial de las condiciones de trabajo exige un procedimiento regulado en el art. 41 ET. En segundo lugar, si lo que se pretende es un cambio de centro de trabajo, también exige fundadas razones económicas, técnicas, organizativas o productivas.

Como hemos visto, la era digital y tecnológica imponen nuevos retos a la huelga que tradicionalmente se conocía, y el esquirolaje tecnológico, tema central de las siguientes páginas, es uno de ellos. Brevemente, el Tribunal Supremo lo define como «la sustitución de medios humanos por medios mecánicos y automáticos durante la huelga» (STS de 5 de diciembre de 2012)». Es un ejemplo más de cómo los avances tecnológicos originan problemas para los cuales no existe todavía previsión en la regulación normativa, obligando a una modernización del Derecho del Trabajo que ya llega tarde. De hecho, la Profesora Gordillo ha dicho, textualmente que existe «obsolescencia del derecho de huelga en nuestro ordenamiento jurídico». Son nuestros Tribunales quienes tienen que hacer una labor de aplicación e interpretación para adecuar la norma a las nuevas realidades de este mundo tan cambiante.

El establecimiento de los límites en el ejercicio del esquirolaje tecnológico además ha puesto sobre la mesa dos interesantes debates: uno relacionado con el derecho a la libertad empresarial y otro con el poder organizativo empresarial (*ius variandi*). Las nuevas tecnologías están amenazando los puestos de trabajo porque el empresario está sustituyendo el trabajo humano por máquinas en aras de aumentar la productividad y la eficacia; algo perfectamente posible por el derecho a la libertad de empresa (art 38 CE). En el caso del esquirolaje tecnológico el objetivo perseguido es sustancialmente diferente: ahora la sustitución de trabajadores se hará de manera temporal, y no definitiva, con el objetivo de evitar los perjuicios que una huelga pudiera ocasionar. En consecuencia, se plantea si podría o no quedar amparado por la libertad de empresa, pues lo que realmente se está tratando de conseguir es una aminoración del impacto del fenómeno huelguístico, práctica que, como ya hemos visto, la jurisprudencia ha considerado ilícita. No obstante, el derecho de huelga no es un derecho de resultado, recuerda el TSJ de Madrid (STSJ Madrid, 23 de julio de 2012), así que «es legítimo, por tanto, que los empresarios traten de atenuar las consecuencias de la huelga mediante aquellos medios de los que dispongan, y siempre que ello se realice mediante conductas lícitas». Fijar los límites en el uso de los medios tecnológicos para no anular el derecho de huelga es una tarea compleja a la que se han enfrentado nuestros tribunales sin tener un criterio armonizado entre los Jueces y Magistrados, como veremos a continuación.

En segundo lugar, en el caso del esquirolaje tradicional quedaba claro que la asignación a los trabajadores internos de tareas diferentes a las pactadas en su contrato de trabajo constituía una modificación sustancial de las condiciones de trabajo y por lo tanto era una extralimitación del *ius variandi* del empresario. Cuando nos referimos al esquirolaje tecnológico realmente no se está produciendo ninguna alteración en las condiciones contractuales de trabajo, sino que estamos frente a meras decisiones empresariales organizativas (TASCÓN LÓPEZ).

III. EL ESQUIROLAJE TECNOLÓGICO EN LA JURISPRUDENCIA

Como es lógico, resulta más fácil sustituir la labor de los trabajadores en empresas tecnológicas que en aquellas donde el factor humano es imprescindible. El sector que por excelencia ha sufrido las consecuencias del esquirolaje tecnológico, como veremos a continuación, es el audiovisual. La respuesta jurisprudencial a este reciente fenómeno, lejos de ser homogénea, se ha ido conformando a lo largo del tiempo, y la postura de nuestros Tribunales, Supremo y Constitucional hoy no es la misma que la que se adoptó inicialmente. Los pronunciamientos son producto de unas concretas circunstancias que dificultan la construcción de una doctrina general y unitaria.

En un primer momento se decretó la licitud del esquirolaje tecnológico por el TS estableciendo una relación directa el esquirolaje interno: si la empresa emplea los medios técnicos que habitualmente dispone y no ha tenido que adquirir nuevos, y ha empleado a trabajadores con los que ya contaba sin tener que contratar nuevos, no se lesiona el derecho de huelga (STS de 11 de junio de 2012). En este caso, la televisión pública vasca emitió una programación automáticamente pregrabada durante una huelga general. El fallo de esta sentencia viene acompañado de un voto particular incidiendo en que esta práctica sí puede limitar la trascendencia de la huelga en este tipo de empresas y no debería ser legal (Magistrado Excmo. Sr. D. Manuel Ramón Alarcón en la STS 11 de junio de 2012).

Sin embargo, poco tiempo después se planteó un problema muy similar y el TS cambió totalmente su parecer, explicando que se está reduciendo la repercusión la huelga si se emite programación pregrabada, respondiendo así a las críticas que se habían expuesto en el voto particular de la sentencia anterior. En la STS de 5 de diciembre de 2012 se dice que se lesiona el derecho de huelga cuando se realizan actividades más allá de lo decretado como servicio mínimo o «cuando el objetivo sea impedir la eficacia del derecho de huelga» y ésta además de por medios humanos «sea por medio mecánicos o tecnológicos» porque «priva materialmente a los trabajadores de su derecho fundamental, vaciando de su contenido esencial el derecho de huelga».

El TC se pronunció con relación a la licitud del esquirolaje tecnológico en la STC 17/2017 de 2 febrero, única en esta materia. Se plantea un recurso de amparo alegando una vulneración del derecho de huelga por el sindicato CGT en Telemadrid, con ocasión de una huelga general en la que dicha cadena de televisión emitió un partido de fútbol. CGT entiende que la se sabotó así la huelga quedando frustrada su finalidad reivindicativa. El TC responde con una interesante matización, explicando que la utilización de medios con los que dispone la empresa, aunque no sean lo que emplea habitualmente es lícita. En este caso, las funciones de los trabajadores que no secundan la huelga no son diferentes a las que vienen desarrollando y por lo tanto no hay esquirolaje interno. De la misma manera, tampoco hay esquirolaje tecnológico porque, aunque los medios que se emplearon para la emisión del partido de fútbol solo se requieren en situaciones excepcionales, son medios técnicos con los que ya contaba la empresa.

En relación con este asunto, el Magistrado Excmo. Sr. D. Fernando Valdés Dal-Ré emite un voto particular en el que muestra especialmente duro con el fallo del TC, a quien acusa de «no garantizar una protección efectiva de la integridad de los derechos fundamentales» pues la aplicación del artículo 28 CE, relativo al derecho de huelga, se hace con una perspectiva limitativa. Acusa al TC de simplificar los hechos de tal manera que no encuentra la vulneración del derecho de huelga que a sus ojos es evidente. Exige, en una correcta apreciación en mi opinión acertada, que este Tribunal se mantenga sensible y abierto a los cambios tecnológicos y los tenga en cuenta para esbozar su la protección que otorga a los derechos fundamentales.

Las cuestiones relativas a este género no se agotan aquí. Salvo error por mi parte, el último pronunciamiento del TS es de hace pocos meses, es en un proceso de unificación de doctrina que, aunque rechazó, son evidencia de que la problemática en torno al esquirolaje tecnológico está a la orden del día (TS Auto de 8 de septiembre de 2020).

Finalmente, se hace obligatorio considerar que supone la actitud adoptada por nuestros tribunales. Cuando se alega una vulneración del derecho fundamental de la huelga, el procedimiento exige una inversión de la carga de prueba: mediante indicios razonables los trabajadores demandantes alegan la vulneración y, es la parte demandante quien tiene que probar que su actuación obedece a fines productivos alejas de la pretendida vulneración del derecho de huelga. La falta de prohibición expresa del esquirolaje interno dejan un amplio margen de actuación al empresario, pues actos que podrían considerarse lesivos ahora han encontrado justificación. Si la empresa emplea sus propios medios y a sus trabajadores, igual que no se puede considerar como una práctica ilícita de esquirolaje interno, tampoco cabe hacerlo como esquirolaje tecnológico. En definitiva, la libertad de empresa parece prevalecer sobre el derecho fundamental de huelga.

Cuestión diferente que para terminar estas páginas hay que mencionar por ser una consecuencia típica de las empresas actuales es qué ocurre con la huelga y las redes de empresas o empresas descentralizadas. Cuando nos encontramos con grupos de empresas que tienen a su vez diferentes empresas, o centros de trabajo, o empresas que han subcontratado sus actividades con otras, el ejercicio de huelga se hace aún más difícil. En estos casos, el impacto de la huelga es mínimo porque, bien la empresa cuenta con otros centros donde continuar la producción, bien se trata de un entramado de empresas conectadas que cuentan con pocos trabajadores y cuyas tareas son fácilmente sustituibles. El TS (STS 3 de octubre de 2018) si ha catalogado como esquirolaje ilícito acudir a otra empresa contratista para sustituir las actividades laborales de una contrata que está en huelga. Sin embargo, lo que se pone de manifiesto es que la configuración del derecho de huelga tradicional no se adapta a las «nuevas realidades empresariales», en palabras del profesor Goerlich.

IV. CONCLUSIONES

La huelga ha sido y sigue siendo uno de los instrumentos más valiosos con los que los trabajadores cuentan para defender sus derechos y lograr mejoras en sus condiciones laborales. Su regulación hoy continúa siendo escasa, sujeta las decisiones jurisprudenciales que fijan los límites de su ejercicio y que deben ser adaptadas a la realidad del momento.

La introducción de las nuevas tecnologías ha cambiado el desarrollo de las relaciones laborales. El esquirolaje tecnológico es una nueva herramienta empresarial que puede reducir el éxito de las huelgas y dificultar su ejercicio. Por ello, el derecho de huelga no puede ser ajeno a este fenómeno para el que se necesita una respuesta jurídica porque con el paso del tiempo es muy probable que los problemas que hoy se plantean crezcan. Hasta la fecha, la doctrina constitucional ha aceptado el esquirolaje tecnológico interno, pero no se ha pronunciado acerca del esquirolaje tecnológico externo.

Es importante reforzar el derecho de huelga para que continúe resultando útil como arma de defensa de los intereses de trabajadores. Esto requiere no ignorar la realidad que nos brida el avance tecnológico que, aunque provoca importantes y positivos cambios productivos también aumenta el poder empresarial de manera abusiva respecto de los intereses de los trabajadores. Las respuestas de nuestros tribunales han sido claramente restrictivas y desvirtúan el contenido de la huelga. La doctrina general ha realizado una ponderación entre los poderes empresariales y los derechos fundamentales, apelando a la proporcionalidad en el derecho de huelga. Por ello precisamente, a mi juicio, estimo que la protección de este derecho pasa necesariamente por reforzar los controles empresariales. La definición de esquirolaje

interno y externo necesita de una relectura adaptada a cada caso concreto que tenga como bandera la protección de la eficacia del derecho de huelga como derecho fundamental amparado por nuestra carta magna.

V. BIBLIOGRAFÍA

- CORDERO GORDILLO, Vanessa, La sustitución de los trabajadores huelguistas por medios tecnológicos. *Lex Social: revista jurídica de los Derechos Sociales*, vol. 9, nº 1. 2019.
- GOERLICH PESET, José María, Ejercicio del derecho de huelga en el contexto de la descentralización productiva. *XXVII Congreso AEDTSS*. Santiago de Compostela, 2018.
- MONTOYA MELGAR, Alfredo, *Derecho del trabajo (37ª)*. Tecnos, Madrid, 2016.
- MERCADER UGUINA, Jesús R. *Derechos fundamentales de los trabajadores y nuevas tecnologías: ¿hacia una empresa panóptica?»*, Tirant lo blanch, Valencia, 2017.
- MERCADER UGUINA, Jesús R., de la PUEBLA PINILLA, Ana, GÓMEZ ABELLEIRA, Francisco Javier, *Lecciones de derecho del trabajo (9ª, Ser. Manuales)*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017.
- TASCÓN LÓPEZ, Rodrigo, & FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, José Julio, *El esquirolaje tecnológico*, Aranzadi-Thomson Reuters, Madrid, 2018.
- TOSCANI GIMÉNEZ, Daniel, Observatorio temático de jurisprudencia La prohibición de esquirolaje durante la huelga con especial mención al esquirolaje tecnológico. *Trabajo y Derecho*, nº 30, 2017.

EL CONTROL DE LA ACTIVIDAD PARLAMENTARIA COMO GARANTÍA DEL SISTEMA CONSTITUCIONAL

*The control of parliamentary activity as a guarantee of the
constitutional system*

Jesús López de Lerma Galán¹
Profesor Derecho Constitucional
Universidad Rey Juan Carlos

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-69\(1\)-2021pp95-125](http://dx.doi.org/10.18543/ed-69(1)-2021pp95-125)

Recibido: 12.01.2021

Aceptado: 18.06.2021

Resumen

El control parlamentario es núcleo esencial del Estado constitucional, dentro de un sistema de vigilancia, evaluación y fiscalización de la acción del Gobierno. Esta investigación denuncia las contradicciones de los sistemas de control en una nueva interpretación de los «acta interna corporis», exponiendo las diferencias axiológicas de los derechos de los parlamentarios. Además, se estudia cómo se produce ese papel garante que el Parlamento debe adoptar, desde una perspectiva de Derecho Comparado dentro de las propuestas que formulan otros ordenamientos jurídicos. Para este

¹ Profesor Contratado Doctor interino, acreditado por la ANECA, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Rey Juan Carlos. Edificio Departamental. Paseo de los Astilleros s/n 28032. Madrid. Código orcid 0000-0002-4111-2020. Dirección correo electrónico jesus.lopezdelerma@urjc.es. Este artículo se encuentra vinculado al proyecto de investigación «Democracia y solidaridad en las integraciones económicas» (DER2017-83596-R), financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades. IPI: José Luis García Guerrero, Catedrático de Derecho Constitucional Universidad de Castilla-La Mancha (UCLM), IPII: M.^a Luz Martínez Alarcón., Profesora Titular de Derecho Constitucional Universidad de Castilla-La Mancha (UCLM).

estudio se ha realizado una revisión de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, con especial atención a los conflictos con los instrumentos de control.

Palabras claves

Control parlamentario, tutela judicial, Parlamento, instrumento de control, comisión de investigación.

Abstract

Parliamentary control is the essential nucleus of the constitutional State, within a system of surveillance, evaluation and supervision of the government's action. This research denounces the contradictions of the control systems in a new interpretation of the «acta interna corporis», exposing the axiological differences of the rights of parliamentarians. In addition, it is studied how the guarantor role that Parliament must adopt is produced, from a Comparative Law perspective, within the proposals made by other legal systems. To carry out this study, a review of the jurisprudence of the Constitutional Court has been carried out, with special attention to conflicts with control instruments.

Keywords

Parliamentary control, judicial protection, Parliament, control instrument, commission of inquiry.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL CONTROL PARLAMENTARIO COMO NÚCLEO ESENCIAL DEL ESTADO CONSTITUCIONAL. 1. *Naturaleza política del control parlamentario*. 2. *El control parlamentario en el sistema democrático*. 3. *El control parlamentario en el Derecho Comparado. La posición de Italia y Alemania*. III. LOS SISTEMAS DE CONTROL PARLAMENTARIO. 1. *La actividad parlamentaria interna como objeto de control de constitucionalidad. La teoría de los actos internos corporis*. 2. *El Tribunal Constitucional como garante del estatus parlamentario*. 3. *La supervisión de los instrumentos de control*. IV. CONCLUSIONES. V. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

En los orígenes del constitucionalismo siempre se ha señalado que una de las funciones esenciales de la Constitución es limitar el poder público. Las tendencias liberales asignaron diferentes formas de control, así se puede encontrar el control-equilibrio construido a partir de una interpretación del sistema británico basado en el *statute law*, en el que la garantía de libertad se lograba a través de sutiles juegos de fuerzas entre los órganos estatales. Será a partir de la Revolución francesa, donde la idea de equilibrio constitucional es sustituida por el control-sujeción, ejercido por el Parlamento². La función de control debe distribuirse entre los detentadores del poder, estableciéndose un control ejercido por unas instituciones responsables, en el que la supremacía de la Constitución se erige en el elemento esencial de un sistema integral de controles políticos³. El control parlamentario parte de una concepción, que se ubica en la democracia constitucional como un sistema de controles entre órganos, que busca asegurar la confianza de los ciudadanos en las instituciones. Con ello se pretende evitar abusos, así como irregularidades y arbitrariedades de los poderes públicos⁴, esto exige un ejercicio transparente de tal modo que se pueda evaluar la gestión del Ejecutivo⁵. Ese control se ha venido identificado como la actividad de vigilancia, exposición, discusión y evaluación de la acción gubernamental en sede parlamentaria, protagonizado por

² FERNÁNDEZ SARASOLA, I., «El control parlamentario y su regulación en el ordenamiento jurídico español», *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 20, núm. 60, 2000, pp. 89-90.

³ LOEWENSTEIN, K., *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1979, p. 69.

⁴ GARCÍA ROCA, J., «Control parlamentario y convergencia entre presidencialismo y parlamentarismo», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 38, 2016, p. 62.

⁵ *Vid.* GOIG MARTÍNEZ, Juan M., «Transparencia y corrupción. La percepción social ante comportamientos corruptos», *Revista de Derecho UNED*, núm. 17, 2015, pp. 73– 107.

las minorías de la oposición⁶, de ahí su relevancia en los sistemas constitucionales y democráticos.

Entre las diversas clases de control es posible distinguir, tal y como destaca Aragón, el control jurídico, político y social. En el control jurídico el derecho lo es todo, exigiendo un canon de valoración, que impone un tipo de razonamiento, regula el procedimiento y cuya expresión más alta es la justicia constitucional. El control político no caracteriza el canon de valoración, pero institucionaliza los instrumentos a través de los cuales el control se efectúa, siendo necesario ser concebido y garantizado como derecho. A todo ello se debe añadir el control social, en el que el derecho no regula los medios utilizados al ser un «control no institucionalizado», aunque posibilita su ejercicio a través de los derechos fundamentales⁷, dentro del esquema conformado por el Estado constitucional democrático.

El control en la actividad parlamentaria puede ser entendido desde enfoques muy distintos. Así, se puede hablar de un control garantía, que pretendería apreciar la conformidad o no de la actuación ministerial con los parámetros que el Parlamento asume como tutor, otorgando protección a unos valores predeterminados, que generan estabilidad. Otro tipo es el control-inspección, en la que esa acción controladora se extingue con la recepción de la información del órgano que controla. Frente a los anteriores, se puede citar el control-dirección, que asume que el control posee un carácter pluri-funcional, que no solo se limita a fiscalizar sino también a dirigir. También se debe incluir el control-responsabilidad, que vincula el control propiamente parlamentario con la responsabilidad política y puede provocar la destitución del Gobierno a través de mecanismos como la moción de censura, o una responsabilidad más difusa que lo único que pretende es el desgaste gubernamental⁸, mediante la acción de control.

En definitiva, de las diferentes posiciones doctrinales se puede inferir que un poder controlado es un poder limitado y eso nos hace distinguir entre limitaciones no institucionalizadas y aquellas institucionalizadas. Así es posible defender que las limitaciones institucionalizadas se corresponderían con los denominados controles sociales de carácter general y difuso como el que puede ejercer la opinión pública o los medios de comunicación, mientras que

⁶ LÓPEZ GUERRA, L., «El titular del control parlamentario», en VV. AA: *Problemas actuales del control parlamentario, VI Jornadas de Derecho Parlamentario*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1997, p. 161.

⁷ ARAGÓN REYES, M., «El control parlamentario como control político», *Revista de Derecho Político*, núm. 23, 1986, p. 37.

⁸ FERNÁNDEZ SARASOLA, I., «El control parlamentario y su regulación en el ordenamiento...», op. cit., pp. 94-96.

los controles institucionales, pueden clasificarse en políticos y jurídicos⁹, tal y como se desarrollará en esta investigación.

II. EL CONTROL PARLAMENTARIO COMO NÚCLEO ESENCIAL DEL ESTADO CONSTITUCIONAL

1. *Naturaleza política del control parlamentario*

El «control parlamentario», es un término amplio, que ha superado el concepto estricto de control ligado a las sanciones o injerencias, para extenderse a la fiscalización de la acción del gobierno, justificando la exigencia de responsabilidad política. Evidentemente, hablar de responsabilidad implica responder en sede parlamentaria, una situación que, si lo relacionamos con la teoría de la democracia representativa, debe adecuarse a la realidad de nuestros días¹⁰. Se ha de señalar que el control parlamentario más que un carácter jurídico, tiene propiamente una naturaleza política, al estar en manos de los sujetos políticos, formados por grupos y partidos, que adquieren el protagonismo en detrimento de la sociedad. En democracia el protagonismo principal reside en la sociedad, por tanto, no es bueno que esa atención se traslade exclusivamente a los partidos ni que se produzca una estatalización de la sociedad. La aparición de los partidos en la política implica la participación de unas instituciones que actúan de intermediarios entre representantes y representados y que sirven para controlar la labor de gobierno¹¹. Además, no se puede obviar que muchos de los mecanismos de control se diseñaron en un momento en el que los partidos políticos no se habían creado, lo que hace necesario que los instrumentos de control se revisen y actualicen al objeto de corregir deficiencias del sistema.

Autores como Rubio Llorente, han considerado el control parlamentario como el núcleo esencial del Estado constitucional, al entender precisamente que la Constitución no es otra cosa que un instrumento que limita el poder, garantizando así los derechos de los ciudadanos¹². Los procedimientos parlamentarios tienen carácter versátil y con diversas funciones, por ello es frecuente la presentación de enmiendas individuales, que en muchos casos no son aceptadas, pero que se utilizan como una técnica de control de las

⁹ ORTÍ BORDAS, J. M., «Consideraciones sobre el control parlamentario», en libro *Manuel Fraga: Homenaje Académico*, Vol. II, Madrid, Fundación Cánovas del Castillo, 1997, p. 1212.

¹⁰ GARCÍA ROCA, J., «Control parlamentario y convergencia...», op. cit., p. 62.

¹¹ VIDAL PRADO, C., «El derecho de participación política y la representación» en *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, núm. 96, 1996, p. 103.

¹² RUBIO LLORENTE, F., *La forma del Poder*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 243.

minorías sobre la dirección política para dar a conocer posibles excesos o errores de las mayorías. Las propias Comisiones de investigación, en ocasiones más que esclarecer los hechos lo que pretenden es dar publicidad a algunos escándalos en la acción del gobierno, que dañen su imagen pública¹³. Así, se puede hablar de «control por el Parlamento», que consiste en el control que se ejerce mediante actos que expresan la voluntad de la Cámara o en los que se impone la voluntad de la mayoría parlamentaria y, por otro lado, de «control en el Parlamento», realizado por la minoría, que pretende, la fiscalización, el desgaste o la crítica del Ejecutivo¹⁴. Si bien, hay que concretar que ese «control en el Parlamento» se manifiesta a través de diversas actividades individuales de los sujetos parlamentarios como medios de control de la minoría que pueden activarse, incluso contra la voluntad de la mayoría¹⁵. Asimismo, la rígida disciplina de los grupos parlamentarios, están modificando la forma de ejercer las funciones parlamentarias. Por ello, es determinante analizar la función de control inherente al Estado constitucional de Derecho, para que en la vida parlamentaria siga primando el principio del respeto de las minorías¹⁶, permitiendo a la ciudadanía tener una visión más crítica con la realidad social y política.

2. El control parlamentario en el sistema democrático

Entre todos los tipos de controles existentes cuya legitimidad descansa en la Constitución, debemos señalar que el control parlamentario es uno de los puntos clave de la realidad actual del régimen parlamentario y de la mayoría de las democracias contemporáneas. Esto convierte a este tipo de control como garante último de la voluntad popular, siendo de relevancia en el entramado constitucional de los regímenes parlamentarios¹⁷. El Estado social y democrático de Derecho se asienta sobre la base del sometimiento de toda la actividad pública a control y responsabilidad. Como consecuencia del sistema de confianza existente entre el Parlamento y el Ejecutivo, toda la

¹³ GARCÍA ROCA, J., «Control parlamentario y convergencia...», op. cit., p. 67-68.

¹⁴ TUR AUSINA, R., *El control parlamentario de los Decretos-leyes*, Madrid, Centro de Estudios Políticos Constitucionales, 2012, pp. 71– 72.

¹⁵ ARAGÓN REYES, M., *Constitución y control del poder*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1995, p.177.

¹⁶ ÁLVAREZ VÉLEZ, M. I., «El control parlamentario: la incertidumbre sobre el control de un Gobierno en funciones», en *Asamblea. Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 35, 2016, p. 40.

¹⁷ GARCÍA MORILLO, J., *El control del gobierno en el ordenamiento español*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1985, p. 21.

acción del Gobierno queda sometida al control de las Cortes Generales¹⁸. Lo que convierte al control parlamentario en un control político en sede parlamentaria cuyos agentes son los grupos actuantes en la Cámara. Esto es consecuencia directa del principio democrático, que establece el carácter representativo y responsable del Gobierno, cuya actuación debe ser controlada¹⁹. Además, los diferentes poderes deben ser conscientes de sus limitaciones, ejerciendo sus competencias con lealtad constitucional y respeto, de conformidad con el principio democrático, reconociendo el papel del Parlamento²⁰. Por tanto, no se puede entender los sistemas democráticos contemporáneos sin el control parlamentario de la actuación del Gobierno, y a su vez, sin el control que el Tribunal Constitucional puede ejercer frente a las Asambleas parlamentarias, puesto que de lo contrario se incurriría en situaciones de arbitrariedades y abusos de poder.

La Constitución tiene una serie de normas que pretende dotar a las Cortes de mecanismos de control sobre la actividad gubernamental y administrativa, en lo que se ha denominado bloque de poderes de control. Una iniciativa que es consecuencia directa del papel garante que el Parlamento adopta en el sistema constitucional español²¹. Los procedimientos parlamentarios se caracterizan por ser siempre multifuncionales, y eso implica que el análisis de la función de control no se reduzca a determinados procedimientos, siendo conveniente tomar como objeto la totalidad de la actuación parlamentaria²², para tener un enfoque de la actividad de control realizada.

Los modernos Estados democráticos han configurado los principios de control y responsabilidad como elementos consustanciales a la idea de democracia. Un Estado limitado, dotado de unos poderes públicos responsables, sometidos a control en sus decisiones. Un control que se ha constitucionalizado de varias formas, hasta democratizarse y sofisticarse, determinando lo que conocemos como control político²³. No obstante, la dogmática jurídica que ha

¹⁸ PAUNER CHULVI, C., «La articulación del control parlamentario sobre los espacios libres de control gubernamental: parlamento y administraciones independientes», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 19, 2007, p. 330.

¹⁹ SÁNCHEZ DE DIOS, M., «La esencia del régimen del control parlamentario del Gobierno», *Política y Sociedad*, núm. 20, 1995, p. 35.

²⁰ ÁLVAREZ CONDE, E., «El derecho constitucional y la crisis», *Revista de Derecho Político*, núm. 88, 2013, p. 119.

²¹ GARCÍA MORILLO, J., *El control del gobierno en el ordenamiento...*, op. cit., p. 130.

²² RUBIO LLORENTE, F., «El control parlamentario», *Revista Parlamentaria de Habla Hispana*, núm. 1, 1985, p. 100.

²³ MELADO LIROLA, A. I., «Los instrumentos de control parlamentario de la Ley de Presupuestos Generales del Estado», en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 19, 2007, p. 161.

servido para proporcionar una explicación coherente y racional del Estado constitucional puede resultar insuficiente respecto a las transformaciones sociopolíticas en el ámbito internacional. Además, es impensable admitir que las organizaciones supraestatales puedan prescindir de los elementos que configuran el Estado constitucional, manteniendo su vigencia en los sistemas democráticos²⁴. Por ello, los sistemas de control institucional se hacen tan necesarios e inevitables en nuestra sociedad, ante un proceso de transformación del Estado contemporáneo y su integración en la Unión Europea.

Por otro lado, a pesar de que la actividad de control tiene una naturaleza jurídica, es innegable que dicha actividad tiene una carga política, al verificar o criticar la actuación gubernamental. Así, tal y como señala López Guerra, plantear la posible existencia de ámbitos exentos de control parlamentario pugna con el carácter democrático en el que España se ha constituido, y por tanto no puede tolerarse²⁵. Hay una relación básica que une al Ejecutivo con el Parlamento, determinada en esa situación de confianza que exige de una mayoría parlamentaria para que el Gobierno pueda existir y actuar, lo que implícitamente le somete a una responsabilidad política²⁶. La mayoría necesaria para que un Gobierno pueda ejercer como tal, exige que este se someta a un control político de las Cortes Generales.

No obstante, y pese a la realidad expuesta, se debe plantear qué mecanismos jurídicos y constitucionales controlan a su vez la actividad parlamentaria, para evitar que se puedan producir arbitrariedades. La evolución del Estado liberal a un Estado social y democrático de Derecho conlleva necesariamente también un control de la actuación de las Cámaras y de los órganos que la componen, como consecuencia del sometimiento de todos los poderes públicos a la Constitución y al ordenamiento jurídico. Por tanto, aunque el artículo 72 de la Constitución española reconoce la autonomía normativa reglamentaria de las Cámaras, todo acto que surge de las Cortes Generales o de las Asambleas legislativas debe ser objeto de control judicial ordinario o constitucional²⁷. En esta línea se mantiene esta investigación que, si bien reconoce el carácter subjetivo del acto parlamentario, esto no lo exime de ser controlado.

²⁴ ÁLVAREZ CONDE, E. y LÓPEZ DE LOS MOZOS DIAZ-MADROÑERO, A. E., «Los Parlamentos nacionales y la Unión Europea: El mecanismo de alerta temprana», *Revista de Derecho Político*, núm. 65, 2006, pp. 152-153.

²⁵ LÓPEZ GUERRA, L., «La posición constitucional del Gobierno» en VV. AA: *Gobierno y Administración en la Constitución*, vol. I, Madrid, IEF, 1988, p. 30.

²⁶ SÁNCHEZ DE DIOS, M., «La esencia del régimen el control parlamentario...», op. cit., p. 36.

²⁷ VERA SANTOS, J. M., «El control en amparo de las resoluciones parlamentarias», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 43, 1998, pp. 29-30.

3. *El control parlamentario en el Derecho Comparado. La posición de Italia y Alemania*

En el control judicial se pueden distinguir dos tipos de relaciones, por un lado, la relación existente entre actividades de investigación parlamentaria y función jurisdiccional, y por otro, la derivada entre Parlamento y Poder Judicial como conjunto de órganos. Respecto al control parlamentario y las funciones jurisdiccionales, se observa que se encuentran posiciones en el Derecho Comparado que asimilan las Comisiones de investigación, en muchos de sus ámbitos de actuación, a las de la actuación judicial. Este modelo es el que se ha recogido en ordenamientos constitucionales de Italia o Alemania. Frente a ello, hay otros sistemas como es el caso español, francés o belga, en los que existe una completa separación respecto a la actuación e instrumentos de las Comisiones de investigación y las formas de actuar del Poder Judicial²⁸.

La Constitución italiana en su artículo 82 reconoce, en lo que se denomina la doctrina del paralelismo, que las Comisiones de investigación proceden en su actividad con los mismos poderes que la autoridad judicial. Sin embargo, no puede ser competencia de la Comisión otros poderes que no sean los cognitivos e instructor, ya que no podría entenderse que a un órgano parlamentario se le da la misma potestad jurisdiccional en sentido estricto que a un juez²⁹. El Derecho Constitucional Alemán, considera que las Comisiones de investigación pueden utilizar los instrumentos del Poder Judicial, así establece la posibilidad de practicar pruebas similares a determinados procesos jurídicos como el penal. Además, pueden citarse testigos, y si se niegan a declarar incluso es factible ser sancionado. Una declaración falsa realizada en una Comisión de investigación puede ser susceptible de calificarse como delito de falso testimonio y sancionado penalmente. En un sentido parecido, puede interrogarse con mayor motivo personas que desempeñen funciones públicas, incluidos los miembros de Gobierno³⁰. No obstante, esta línea doctrinal ha sido objeto de diversas interpretaciones pues las adaptaciones de las Comisiones de investigación a las exigencias de las actividades de los jueces podrían ser insuficientes para resolver todos los problemas existentes.

El modelo constitucional español al igual que el francés, establece la separación e independencia entre las instancias judiciales y las Comisiones

²⁸ MASSÓ GARROTE, M. F., *Poderes y límites de la investigación parlamentaria en el Derecho Constitucional español*, Madrid, Publicaciones del Congreso de los Diputados, 2001, p. 124.

²⁹ MORETTI, R., *Diritto Parlamentare*, Rimini, Ed. Maggioli, 1992, p. 457.

³⁰ BOGDANY, A. y FORSTHOFF, U., «El derecho de Bundestag y de sus miembros a recibir información», en VV. AA., *Los instrumentos de las Cámaras Parlamentarias*, Madrid, CEC, Madrid, 1984, pp. 198-199.

de investigación. El constituyente optó por un modelo no judicializado de las Comisiones de investigación, excluyendo de una manera expresa que las mismas dispongan de los mismos poderes que la autoridad judicial, dejando su desarrollo legislativo a la LO 5/1984, de 24 de mayo, de comparecencia ante las Comisiones de investigación del Congreso y del Senado o de ambas cámaras. Además, las Comisiones de investigación no van a disponer de aquellos poderes de instrucción que aparece en la legislación procesal³¹, y sus conclusiones carecen de efectos vinculantes para los Tribunales, tal y como reconoce el artículo 76 de la CE, o en términos similares el 52.4 del Reglamento del Congreso, o el 60.3 del Reglamento del Senado. En cualquier caso, la normativa de las Comisiones de investigación determina la absoluta independencia y separación entre esas Comisiones y los órganos integrantes del Poder Judicial. Si de la Comisión de investigación se derivaran indicios racionales de la existencia de delitos serán comunicadas al Ministerio Fiscal para el ejercicio de las acciones oportunas. Esto plantea la posibilidad de que un juez pueda recabar información a la Cámara sobre las declaraciones de un compareciente, tras la publicación de las conclusiones de una Comisión de investigación. De hecho, no existe prohibición en la legislación procesal para que los órganos jurisdiccionales puedan solicitar información. En este caso la Mesa se reserva la decisión sobre comunicación al Ministerio Fiscal³², de forma que la Cámara está en su legítimo derecho a negarse a ceder dicha información, pues la comparecencia de los ciudadanos ante las Comisiones de investigación no está revestida de las garantías inherentes al proceso penal. Por otro lado, se debe recordar que la exigencia de responsabilidad ante determinados delitos cometidos por los parlamentarios o los miembros del Gobierno era una atribución característica de los Parlamentos. Pese a lo referido, en los sistemas parlamentarios actuales se ha evitado que las Cámaras ostenten facultades juzgadoras de actos con relevancia penal³³, transfiriéndose a los órganos jurisdiccionales. Así será la Sala Penal del Tribunal Supremo la que conocerá de la instrucción y enjuiciamiento de diputados y senadores³⁴.

Respecto a la relación derivada entre Parlamento y Poder Judicial como conjunto de órganos, es preceptivo hablar de control judicial ordinario y control constitucional. Centrándonos en el control judicial ordinario, hay que

³¹ MASSÓ GARROTE, M. F., *Poderes y límites de la investigación parlamentaria...*, op. cit., p. 139.

³² TORRES BONET, M., *Las Comisiones de investigación, instrumentos de control parlamentario del gobierno*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1999, p. 378.

³³ SANTAOLALLA LÓPEZ, F., *Derecho parlamentario español*, Madrid, Editorial Dykinson, 2013, pp. 279-280.

³⁴ Art. 57.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

señalar que, antes de poder acceder al recurso de amparo previsto en el art. 42 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, se tiene que acreditar haber agotado las vías judiciales previas. La supervisión por la jurisdicción ordinaria de la actuación de la Administración parlamentaria ha de comenzar por el *recurso contencioso-administrativo*. Tras la aprobación de la Constitución española, no tardó en asentarse en nuestro derecho el control por la jurisdicción ordinaria de los actos de gestión de los órganos parlamentarios, exigiendo acudir a la vía judicial previa antes que recurrir en amparo³⁵. El art. 58.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, atribuye a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo el conocimiento de los recursos contra los actos y disposiciones competentes del Congreso de los Diputados y del Senado, Tribunal Constitucional, Tribunal de Cuentas y Defensor del Pueblo en materia de personal y actos de administración. Asimismo, el art. 74.1 c) otorgó una competencia similar a las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia respecto de los recursos contra las disposiciones y actos procedentes de los órganos de Gobierno de la Asamblea legislativa de la Comunidad Autónoma y de sus comisionados en materia de personal y actos de administración³⁶. Un régimen que se ha mantenido en la actualidad teniendo en cuenta las diferentes reformas de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Asimismo, en materia civil, también será el Tribunal Supremo el órgano competente para conocer los procedimientos que se interpongan contra parlamentarios de conformidad con el 56.2 y 73.2 a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

III. LOS SISTEMAS DE CONTROL DE LA ACTIVIDAD PARLAMENTARIA

1. *La actividad parlamentaria interna como objeto de control de constitucionalidad. La teoría de los acta interna corporis*

Los actos de las Cámaras parlamentarias están en principio exentos de control externo. Su autonomía institucional, los dota de un autocontrol y una posición de superioridad que deja a los Poderes Ejecutivo y Judicial con la única misión de aplicar las leyes dispuestas por el legislador. Sin embargo, el Estado de Derecho establece que los actos administrativos del Parlamento puedan ser objeto de tutela judicial. A todo ello se debe añadir que las Cortes

³⁵ Criterio manifestado por el Tribunal Constitucional en el Auto 241/1984 de 11 de abril, que inadmite un recurso de amparo interpuesto contra una resolución de la Mesa de las Cortes de Castilla y León, por no agotar la vía jurisdiccional previa.

³⁶ PASCUA MATEO, F., *Fuentes y control del Derecho parlamentario y de la Administración parlamentaria*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, pp. 263-264.

Generales están sometidas a las Constitución y a sus Reglamentos³⁷, esto significa que el Tribunal Constitucional puede controlar las decisiones legislativas que vulneren la Constitución³⁸, entrando a valorar determinadas actuaciones parlamentarias.

La teoría de los *acta interna corporis* es una cuestión controvertida, pero que en esencia constituye la expresión más clásica del principio de autonomía de las Cámaras³⁹. Las prácticas, usos y costumbres parlamentarias inglesas trasladadas al continente confeccionará la doctrina de los *interna corporis*, elaborada por la iuspublicística alemana de la segunda mitad del siglo XIX⁴⁰. El carácter supremo del Poder Legislativo ha excluido en la teoría constitucional que sus actos puedan ser verificados por otros poderes. Jueces y Tribunales deben aplicar las leyes que aprueba el Parlamento, a quien se le otorga una posición de primacía dentro del Estado. Sin embargo, el control de constitucionalidad de las leyes que se ha extendido por las democracias occidentales ha supuesto límites a la soberanía del Parlamento. La Constitución española al regular algunas cuestiones del procedimiento de elaboración de las leyes, ha extendido ese control de constitucionalidad no sólo a su condición de norma sino a sus vicios de procedimiento, controlando

³⁷ Con relación a la regulación de los Reglamentos Parlamentarios revítese la obra de GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, F. J., «El derecho fundamental al debate parlamentario», *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, núm. 16, 2005, pp. 267 y ss.

³⁸ SANTAOLALLA LÓPEZ, F., *Derecho parlamentario...*, op. cit., p. 84.

³⁹ Véase ÁLVAREZ CONDE, E. y TUR AUSINA, R., *Derecho Constitucional*, Madrid, Tecnos, 2018, pp. 645-647. El acto parlamentario entendido como una declaración de voluntad emitida por los órganos de una de las Cámaras en el ejercicio de su potestad constitucional o reglamentaria, ha generado ciertas problemáticas doctrinales. Si se admite la existencia de los *actos interna corporis* y su exención de judiciabilidad, los actos puramente internos no podrían ser enjuiciados por el Tribunal Constitucional sin menoscabar la independencia del Parlamento. Por otro lado, hay que establecer supuestos concretos de *acta interna corporis* tales como la presentación de una proposición de ley, la organización de debates y procedimiento parlamentarios, o los actos que meramente solicitan información. Asimismo, el Tribunal únicamente admitiría un control jurisdiccional sobre aquellos actos parlamentarios cuando afecten a las relaciones externas del órgano o puedan suponer una violación de derechos fundamentales. En esta materia es clave conocer la evolución de la jurisprudencia que destacará primeramente la fuerza expansiva del artículo 23.2 Constitución española, en el sentido de que el Tribunal Constitucional examinará cualquier resolución de un órgano parlamentario cuando entre en colisión este precepto constitucional, y en segundo lugar, la consideración del Reglamento parlamentario como parámetro de constitucionalidad.

⁴⁰ En relación con los *interna corporis* hay que destacar el desarrollo de la iuspublicística alemana en concreto los trabajos de juristas como Gneist, tal y como señala CANO BUESO, J., «Las Cortes Generales» en VV. AA: «Manual de Derecho Constitucional», Madrid, Tecnos, 2015, pp. 231-232.

además al legislador⁴¹, así como a la actividad parlamentaria desarrollada. El Parlamento es una institución abierta a los ciudadanos, con el objetivo de mejorar y fortalecer las democracias. Esto exige que la actividad parlamentaria y la información sobre la institución sea comunicada a los ciudadanos de una forma transparente, de ahí la relevancia de los sistemas de control en las democracias contemporáneas.

El principio constitucional de la autonomía parlamentaria ha servido al Tribunal Constitucional para sustentar en algunos casos la inmunidad de los actos parlamentarios de carácter interno⁴². Es evidente que los Parlamentos pueden adoptar decisiones de naturaleza política, pero con un carácter interno que ha servido para justificar su inmunidad jurisdiccional⁴³. En esta línea se situó la interpretación que la jurisprudencia constitucional hizo inicialmente de los *acta interna corporis*⁴⁴. Posteriormente, la STC 118/1988, de 20 de junio, empieza a cambiar la interpretación de estos actos internos de las Cámaras, señalando que cuando un acto parlamentario afecte a un derecho o libertad susceptible de amparo constitucional, sale o trasciende de la esfera irrevisable propia de los *acta interna corporis*, y corresponde a este Tribunal el examen⁴⁵.

⁴¹ SANTAOLALLA LÓPEZ, F. (2015). *Derecho parlamentario...*, op. cit., pp. 35-36.

⁴² Véase ATC 183/1984, de 21 de marzo.

⁴³ NAVAS CASTILLO, A., «Veinticinco años de control jurisdiccional de la actividad parlamentaria», *Revista de Derecho Político*, núm. 58-59, (2003-2004), p. 475.

⁴⁴ Inicialmente el Tribunal Constitucional era restrictivo para impugnar los actos parlamentarios de carácter interno, declarando la imposibilidad de que fueran susceptibles de recurso de amparo, tal y como señala en ATC 183/1984 de 21 de marzo; ATC 12/1986/ de 15 de enero y ATC 292/1987, de 11 de marzo.

⁴⁵ La STC 118/1988, de 20 de junio, en su fundamento jurídico 2^a señala que: «Este Tribunal ha tratado de sostener que el justiciable no podría obtener, como ha pretendido, a través del art. 42 de su Ley Orgánica, un control jurisdiccional pleno de la conformidad de tales actos a la Constitución o a la Ley (incluido el Reglamento de la Cámara). Pero ello no excluye, sin embargo, la posibilidad de examinar si aquellos actos han vulnerado en concreto los derechos fundamentales y libertades públicas incluidos en la Sección 1.ª del Capítulo Segundo del Título I de la Constitución que, según el apartado 1 del art. 53 de la misma, vinculan a todos los poderes públicos, y, por ello, a los Parlamentos y Cámaras, y para cuya protección queda abierta la vía del recurso de amparo (STC 90/1985, de 22 de julio). La doctrina de los *acta interna corporis* sólo es aplicable en la medida en que no exista lesión de tales derechos y libertades, impidiendo el conocimiento de este Tribunal de lo que no sea su posible lesión. «Quiere con ello decirse que, sólo en cuanto lesionan un derecho fundamental reconocido en la Constitución y no por infracción pura y simple de un precepto de la Cámara, son recurribles en amparo tales actos, en virtud de lo dispuesto en el art. 42 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional» (ATC de 11 de marzo de 1987). En cuanto un acto parlamentario afecte a un derecho o libertad susceptible de amparo constitucional, sale o trasciende de la esfera irrevisable propia de los *acta inter-*

En esta parte es necesario aclarar que los Reglamentos parlamentarios en cuanto tales, no pueden ni deben declinarse en autoridad externa, al constituir la simple ordenación por las Cámaras de sus procedimientos para el ejercicio de sus funciones. Los *acta interna corporis* de las Cámaras, por su misma naturaleza, no puedan afectar a los ciudadanos, moviéndose en una dimensión netamente política, en el ejercicio de funciones abiertamente discrecionales, compaginándose con controles autónomos y externos políticos como los que ejercen los medios de comunicación, la opinión pública y las diversas fuerzas políticas. Así, un acto parlamentario que vulnere la Constitución española puede ser residenciado ante el Tribunal Constitucional, pero no hacerlo si infringe el Reglamento u otra norma interna⁴⁶, cuyo cauce de actuación es otro. Con ello se estaban reconociendo la existencia de un ámbito de la actividad parlamentaria exento de todo control que son los *acta interna corporis*, es decir, aquellos actos que agotan sus efectos en el interior de la Cámara, no produciendo efectos jurídicos externos. Sin embargo, esa concepción fue objeto de críticas por diversos sectores, y finalmente abandonada por el Tribunal Constitucional en sentencias como la STC 161/1988, de 20 de septiembre, convirtiendo al artículo 23.2 de la Constitución española en el instrumento que permite al Tribunal supervisar la actividad parlamentaria interna, al entender que cuando un representante es ilegítimamente removido de su cargo o perturbado en el ejercicio de sus funciones, se lesiona el derecho de las personas a las que representa⁴⁷. Esto no supone constitucionalizar todos los derechos y facultades, que conforman el Estatuto del Parlamentario, sino aquellas pertenecientes al núcleo esencial de la función representativa parlamentaria como las relacionadas con la potestad legislativa y de control de la acción de Gobierno, tal y como señala la STC 220/1991, de 25 de noviembre. Tal interpretación convierte al Tribunal Constitucional en juez de lo establecido reglamentariamente, pese a todo, hay que reconocer que la jurisprudencia del Alto Tribunal ha provocado la constitucionalización de numerosas facultades de los parlamentarios⁴⁸, determinando todo un debate doctrinal al respecto. Esta situación hace necesario realizar un análisis sobre el estatus parlamentario, así como un estudio de la conflictividad jurídica en relación con los instrumentos de control.

na corporis, y corresponde a este Tribunal el examen, pero sólo ello, de la virtual lesión de tales derechos o libertades (ATC 12/1986, de 15 de enero).

⁴⁶ SANTAOLALLA LÓPEZ, F., *Derecho parlamentario...*, op. cit., p. 84.

⁴⁷ Cfr. GÓMEZ CORONA, E., «El control parlamentario en la jurisprudencia constitucional», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 19, 2007, pp. 366-367.

⁴⁸ GARCÍA ROCA, J., «La difícil noción de cargo público representativo y su función delimitadora de los derechos fundamentales del artículo 23.2 de la Constitución», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 34, 1995, p. 86.

2. *El Tribunal Constitucional como garante del estatus parlamentario*

Del análisis de la casuística se puede inferir que el Tribunal Constitucional se ha convertido en garante del estatus parlamentario, ante determinados conflictos con las Cámaras. La STC 121/1997, disocia los recursos de los actos parlamentarios sin valor de ley en dos clases de procesos, aquellos que pueden definirse como actos de administración propiamente dichos, y que deben tramitarse de acuerdo con lo dispuesto en el art. 43 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), y otros los denominados actos de contenido político de las Cámaras, para el que queda reservado el procedimiento específico del art. 42 LOTIC. Esto nos hace diferenciar dos tipos de actos parlamentarios sin valor de ley, es decir los que recaen sobre materia de naturaleza típicamente parlamentaria y aquellos de naturaleza administrativa. Esto supone que los actos de naturaleza parlamentaria sin valor de ley quedarían excluidos del conocimiento y control de los tribunales, incluido el Tribunal Constitucional, salvo que afectaran a derechos objeto de tutela en amparo. Sin embargo, los actos de naturaleza administrativa, si pueden ser objeto de tutela judicial, al recaer sobre materias sometidas al control de la jurisdicción contencioso-administrativa, y en consecuencia su eventual impugnación a través del recurso de amparo únicamente es factible de conformidad con el cauce establecido en el art. 43 de la LOTIC⁴⁹. Esta vía implica que una vez agotadas las vías judiciales previas, se podría interponer el recurso de amparo a los veinte días y no a los tres meses.

El *recurso de amparo* frente a actos no legislativos de las Cámaras ha provocado una revisión del comportamiento del Parlamento. Así, aunque este recurso ha sido concebido para proteger derecho y libertades fundamentales y no para revisar con carácter general la actividad parlamentaria, el Tribunal Constitucional ha entrado a analizar estas situaciones⁵⁰, abriendo un debate doctrinal al respecto. En este sentido, tal y como recoge la STC 20/2008, de 31 de enero, y STC 119/2011, de 5 de julio, es necesario acreditar haber agotado las vías internas para poder acceder al recurso de amparo previsto en el artículo 42 de la LOTIC⁵¹. De conformidad, con este artículo son recurribles en amparo «las decisiones o actos sin valor de ley, emanados de las Cortes o cualquiera de sus órganos, o de las Asambleas legislativas, que violen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, podrán ser recurridas dentro del plazo de tres meses desde que, con arreglo a las normas

⁴⁹ PASCUA MATEO, F., *Fuentes y control del Derecho parlamentario...*, op. cit., pp. 241-243.

⁵⁰ SANTAOLALLA LÓPEZ, F., *Derecho parlamentario...*, op. cit., p. 36.

⁵¹ Véase entre otras la STC 20/2008, de 31 de enero, FJ 4 y STC 119/2011, de 5 de julio, FJ 2.

internas de las Cámaras o Asambleas, sean firmes». Así, podemos definir que será el recurso de amparo el instrumento más importante del que se ha servido el Tribunal Constitucional para someter a control a las Cámaras en el ejercicio de sus funciones típicamente parlamentarias.

Asimismo, quedan excluidas del recurso de amparo aquellas normas de rango legal aprobadas por los órganos parlamentarios, que sólo puedan verse atacadas a través del recurso o la cuestión de inconstitucionalidad⁵². De hecho, de conformidad con el 27.2 de la LOTC, son susceptibles de declaración de inconstitucionalidad los Estatutos de Autonomía y Leyes orgánicas, los Reglamentos de las Cámaras y de las Cortes Generales, las Leyes, actos, disposiciones normativas con fuerza de Ley del Estado o de las Comunidades Autónomas, así como los Reglamentos de las Asambleas legislativas autonómicas. Además, el *recurso de inconstitucionalidad* tendrá un plazo de interposición de tres meses desde la publicación de la norma o acto impugnado, tal y como señala el art. 33 de la LOTC. No obstante, tras la reforma de la LO 1/2000, de 7 de enero, de modificación de la Ley Orgánica 2/1979 de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, con el fin de favorecer la negociación entre representantes del Estado y Comunidades Autónomas, y evitar posibles planteamientos de recursos de inconstitucionalidad, se estableció la posibilidad de que ante un conflicto se reúna la Comisión Bilateral de Cooperación entre la Administración General del Estado y la respectiva Comunidad Autónoma, pudiendo extenderse a nueve meses la interposición del recurso, tal y como señala el 33.2 de la LOTC.

Especial mención merecen las resoluciones parlamentarias, cuyo control jurisdiccional no permite su ubicación ni en el art. 27 de la LOTC, ni en el artículo 42 de la referida norma. Esto obligó al Tribunal Constitucional a realizar una interpretación que garantizase el cumplimiento de los artículos 9 y 53.2 de la Constitución española. La STC 118/1988, de 20 de junio, admite los recursos de amparo por la conculcación de derechos fundamentales, de conformidad con lo establecido en el art. 53.2 CE⁵³.

A todo ello, con la reforma del artículo 50 de la LOTC promovida por la LO 6/2007, se exige como condición de admisibilidad que el recurso en amparo justifique la especial trascendencia constitucional de la violación denunciada⁵⁴. Tal y como señala la STC 155/2009, de 25 de junio, la trascen-

⁵² PASCUA MATEO, F., *Fuentes y control del Derecho parlamentario...*, op. cit., pp. 228-229.

⁵³ VERA SANTOS, J. M. (1998). «El control en amparo de las resoluciones...», op. cit., p. 50.

⁵⁴ CABAÑAS GARCÍA, J. C., «El recurso de amparo que queremos», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 88, 2010, p. 48. Asimismo, véase entre otras obras MATIA PORTILLA, F. J., «La especial trascendencia constitucional y la inadmisión del recurso de amparo», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 86, 2009, pp.

dencia constitucional de un recurso se puede encontrar cuando el asunto suscitado plantee una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica o tenga unas consecuencias políticas importantes, que podrían concurrir en determinados amparos electorales o parlamentarios⁵⁵. Esta argumentación justifica que el Tribunal Constitucional admita los recursos interpuestos contra los actos parlamentarios. Una cuestión especialmente relevante cuando la actividad parlamentaria se ejerce a través de instrumentos también sometidos a control de constitucionalidad.

3. *La supervisión de los instrumentos de control*

El respeto de la autonomía parlamentaria y la necesidad de someter la actividad de las Cámaras a control ha generado ciertas tensiones, que podemos observar en el análisis de la jurisprudencia constitucional. La STC 161/1988, de 20 de septiembre, considera constitucionalmente lícito que la Mesa rechace escritos, realizando con ello un control material de las iniciativas. Sin embargo, esta atribución en algunas circunstancias va más allá de la atribución que el Reglamento pudieran reconocer a este órgano. Esa inadmisión de escritos puede propiciar abusos por parte del órgano parlamentario, cuando no exista voluntad política de admitir una determinada iniciativa.

La STC 38/1999, de 22 de marzo, supone un punto de inflexión al establecer que el Reglamento Parlamentario es el único parámetro de la actuación de la Mesa. Esto permitirá al Tribunal Constitucional ser garante de una actuación adecuada de la Mesa, especialmente en su función de admitir o tramitar los escritos parlamentarios, comprobando la regularidad constitucional de su actuación⁵⁶. El Tribunal Constitucional debe controlar la legitimidad constitucional de lo realizado en las Cámaras, no obstante también señala que es indudable que la función de control político del Gobierno, que corresponde a los parlamentarios, forma parte del núcleo esencial de su condición de representantes y que las normas parlamentarias que instrumentan y ordenan el ejercicio de esa función deben aplicarse por igual a todos los miembros de la Cámara, sin que se obstaculice su ejercicio, tal y como reconoce el ATC 215/2000, de 21 de septiembre⁵⁷. Es por ello que, cuando esa circunstancia no

343-368, GONZÁLEZ RIVAS, J. J., «Especial trascendencia constitucional en la STC 155/2009, Pleno de 25 de junio: algunas consideraciones jurisprudenciales sobre la reforma de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo», *Revista de Derecho Procesal*, núm. 1, 2009, pp. 593-603; o HERNÁNDEZ RAMOS, M., *El nuevo trámite de la admisión del recurso de amparo constitucional*, Barcelona, Reus, 2009.

⁵⁵ STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2.

⁵⁶ GÓMEZ CORONA, E., «El control parlamentario...», op. cit., p. 372.

⁵⁷ ATC 215/2000, de 21 de septiembre, FJ 2.

concurra, los parlamentarios afectados pueden interponer el recurso de amparo frente a los actos o resoluciones que indebidamente les impide ejercer su mandato de representación⁵⁸. Este caso de quiebra de la legalidad parlamentaria conlleva una vulneración del derecho fundamental que reconoce el art. 23.2 de la CE⁵⁹, y justifica la intervención constitucional. Por eso, en este apartado se analizará el funcionamiento los diversos instrumentos de control parlamentario, en relación con la supervisión que ejerce de ellos el Tribunal Constitucional.

Dentro del núcleo de la función representativa parlamentaria, destaca como instrumento de control la *formulación de preguntas*. Constituyen un medio tradicional de ejercicio de control especialmente dirigido a obtener información, con el objetivo de poner de relieve determinadas situaciones ante la opinión pública, representando uno de los mejores instrumentos de control en estado puro⁶⁰. Los posicionamientos jurisprudenciales sobre las preguntas en el Parlamento han sido muy variados, planteándose recursos de amparo por parlamentarios que no se encuentran satisfechos por la respuesta dada por el Ejecutivo, o incluso por haberse inadmitido una pregunta. La STC 220/1991, de 25 de noviembre señala que los actos a través de los cuales se articulan diferentes peticiones de información y preguntas de los parlamentarios a los miembros del Gobierno, y en general, todos aquellos que se produzcan en el ámbito de las relaciones entre Gobierno y Parlamento, incluidos los autonómicos, agotan normalmente sus efectos en el ámbito parlamentario⁶¹. Esta situación puede dar lugar al funcionamiento de los instrumentos de control político, excluyéndose la fiscalización judicial como la del

⁵⁸ Con relación a la representación política y democracia participativa, véase TUR AUSINA, R., «Participación ciudadana y evolución hacia la democracia identitaria. Análisis al hilo de la última oleada de reformar estatutarias», en VV. AA: *La solidaridad del Estado Autonomico*, Fundación Manuel Broseta, 2012, pp. 119-148.

⁵⁹ Autores como García Roca o Torres Muro han desarrollado unos planteamientos que sostienen coherente la configuración de facultades de los parlamentarios como un derecho fundamental integrado en el artículo 23.2 CE, véase GARCÍA ROCA, J., «La difícil noción de cargo público representativo y su función delimitadora de uno de los Derechos Fundamentales del artículo 23.2 CE», ob. cit.; TORRES MURO, I., «Los derechos de los parlamentarios», *Revista de Derecho Político*, núm. 44, 1998, pp. 257-281. Frente a esta postura otros autores como Jiménez Campo, defienden un entendimiento de estas facultades como simples atribuciones de los miembros de un órgano colegiado, tendentes a posibilitar la formación de la voluntad de la formación de un órgano, en este sentido destaca JIMÉNEZ CAMPO, J., «Sobre los derechos fundamentales de los parlamentarios», en Pau i Vall (coord.), *Parlamento y Justicia Constitucional: IV Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, Aranzadi, 1997, p. 220.

⁶⁰ SERRA CRISTÓBAL, R., «Pequeñas minorías y control parlamentario», en *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, núm. 21, 2009, p. 110.

⁶¹ STC 220/1991, de 25 de noviembre, FJ 5.

Tribunal Constitucional, que quedaría fuera de controlar las posibles irregularidades institucionales o políticas entre Legislativo y Ejecutivo.

En otros casos, el Tribunal Constitucional tiene que resolver recursos de amparo frente a la inadmisión de preguntas por la Mesa de una Asamblea Regional, que pueden exceder el ámbito de competencia de una Comunidad Autónoma. En la STC 107/2001, de 23 de abril, el Tribunal considera que «la formulación de una pregunta parlamentaria como acto de control de la acción de Gobierno, agota sus efectos en el ámbito de las relaciones institucionales entre el Gobierno y Parlamento. Precisamente, por carecer de efectos jurídicos la pregunta resulta inidónea, para afectar y vulnerar el orden de distribución de competencias. Por tanto, la decisión de la Asamblea Regional de inadmitir a trámite ciertas preguntas, se fundamenta en un motivo carente de cobertura legal, que desconoce el derecho del recurrente en amparo a ejercer las funciones que el Estatuto de Autonomía y el Reglamento de la Cámara le confieren. En consecuencia, puede entenderse lesionado el derecho fundamental que le reconoce el art. 23.1 y 2 de la CE»⁶², cuando las preguntas inadmitidas versan sobre aspectos que afectan a la acción política del parlamentario y a los intereses de la Comunidad Autónoma. En un sentido similar se muestra también la STC 74/2009, de 23 de marzo, al reconocer que «se hace difícil juzgar las razones que llevaron a la Mesa a inadmitir preguntas, cuando están relacionadas con la actividad de control del Gobierno»⁶³, tal y como es la esencia de la actividad parlamentaria.

Respecto a las *interpelaciones*, podemos decir que son un instrumento de control individual, con un carácter crítico, destinadas a comprobar un hecho y contrastar la actitud de un órgano. Su eficacia desde el punto de vista de control es más eficiente que las propias preguntas⁶⁴. La STC 225/1992, de 14 de diciembre, resuelve un recurso de amparo planteado por la inadmisión a un parlamentario de una interpelación presentada en la Mesa de una Asamblea Regional. La interpelación es inadmitida por tener un carácter genérico, cuestión que es confirmada por el Tribunal Constitucional, quien matiza, que «la Mesa no ha desconocido ni menoscabado el derecho fundamental invocado cuyo ejercicio ha de acomodarse a los términos que el Reglamento determine por exigencia de su configuración constitucional»⁶⁵. En este caso, el Tribunal ejerce un control no solo de los requisitos formales reglamentarios sino de la regularidad jurídica y de la viabilidad procedimental de la iniciativa. La STC 200/2014, de 15 de diciembre⁶⁶, explica que la interpelación,

⁶² STC 107/2001, de 23 de abril, FJ 9.

⁶³ STC 74/2009, de 23 de marzo, FJ 3.

⁶⁴ SERRA CRISTÓBAL, R. (2009). «Pequeñas minorías y control...», op. cit., p. 113.

⁶⁵ STC 225/1992, de 14 de diciembre, FJ 4.

⁶⁶ STC 200/2014, de 15 de diciembre, FJ 9.

a diferencia de las preguntas que tienen un contenido más concreto, tiene un carácter más general, permitiendo la modulación material del control de admisión si así lo admite el Reglamento parlamentario, verificando los criterios formales. De ahí se infiere que, cuando no se admite la interpelación, es posible la vulneración del derecho fundamental del parlamentario, especialmente en aquellos casos en los que no esté suficientemente motivada la causa de inadmisión.

Las *mociones*, que son consecuencia de una interpelación, destacan por la inexistencia de control sobre el grado de cumplimiento por parte del Gobierno Autonómico. De hecho, esas mociones pueden ser utilizadas por los grupos de la oposición para ejercer un control más incisivo del Ejecutivo, así como censurar negativamente la gestión de alguno de sus miembros, con las consiguientes exigencias de responsabilidad. También en otras ocasiones las mociones sirven para impulsar acciones de política autonómica frene al Gobierno de la Nación, o potenciar determinadas cuestiones⁶⁷. Las mociones junto a las proposiciones de ley permiten la crítica y la reorientación de la acción política, provocando debates que conducen a la adopción de un acuerdo o pronunciamiento de la Cámara⁶⁸. La STC 41/1995, de 13 de febrero, analiza el amparo solicitado contra un acuerdo de la Mesa del Parlamento de Navarra, que inadmite una moción, presentada en noviembre, para celebrar un debate sobre el estado de la Comunidad Foral. La Mesa rechazó la moción por considerar que existía una imposibilidad material de celebrar el debate antes de finalizar el año. Esta justificación fue admitida por el Tribunal Constitucional, que realizó un análisis del Reglamento Parlamentario de la Asamblea, y las potestades de la Mesa en la admisión de mociones. En la referida sentencia, el Tribunal concluye que no se ha lesionado el derecho fundamental del art. 23.2 CE de los recurrentes⁶⁹, aplicándose las previsiones reglamentarias en términos perfectamente respetuosos con dicho precepto.

Cuestión más compleja es la que se suscita con el control de las *Comisiones de investigación*. Las Comisiones de investigación son un mecanismo de control colectivo o colegiado. En un primer momento nacen con la finalidad

⁶⁷ TRUJILLO RINCÓN, M. A., «El control de la Comunidad Autónoma de Extremadura», en ELVIRA PERALES, A. y GONZÁLEZ AYALA, M.^a D., *Nuevos retos de control parlamentario: Comunidades Autónomas y Unión Europea*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2002, p. 55.

⁶⁸ SERRA CRISTÓBAL, R., «Pequeñas minorías y control...», op. cit., p. 113.

⁶⁹ STC 41/1995, de 13 de febrero, FJ 4. Esta sentencia además recoge la doctrina constitucional sobre derechos fundamentales en conexión con la potestad de las Mesas de las Cámaras de calificar y admitir o no a trámite las iniciativas parlamentarias, tal y como se recoge en la STC 38/1999, de 22 de marzo (FFJJ 2 y 3); STC 107/2001, de 23 de abril (FJ 3); STC 203/2001, de 15 de octubre (FFJJ 2 y 3); y STC 177/2002, de 14 de octubre (FJ 3), entre otras.

de fiscalizar la actividad del Ejecutivo, así podemos definir que su objeto es averiguar lo que de censurable e ilegal haya tenido la actuación de un órgano. Las Comisiones aparecen como un recurso parlamentario, que sirve para poder controlar actuaciones que pudieran quedar ocultas⁷⁰, si no se utiliza este medio de control. La Constitución atribuye a las Cámaras autonomía para establecer el procedimiento de creación y el modo de proceder de las Comisiones de investigación. Esto significa la ausencia de cualquier condicionamiento procedimental para que las Cámaras vinculen la creación de dichos órganos a la consecución de determinadas mayorías⁷¹. El Tribunal Constitucional en la STC 46/2001, de 15 de febrero, destacaba ciertas diferencias entre un proceso judicial y una Comisión de investigación. Así, considera que, dentro del ejercicio de las facultades de investigación y estudio, las Comisiones emiten juicios de opinión política, que por muy sólidos y fundados que resulten carecen jurídicamente de idoneidad para suplir la convicción de certeza que un proceso judicial garantiza⁷². Esa matización, sirve para destacar la naturaleza de las Comisiones de investigación, y quizás la falta de fuerza jurídica que se puede derivar de su celebración, quedando más determinado como un mecanismo de exigencia de responsabilidad política del parlamentario, con un claro desgaste de su imagen pública ante los ciudadanos y electores.

Por otro lado, el creciente intervencionismo del Estado y la progresiva complicación de las labores legislativas y gubernamentales han conducido a que las Comisiones de investigación fuesen utilizadas no solo como medios de control del Ejecutivo sino como instrumentos idóneos para conocer y formarse una opinión sobre una realidad técnica, jurídica o económica⁷³. Además, las Comisiones de investigación son un instrumento que ha generado interés a la opinión pública y a los medios de comunicación. Esto conlleva la necesidad de analizar la jurisprudencia del Constitucional en relación con la disolución por parte de los Parlamentos autonómicos de una Comisión de investigación, cuando las causas no están previstas reglamentariamente. La STC 226/2004 de 29 de noviembre, considera nulas las normas supletorias de la Presidencia de la Cámara que habían introducido una causa de disolución de las Comisiones de investigación no previstas en el Reglamento de la Asamblea, vulnerando la reserva reglamentaria. Al no existir una auténtica laguna jurídica, no es susceptible acudir a la aprobación de normas

⁷⁰ GARCÍA MORILLO, J., *El control del gobierno en el ordenamiento...*, op. cit., pp. 147-149.

⁷¹ TORRES BONET, M., *Las Comisiones de investigación...*, op. cit., p. 175.

⁷² STC 46/2001, de 15 de febrero, FJ 11.

⁷³ GARCÍA MORILLO, J., *El control del gobierno en el ordenamiento...*, op. cit., p. 150.

supletorias. De hecho, las normas supletorias recurridas, en la medida en que han introducido una causa de disolución no contemplada expresamente por el Reglamento han vulnerado la reserva de Reglamento, afectando al derecho constitucional garantizado a los parlamentarios, en orden al ejercicio de sus funciones representativas en condiciones de igualdad⁷⁴.

Por otro lado, respecto a las Comisiones de investigación de carácter autonómico, se debe añadir que los medios que utiliza y la publicidad de las sesiones están supeditadas a la voluntad de la mayoría. Se conciben para investigar en términos políticos y sus conclusiones tienen esa naturaleza. De hecho, la gran mayoría de esas Comisiones terminan con una serie de conclusiones que solo pueden ser exigibles políticamente y no jurídicamente⁷⁵. Frente a todo lo expuesto, no se debe obviar que la propuesta de constituir una Comisión de investigación requiere el concurso de voluntades de un determinado número de parlamentarios o de órganos cualificados del sistema. La eficacia jurídica de las Comisiones de investigación, en cuanto al uso efectivo, que pueden ejercer los parlamentarios, queda condicionada a su aceptación por la mayoría de la Cámara⁷⁶. No obstante, el rechazo de crear Comisiones de investigación también puede ser considerado una limitación indebida de las facultades de los parlamentarios, tal y como recoge la STC 88/2012, de 7 de mayo⁷⁷, de ahí que sea necesario su estudio pormenorizado de cada caso.

Entre los instrumentos de control también se debe mencionar a las *proposiciones no de ley*, que se han convertido en un instrumento flexible y ágil que permite a los grupos de la oposición promover la acción política del Gobierno regional. En un sentido similar es posible citar los debates de política general, mediante la remisión por el Ejecutivo de una comunicación, que sería objeto de tramitación parlamentaria. Debates, que pueden además centrarse como consecuencia de planes y programas de los Ejecutivos regionales sobre temas de interés general como el paro, la financiación autonómica, o la aprobación de presupuestos⁷⁸, entre otros. Las proposiciones no de ley podemos entenderlas como un medio para forzar el debate político y obligar a los distintos grupos de la Cámara a tomar una posición sobre un asunto o tema. Es una facultad que pertenece al núcleo de la función representativa parlamentaria, y se configura por tanto como un instrumento que acciona el

⁷⁴ STC 226/2004 de 29 de noviembre, FJ 6.

⁷⁵ TRUJILLO RINCÓN, M. A., «El control de la Comunidad Autónoma...», op. cit., p. 62.

⁷⁶ GARCÍA MORILLO, J., *El control del gobierno...*, op. cit., pp. 176-177.

⁷⁷ STC 88/2012, de 7 de mayo, FJ 6.

⁷⁸ TRUJILLO RINCÓN, M. A., «El control de la Comunidad Autónoma...», op. cit., pp. 57-60.

impulso político y control del Gobierno. Sentencias como la STC 95/1994, de 21 de marzo, 124/1995, de 18 de julio y 38/1999, de 22 de marzo, declaran que la inadmisión a trámite de proposiciones de ley de origen parlamentario, basándose en la potestad de calificación y admisión a trámites de las Mesas de la Cámara, lo que supone una vulneración de los derechos de participación política reconocidos constitucionalmente.

La presentación de la proposición no de ley lleva implícito que el grupo parlamentario que la presenta debe formular la correspondiente propuesta de resolución de la Cámara. En relación con ello, la labor de admisión de la Mesa conlleva la necesidad de ajustar la propuesta a una disciplina de control tanto reglamentario como constitucional⁷⁹. La STC 40/2003, de 27 de febrero, reconoce que «es contrario a los derechos fundamentales de los parlamentarios la inadmisión por parte de la Mesa del Parlamento Vasco de una proposición no de ley requiriendo al Tribunal Vasco de Cuentas Públicas para que remitiera un informe a la Cámara». El Tribunal Constitucional analiza el Reglamento Parlamentario, considerando que debe estimar el amparo respecto a la ausencia de motivación expresa del acuerdo denegatorio de la Mesa, y lo fundamenta en base a que la causa implícita en que se sustenta la decisión de inadmisión a trámite, carece de cobertura legal en relación a la facultad de la Mesa de calificar y admitir o no a trámite las proposiciones de ley, exigiendo que esas facultades sean conformes a lo establecido reglamentariamente⁸⁰. En un sentido parecido se pronuncia la STC 78/2006, de 13 de marzo, en la que el Tribunal vuelve a revisar los Reglamentos Parlamentarios, concluyendo que «la ausencia de límites materiales a la configuración de las proposiciones no de ley, contenidas en el Reglamento del Parlamento de la Comunidad Autónoma, obliga a considerar que los acuerdos adoptados por la Mesa de la Asamblea carecen de una justificación objetiva y razonable y lesionan los derechos recogidos constitucionalmente»⁸¹. La STC 11/2017, de 30 de enero, en aplicación de la doctrina sentada en la STC 212/2016, de 15 de diciembre, recuerda que «cuando se reclama la tutela de derechos o facultades que pertenecen al núcleo de la función representativa parlamentaria frente a posibles vulneraciones de los órganos de la Cámara correspondiente, se debe identificar la base normativa del derecho alegado e identificar la regulación reglamentaria de las facultades del órgano de la Cámara, al que se imputa la vulneración. Por todo ello, la Mesa de la Cámara, al decidir sobre la admisión de una iniciativa, no podrá en ningún caso desconocer que es manifestación del ejercicio del derecho del parlamentario que la formula

⁷⁹ ARANDA ÁLVAREZ, E., «Transformaciones en los instrumentos de control parlamentario», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 19, 2007, p. 123.

⁸⁰ STC 40/2003, de 27 de febrero, FJ 7.

⁸¹ STC 78/2006, de 13 de marzo, FJ 5.

y, por ello, cualquier rechazo arbitrario o no motivado de forma suficiente causará lesión del derecho fundamental del diputado para desarrollar sus funciones sin impedimentos ilegítimos»⁸².

El tema se muestra especialmente complejo cuando se analiza que ocurre respecto a la *facultad de recabar información*, así como la *facultad de solicitar la comparecencia de un miembro político o de una Administración*, dentro de lo que se podría considerar como otras formas de ejercer el control. La jurisprudencia constitucional ha mantenido que los parlamentarios tienen reconocido como parte de su estatus dichas facultades, al considerarla parte del derecho reconocido en el art. 23.2 CE. La STC 161/1988, de 20 de septiembre, reconoce el amparo constitucional a varios diputados, que habían solicitado información referente a la cuantía, empleo o destino de determinadas ayudas y subvenciones agrarias otorgadas por el Gobierno autonómico, y que la Mesa de la Asamblea denegó⁸³. La STC 181/1989, de 29 de noviembre, es especialmente interesante, al permitir que diputados y técnicos especializados, puedan acceder a determinada información de la Generalitat⁸⁴. La STC 32/2017, de 27 de febrero, señala que «la motivación de una Mesa para denegar información no debe entrañar el desconocimiento de la facultad que corresponde a los Diputados para dirigirse a la Administración en requerimiento de información, ni estar desprovista de razonabilidad. De lo contrario se podría vulnerar el derecho enunciado en el art. 23.2 CE, que garantiza el acceso igualitario a las funciones y cargos públicos, así como el ejercicio de las funciones propias de la actividad parlamentaria sin perturbaciones ilegítimas»⁸⁵. A todo ello, y en relación con la *facultad de solicitar la comparecencia de los miembros del Gobierno o de diversas administraciones*, la STC 208/2003, de 1 de diciembre, resuelve un recurso de amparo planteado frente a la inadmisión de solicitud de comparecencia ante la Comisión de Justicia e Interior del presidente del Consejo General del Poder Judicial. El Tribunal considera que denegar la admisión a trámite de esa iniciativa es contraria al derecho de los parlamentarios reconocidos constitucionalmente⁸⁶. También, en la STC 89/2005, de 18 de abril y en la STC 90/2005, de 18 de abril, se estimaron los recursos de amparo planteados frente a los acuerdos adoptados por la Mesa del Congreso de los Diputados, que habían inadmitido la comparecencia del Fiscal especial para la prevención y

⁸² STC 11/2017, de 30 de enero, FJ 5. En relación al ejercicio del derecho parlamentario, véase STC 203/2001, de 15 de octubre, FJ 3; STC 177/2002, de 14 de octubre, FJ 3; STC 208/2003, FJ 4, y STC 212/2016, FJ 5, entre otras.

⁸³ STC 161/1988, de 20 de septiembre, FJ 9.

⁸⁴ STC 181/1989, de 29 de noviembre, FJ 5.

⁸⁵ STC 32/2017, de 27 de febrero, FJ 6.

⁸⁶ STC 208/2003, de 1 de diciembre, FJ 9.

represión del tráfico ilegal de drogas, y del Fiscal especial anticorrupción, ante la Comisión mixta para el estudio del problema de las drogas. La STC 1/2015, de 19 de enero, analiza la naturaleza de la facultad de instar la comparecencia, así como su régimen jurídico. Esta iniciativa aparece prevista en los Reglamentos de las Cámaras, y se integran en el *ius in officium* del representante. En consecuencia, cuando la finalidad de la comparecencia sea el control del Gobierno, dicha facultad se encontrará incluida dentro del núcleo básico de la función parlamentaria garantizado constitucionalmente⁸⁷, y por tanto es susceptible de control por el Tribunal Constitucional.

Especial interés para esta investigación suscitan también aquellos actos parlamentarios que exigen ser objeto de un férreo control jurídico al extralimitarse de su ámbito competencial o colisionar con el texto constitucional. La aprobación de la Ley del Parlamento de Cataluña 20/2017, de 8 de septiembre, denominada «de transitoriedad jurídica y fundacional de la República», aporta elementos de interés sobre el control judicial de los actos parlamentarios. Respecto a los antecedentes de este caso debemos citar que el documento que se aprobó como ley se situaba fuera del marco constitucional proclamando un Estado Catalán en forma de República, a través de una ley autonómica dictada al amparo y con abuso de los procedimientos regulados en el Estatuto de Autonomía de Cataluña, en el Reglamento del Parlamento de Cataluña y de la propia Constitución. Una iniciativa en el que una mayoría parlamentaria independentista, crea un proceso basado en las resoluciones I/XI, de 9 de noviembre de 2015 y 306/XI, de 6 de octubre de 2016, del Parlamento de Cataluña que fueron anuladas por STC 259/2015, de 2 de diciembre, y por el ATC 24/2017, de 14 de febrero. El procedimiento legislativo de aprobación de la Ley del Parlamento de Cataluña 20/2017, de 8 de septiembre, fue considerado irregular por contener vicios procedimentales, tanto en la forma de presentar y admitir la proposición de ley, ignorando las advertencias del Secretario General y el Letrado Mayor del Parlamento, como en la posterior votación. La STC 124/2017, de 8 de noviembre, reconoce «la inconstitucionalidad de la Ley del Parlamento de Cataluña 20/2017, de 8 de septiembre, al contrariar, de modo explícito, principios esenciales e indisolubles del ordenamiento constitucional como la soberanía nacional, la unidad de la nación y la propia supremacía de la Constitución, a la que están sujetos todos los poderes públicos y por tanto el Parlamento de Cataluña. A todo ello, la mayoría parlamentaria, al amparo de una regla para la excepcional innovación del orden del día, en concreto el art. 81.3 del Reglamento, innovó el mismo Reglamento del Parlamento de Cataluña, arbitrando medidas inéditas que, tal y como se desprende en la sentencia, concibió e impuso

⁸⁷ STC 1/2015, de 19 de enero, FJ 4.

a su conveniencia. Además, la Cámara no puede suprimir a los miembros que pidieron el dictamen pertinente al Consejo de Garantías Estatutarias, sin mermar la integridad del procedimiento legislativo y los derechos de los representantes a ejercer esa concreta facultad que la Ley les confiere y se incorpora en su estatus jurídico constitucional (art. 23.2 CE)». El legislador autonómico al atribuirle a la Ley la condición de «norma suprema», situándola por encima de la Constitución ignora la distinción entre la objetivación del poder constituyente formalizado y la actuación de los poderes constituidos, los cuales no pueden rebasar los límites y competencias establecidas por aquel. La STC 124/2017, declara la inconstitucionalidad y nulidad en su integridad de la Ley del Parlamento de Cataluña 20/2017, señalando que «la función primordial de toda Asamblea parlamentaria, y por tanto el Parlamento de Cataluña, es representar a la ciudadanía, y que para cumplirla es necesario que los elegidos por el cuerpo electoral cumplan los procedimientos que el ordenamiento y las reglas jurídicas imponen. La tramitación parlamentaria incurre en graves quiebras del procedimiento legislativo, que afectaron a la formación de la Cámara, a los derechos de las minorías y de todos los ciudadanos a participar en los asuntos públicos»⁸⁸, tal y como reconocen los artículos 23.1 y 2 de la Constitución española.

IV. CONCLUSIONES

Del estudio de la actividad parlamentaria en las sociedades democráticas y de sus instrumentos de control, se pueden inferir diversas conclusiones:

El Parlamento tiene una posición activa en la transformación del modelo político para conseguir el perfeccionamiento de la identidad democrática, pero todo ello se debe hacer con el respeto del ordenamiento jurídico y dentro del marco constitucional. El Parlamento debe proyectarse sobre la ciudadanía como aquella institución que sirve para controlar el poder político. Su desarrollo deber servir para adaptar al cuerpo electoral a los cambios sociales. La exigencia de responsabilidad política no se limita a la relación entre el Parlamento y Ejecutivo, sino que es más amplia e involucra a otros agentes.

Los instrumentos de responsabilidad lo son también de control, pero es innegable que en los últimos años estos mecanismos han mostrado un cierto debilitamiento. El particular estatus de independencia e inamovilidad de los miembros de las Administraciones independientes, y el hecho de que el Ejecutivo no disfrute de un mando efectivo sobre su actividad, dificulta la articulación de un control parlamentario. El control de las decisiones políticas es inherente en el Estado democrático y su desarrollo es necesario en función de

⁸⁸ STC 124/2017, de 8 de noviembre, FJ 6 b).

la ampliación de la actuación del poder público y las exigencias de los ciudadanos. El modelo parlamentario actual debe responder a nuevas necesidades y los instrumentos de control adquirir una dimensión más actualizada que responda a los problemas de la sociedad, dentro de los nuevos retos que se plantean al Estado social y democrático de Derecho.

No es posible defender que el Derecho parlamentario, a pesar de su autonomía normativa, tenga un sistema de fuentes distinto al ordenamiento general del Estado, con total ausencia del control jurisdiccional de la actividad parlamentaria. Así, debemos señalar que las relaciones del Parlamento con terceros serán objeto de control jurisdiccional y, además, las leyes aprobadas por dicho órgano o aquellos actos que infrinjan derechos fundamentales se someterán al control de constitucionalidad. Las decisiones del Parlamento deben ser conformes a Derecho, y respetar los derechos y libertades que garantiza la Constitución española, lo que implica también la fiscalización jurisdiccional de la actividad parlamentaria. Para ello se utilizarán diversos mecanismos, así los actos parlamentarios con fuerza o valor de ley pueden ser objeto de control a través de la cuestión o el recurso de inconstitucionalidad. A todo ello, y respecto a los actos parlamentarios sin valor de ley, podremos establecer medidas de control constitucional a través del recurso de amparo, agotada la vía judicial previa.

Por otro lado, y dentro de los actos parlamentarios sin valor de ley, hay que destacar la conflictividad que se genera cuando esa actividad procede de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas. La calificación y admisión a trámite de las iniciativas parlamentarias no está exenta de confrontación jurídica, así una de las funciones más relevantes que ejerce la Mesa en un Parlamento es la calificación y admisión a trámite de determinados actos o documentos. En el juicio de admisibilidad es posible que se obstaculice el derecho de los parlamentarios reconocido constitucionalmente, lo que justificaría la intervención judicial. La jurisprudencia constitucional señala que el acto de calificación no siempre es subsumible con claridad en el Reglamento, siendo necesaria una interpretación basada en los principios de razonabilidad y proporcionalidad. De lo contrario, dado que en el juicio de admisibilidad se implican derechos de los parlamentarios constitucionalmente protegidos, cualquier escrito o acto sin valor de ley que haya sido rechazado, podría ser objeto de supervisión jurídica y, finalmente, tras el agotamiento de la vía judicial previa, recurrido en amparo ante el Tribunal Constitucional, de conformidad con el art. 42 LOTC, siempre que se deduzca la posible vulneración del derecho fundamental de los parlamentarios garantizado en el 23.2. CE, tal y como se ha expuesto en esta investigación en los diferentes casos analizados jurisprudencialmente.

Aunque la Constitución prevé que las Cámaras aprueben sus propios Reglamentos, suministrando principios generales y permitiendo que sean los

propios Parlamentos quienes establezcan las normas que puedan regular su propia actividad, esta situación no está exenta de problemas jurídicos como se observa en el análisis de la jurisprudencia constitucional. El Reglamento emana del Poder Legislativo como consecuencia del principio de autonomía, que le viene conferido a la Cámara por la propia Constitución, a la que está vinculada y subordinada. Por lo tanto, el Parlamento se regula por una norma incardinada directamente en el texto constitucional, a la que debe sumisión y respeto, y que es susceptible de control constitucional. La obstaculización indebida de la actividad parlamentaria en el ejercicio de control, al margen de lo determinado en los Reglamentos Parlamentarios, será objeto de supervisión por el Tribunal Constitucional, convertido en garante de la posición de las minorías con representación parlamentaria. Los parlamentarios tienen reconocido, como parte de su estatus protegido en la Constitución española y de conformidad con lo señalado en la jurisprudencia constitucional, el derecho a formular preguntas, interpelaciones, mociones y proposiciones no de ley. Además, podrán solicitar la información necesaria para el cumplimiento de sus funciones, sin más limitaciones que las previstas en sus reglamentos y ordenamiento. Esas funciones se deben realizar con plenas garantías constitucionales.

En relación con la actividad parlamentaria, esta parte defiende que los sistemas de control se encuentran en permanente desarrollo, sobre todo por la labor de colaboración entre los diferentes órganos institucionales. Un control que se ha potenciado, debido a las reformas legislativas, a la interpretación constitucional, así como al crecimiento y consolidación de los instrumentos que lo ejercen. La finalidad del control no es otro que consolidar la credibilidad de las instituciones, influyendo en la opinión pública, para trasladar a los ciudadanos las garantías de un sistema de crecimiento globalizado, que evite las arbitrariedades. En consecuencia, el desarrollo de la actividad parlamentaria exigirá potenciar los mecanismos actuales para ejercer el verdadero control que exigen las democracias contemporáneas.

V. BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ CONDE, E., «El derecho constitucional y la crisis», *Revista de Derecho Político*, núm. 88, 2013, pp. 83-122.

— y TUR AUSINA, R., *Derecho Constitucional*, Madrid, Tecnos, 2018.

— / LÓPEZ DE LOS MOZOS DIAZ-MADROÑERO, A. E., «Los Parlamentos nacionales y la Unión Europea: El mecanismo de alerta temprana», *Revista de Derecho Político*, núm. 65, 2006, pp. 149-188.

ÁLVAREZ VÉLEZ, M.^a I., «El control parlamentario: la incertidumbre sobre el control de un Gobierno en funciones», en *Asamblea. Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 35, 2016, pp. 23-45.

ARANDA ÁLVAREZ, E., «Transformaciones en los instrumentos de control parlamentario», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 19, 2007, pp. 105-134.

- ARAGÓN REYES, M., «El control parlamentario como control político», *Revista de Derecho Político*, núm. 23, 1986, pp. 9-39.
- (1995). *Constitución y control del poder*, Buenos Aires, Ediciones Ciudad Argentina, 1995.
- BOGDANY, A. y FORSTHOFF, U., «El derecho de Bundestag y de sus miembros a recibir información», en VV. AA: *Los instrumentos de las Cámaras Parlamentarias*, Madrid, CEC, 1984.
- CABAÑAS GARCÍA, J. C., «El recurso de amparo que queremos», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 88, 2010, pp. 39-81.
- CANO BUESO, J., «Las Cortes Generales» en VV. AA: «Manual de Derecho Constitucional», Madrid, Tecnos, 2015, pp. 229-276.
- ELVIRA PERALES, Ascensión y GONZÁLEZ AYALA, M.^a D., *Nuevos retos de control parlamentario: Comunidades Autónomas y Unión Europea*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2002.
- FERNÁNDEZ SARASOLA, I., «El control parlamentario y su regulación en el ordenamiento jurídico español», *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 20, núm. 60, pp. 89-113.
- GARCÍA MORILLO, J., *El control del gobierno en el ordenamiento español*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1985.
- GARCÍA ROCA, F. J., «La difícil noción de cargo público representativo y su función delimitadora de los derechos fundamentales del artículo 23.2 de la Constitución», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 34, 1995, pp. 51-125.
- «Control parlamentario y convergencia entre presidencialismo y parlamentarismo», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 38, 2016, pp. 61-99.
- GÓMEZ CORONA, E., «El control parlamentario en la jurisprudencia constitucional», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 19, 2007, pp. 365-396.
- GONZÁLEZ RIVAS, J. J., «Especial trascendencia constitucional en la STC 155/2009, Pleno de 25 de junio: algunas consideraciones jurisprudenciales sobre la reforma de la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo», *Revista de Derecho Procesal*, núm. 1, 2009, pp. 593-603.
- GOIG MARTÍNEZ, Juan M., «Transparencia y corrupción. La percepción social ante comportamientos corruptos», *Revista de Derecho UNED*, núm. 17, 2015, pp. 73-107.
- GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, F. J., «El derecho fundamental al debate parlamentario», *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, núm. 16, 2005, pp. 251-281.
- HERNÁNDEZ RAMOS, M., *El nuevo trámite de la admisión del recurso de amparo constitucional*, Barcelona, Reus, 2009.
- JIMÉNEZ CAMPO, J., «Sobre los derechos fundamentales de los parlamentarios», en Pau i Vall (coord.), *Parlamento y Justicia Constitucional: IV Jornadas de la Asociación Española de Letrados de Parlamentos*, Aranzadi, 1997, pp. 219-232.
- LOEWENSTEIN, K., *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ariel, 1919.
- LÓPEZ GUERRA, L., «La posición constitucional del Gobierno» en VV. AA: *Gobierno y Administración en la Constitución*, vol. I, Madrid, IEF, 1998.
- «El titular del control parlamentario», en VV. AA: *Problemas actuales del control parlamentario, VI Jornadas de Derecho Parlamentario*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1997, pp. 155-178.

- MASSÓ GARROTE, Marcos F., *Poderes y límites de la investigación parlamentaria en el Derecho Constitucional español*, Madrid, Publicaciones del Congreso de los Diputados, 2001.
- MATIA PORTILLA, F. J., «La especial trascendencia constitucional y la inadmisión del recurso de amparo», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 86, 2009, pp. 343-368
- MELADO LIROLA, A. I., «Los instrumentos de control parlamentario de la Ley de Presupuestos Generales del Estado», en *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 19, 2007, pp. 161-195.
- MORETTI, R., *Diritto Parlamentare*, Rimini, Ed. Maggioli, 1992.
- NAVAS CASTILLO, A., «Veinticinco años de control jurisdiccional de la actividad parlamentaria», *Revista de Derecho Político*, núm. 58-59, (2003-2004), pp. 471-480.
- ORTÍ BORDAS, J. M., «Consideraciones sobre el control parlamentario», en libro *Manuel Fraga: Homenaje Académico*, Vol. II, Fundación Cánovas del Castillo, Madrid, 1997, pp. 1207-1241.
- PAUNER CHULVI, C., «La articulación del control parlamentario sobre los espacios libres de control gubernamental: parlamento y administraciones independientes», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 19, 2007, pp. 329-345.
- PASCUA MATEO, F., *Fuentes y control del Derecho parlamentario y de la Administración parlamentaria*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014.
- RUBIO LLORENTE, F., «El control parlamentario», *Revista Parlamentaria de habla hispana* núm. 1, 1985, pp. 83-103.
- *La forma del Poder*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.
- SANTAOLALLA LÓPEZ, F., *Derecho parlamentario español*, Madrid, Editorial Dykinson, 2013.
- SÁNCHEZ DE DIOS, M., «La esencia del régimen el control parlamentario del Gobierno», *Política y Sociedad*, núm. 20, 1995, pp. 35-52.
- SERRA CRISTÓBAL, R., «Pequeñas minorías y control parlamentario», en *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, núm. 21, 2009, pp. 99-120.
- TORRES BONET, M., *Las Comisiones de investigación, instrumentos de control parlamentario del gobierno*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1999.
- TORRES MURO, I., «Los derechos de los parlamentarios», *Revista de Derecho Político*, núm. 44, 1998, pp. 257-281.
- TRUJILLO RINCÓN, M. A., «El control de la Comunidad Autónoma de Extremadura», en ELVIRA PERALES, Ascensión y GONZÁLEZ AYALA, M.^a D., *Nuevos retos de control parlamentario: Comunidades Autónomas y Unión Europea*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2002, pp. 45-66.
- TUR AUSINA, R., *El control parlamentario de los Decretos-leyes*, Centro de Estudios Políticos Constitucionales, Madrid, 2002.
- «Participación ciudadana y evolución hacia la democracia identitaria. Análisis al hilo de la última oleada de reformar estatutarias», VV. AA., *La solidaridad del Estado Autonomo*, Fundación Manuel Broseta, 2012, pp. 119-148.
- VERA SANTOS, J. M., «El control en amparo de las resoluciones parlamentarias», *Revista de las Cortes Generales* núm. 43, 1998, pp. 27-53.

VIDAL PRADO, C., «El derecho de participación política y la representación» en *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, núm. 96, 1996, pp. 81-115.

EL TRANSITO DE LA CRISIS DE 2007 A UNA POLITICA FISCAL COMÚN EN LA UE: LOS EUROBONOS Y EL PAPEL DEL BCE

*The transition from the crisis of 2007 to a common eu fiscal
policy: eurobones and the role of the ECB*

Fernando Martinez-Maillo Toribio
Doctor en Derecho
UNED

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-69\(1\)-2021pp127-153](http://dx.doi.org/10.18543/ed-69(1)-2021pp127-153)

Recibido: 15.03.2021

Aceptado: 18.06.2021

Resumen

La crisis de origen financiero iniciada en 2007, el inacabado proceso de construcción de la Unión Económica y Monetaria, así como las deficiencias del Eurosistema puso de manifiesto las debilidades de la Unión Europea. El BCE frente al resto de bancos centrales del mundo, tuvo sus propias limitaciones que condicionaron su respuesta.

El compromiso de los gobiernos para mantener unas finanzas públicas saneadas, con mecanismos de respuesta en caso de incumplimiento, unido a una política monetaria común orientada a la estabilidad de precios radicada en el BCE, parecían suficientes ante la inexistencia de instituciones comunes presupuestarias. Este modelo quebró en momentos de crisis, apareciendo la necesidad de avanzar en el proceso de construcción de una Unión Fiscal real.

Palabras Clave

Banco Central Europeo, política fiscal común, eurobonos.

Abstract

The origin of the financial crisis, that began in 2007, the unfinished process of building Economic and Monetary Union, as well as the shortcomings of the Eurosystem highlighted the weaknesses of the European Union. The ECB compared to the rest of the world's central banks, had its own limitations that conditioned its response.

The commitment of governments to maintain sound public finances, with non-compliance response mechanisms, coupled with a common monetary policy aimed at price stability based on the ECB, seemed sufficient in the absence of common budgetary institutions. This model that went bankrupt in times of crisis necessitated the need to move forward in the process of building a real tax union.

Keywords

European Central Bank, common fiscal policy, Eurobonds.

SUMARIO: I. ANTECEDENTES: LA CRISIS ECONÓMICA DE 2007. II. EL BCE FRENTE A SUS PROPIOS LÍMITES. III. HACIA UNA POLÍTICA FISCAL COMÚN. IV. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

I. ANTECEDENTES: LA CRISIS ECONÓMICA DE 2007

En este trabajo no se pretende hacer un estudio económico sobre la crisis económica iniciada en 2007, ni tampoco sobre las causas o sus evidentes consecuencias sobre la economía mundial y, en especial, sobre las economías europeas. Nuestro objetivo se limitará a tratar de analizar los mecanismos que en la actualidad tiene el BCE conforme a los Tratados para luchar contra ella, las deficiencias jurídicas de dichos instrumentos, y los pasos que se están dando o deben darse para atajar de manera más eficaz futuras crisis similares.

Esta crisis iniciada en EEUU se convirtió en una crisis de la economía mundial, y en el caso de España, con características propias derivadas de la diversidad y particularidad de sus entidades financieras, así como de su excesiva exposición al sector inmobiliario, ha tenido unas duras consecuencias en términos económicos y sociales. Una crisis que no tiene precedentes en cuanto a la virulencia y capacidad de contagio: lo que inicialmente parecía ser un fenómeno local, ligado a las exposiciones ante las denominadas hipotecas *subprime* en Estados Unidos, se ha transformado en la primera gran crisis del siglo XXI.

Así se han expresado numerosos autores sobre las causas y las consecuencias de la crisis. El inicio fue un problema financiero y en concreto de liquidez, ya que al producirse el impago en las llamadas hipotecas *subprime*, los bancos que habían tenido que acudir a los mercados interbancarios, obteniendo financiación a corto, pero prestándolo a largo plazo, tenían un problema de liquidez al tener activos a largo y pasivos a plazo más reducido. «La evolución de esta crisis fue primero de liquidez, luego de solvencia y tras la caída de Lehman Brothers se transformó en una crisis de la economía real por falta de financiación para sus actividades»¹.

El crecimiento económico previo a la crisis también generó buenos rendimientos en términos económicos en el marco del crecimiento y la creación de empleo, e incluso que el crecimiento económico fue un espejismo que llevó a las entidades financieras a infravalorar los riesgos que asumían en aras de no quedarse atrás en sus propios ratios de crecimiento: «La economía

¹ REINHART, C. y. ROGOFF, K.S: «Growth in a time of debit», *National Bureau of Economic Research*, January 2010.

mundial disfrutó de un largo período de estabilidad, con significativos beneficios asociados, antes de que explotara la crisis financiera. Mientras duró, tuvo un crecimiento alto y estable, con baja inflación. Sin embargo, este período de estabilidad también favoreció el que los mercados financieros se lanzaran en una búsqueda frenética de rendimiento sin prestar la debida atención al manejo de los riesgos. Dichos períodos de estabilidad, en los que la tarea de la política monetaria era fácil, plantean un importante desafío a las autoridades, a los legisladores y al sector privado para monitorizar de cerca la formación de vulnerabilidades financieras»²

La Europa incompleta en lo económico también tuvo una especial incidencia en la respuesta ante la crisis. «El euro no deja de ser un tipo de cambio fijo...supone una especie de matrimonio múltiple entre diecisiete países, pero con separación de bienes»³, esta frase es perfectamente gráfica para explicar las deficiencias del sistema financiero europeo y su incidencia en la crisis.

Un euro a varias velocidades, con procesos de integración distintos, con países que forman parte de la zona euro de gran heterogeneidad, todo ello sin entrar en las claras diferencias económicas norte-sur que luego se trasladan a los propios instrumentos de decisión europeos, la cesión del tradicional instrumento de lucha contra cualquier crisis como es la política monetaria ya no es posible al estar cedida su competencia al Banco Central Europeo, y por último, la ausencia de una política económica única, tan solo coordinada en teoría pero no en la práctica, se ha impuesto como imposible de sostener si se pretende una estabilidad económica de la zona euro solo con la política monetaria, produciéndose choques entre países de un crecimiento y estructura económica distintos entre sí.

Muchas han sido las valoraciones que se han realizado tanto doctrinales como institucionales en torno a las medidas del BCE frente a la crisis, incluso a los grados de rapidez o celeridad en torno a dichas respuestas, pero con carácter previo a la concreción de éstas, me parece importante reflexionar sobre la posición del BCE en la crisis.

La importancia del papel que ha correspondido a la Unión Europea en la crisis está fuera de duda desde los albores de la crisis en 2007.

Uno de los principios y bases del proceso de creación europea siempre ha sido el del conocimiento y comprensión del fenómeno europeo en el conjunto de los ciudadanos, acercando las decisiones a éstos. Pues bien, con independencia de la comprensión de los ciudadanos en torno a las decisiones a adoptar, nadie puede dudar de que probablemente y como consecuencia de

² DE GREGORIO, J.: «El Rol de los Bancos Centrales tras la crisis financiera». *Documentos de Política Económica del Banco Central de Chile*, nº 36, junio 2010.

³ DIEZ, J.L.: «Hay vida después de la crisis», ob.cit. 239.

la crisis, el Banco Central Europeo sea una de las instituciones más conocidas, debatidas y observadas de la Unión Europea.

Esta crisis ha servido a la UE para ver las evidentes deficiencias de su sistema bancario en cada uno de los países, el gran contagio del sistema financiero, así como la ausencia de una rápida y única respuesta ante ello. Por todo ello, desde la UE se están dando los pasos necesarios para el establecimiento de la llamada Unión Bancaria, ya que su ausencia afecta directamente a los problemas de fragmentación y a los riesgos de ruptura que han distorsionado la transmisión de la política monetaria.

Así los bancos de la UE se encontrarán en igualdad de condiciones para la obtención de recursos de capital y financieros, estando sometidos a un único y soberano control, bajo los mismos mecanismos y criterios de solvencia, manteniendo como es lógico sus propios modelos de negocio siempre dentro de los criterios financieros que marcará el supervisor único dentro de la zona euro.

La propia diferencia de integración entre los países en relación con la política monetaria, en especial la ausencia del Reino Unido de la zona euro y pendiente en la actualidad de consumir su salida de la Unión Europea (Brexit), con su propio Banco Central con competencias en política monetaria aunque con coordinación de éstas a través del Sistema Europeo de Bancos Centrales, es otro elemento que incide en los mecanismos de resolución de la crisis económica, ya que todos los países y sus economías en el ámbito europeo están íntimamente relacionadas, cuando no a nivel incluso mundial como se ha visto en la actual crisis: «Se llega a la conclusión que las políticas monetarias del Banco Central y del Banco de Inglaterra se encuentran cointegradas, lo que indica la existencia de una relación de equilibrio a largo plazo entre ambas... Esto nos lleva a afirmar que el pertenecer a la Unión Económica y Monetaria conlleva más ventajas que inconvenientes ya que la política monetaria del Banco Central Europeo es la que influye en las políticas monetarias de la zona no euro, por eso algunos autores ⁴ indican que el Reino Unido es vulnerable a una triple crisis financiera (crisis bancaria, monetaria y de deuda), debido a que es un país con gran exposición al sector bancario y que una moneda que no constituye una moneda de reserva global, y una capacidad fiscal limitada debido al gap de solvencia del sector bancario»⁵.

Otra opinión doctrinal avisa de ciertos riesgos inherentes al proceso de construcción de la Unión Económica y Monetaria: «El BCE es la única

⁴ BUITER, W.: «Why the United Kingdom should be join the eurozone», *International Finance*, 2011.

⁵ GONZÁLEZ VELASCO, M.C. y BRINCKMAN R.: «Análisis de la integración y dependencia de las políticas monetarias de la Unión Europea», *Pecunia Monográfico*, 2011.

institución europea que controla directamente un instrumento de política macroeconómica en la zona del euro, y existe el riesgo de que adquieran importancia las presiones para modificar su política, ejerciendo una influencia sesgada sobre la política monetaria del área, lo que haría del BCE una institución vulnerable, fácilmente perceptible por los mercados...»⁶

Muchos son los retos que desafían el futuro de la Unión Económica y Monetaria y como consecuencia del Banco Central Europeo, que ha dejado precisamente al descubierto la coyuntura económica de crisis del momento: «La actual crisis financiera ha planteado retos importantes a la política monetaria de la zona del euro. En respuesta a la misma, el BCE, además de rebajar sus tipos de interés oficiales significativamente, ha adoptado una serie de medidas de política monetaria no convencionales que, colectivamente, se conocen como medidas de apoyo reforzado al crédito. Su introducción estuvo motivada por una necesidad de asegurar la continuidad de la efectividad de la transmisión de la orientación convencional de la política monetaria a unas condiciones financieras más amplias, a la economía real y, en última instancia, a la evolución de los precios, en un entorno en el que el sistema financiero estaba sometido a un estrés considerable. Por tanto, «las medidas no convencionales adoptadas por el BCE estaban dirigidas a complementar las decisiones estándar relativas a los tipos de interés, no a sustituirlas.»⁷

El BCE funcionó al principio de la crisis con medidas convencionales inyectando liquidez mediante operaciones de mercado abierto, «sin entrar en profundidad en un cambio de orientación de la política monetaria y composición de su balance»⁸, siendo su actuación además más tardía que otras como la FED, pero merece al menos el reconocimiento de haber sido rápido en responder con inyecciones masivas de liquidez, supliendo con ello la desaparición de mercado interbancario, convirtiéndose en el principal prestamista del mercado monetario, al existir una gran aversión al riesgo y un aumento exponencial de la desconfianza entre los intermediarios financieros.

«Durante esta crisis financiera el Banco Central Europeo redujo sus tipos de interés oficiales a niveles históricamente bajos y adoptó una serie de medidas de política monetaria no convencionales. Dichas medidas se han demostrado eficaces para restablecer, en gran parte, la estabilidad y la solidez del sistema financiero y de la economía, sin embargo, las perspec-

⁶ CALVO HORNERO, A.: «La Unión Europea: Mecanismos financieros y moneda única», *Ediciones Pirámide*, Madrid 2010.

⁷ GONZALEZ-PARAMO, J. M.: «La gestión del Banco Central Europeo ante la crisis», *Revista de Economía Mundial* 30, 2012, pp. 83-102.

⁸ AYUSO, J. y MALO DE MOLINA, J.L.: «El papel de los bancos centrales durante la crisis financiera; lecciones para el futuro», *Papeles de la Fundación*, n^o 42, Fundación de Estudios Financieros, Madrid, 2010, pp. 49-64.

tivas a largo plazo de un crecimiento sostenible y de un sistema financiero estable en la zona euro requieren con urgencia la aplicación de diversas reformas de gran alcance a la arquitectura de la Unión Económica Monetaria y del sistema financiero»⁹

Cuando ocurrió la quiebra de Lehman Brothers en septiembre de 2008 se produjo el avance de los efectos de la crisis hacia la economía real, la del ciudadano concreto, lo que provocó la tímida pero firme decisión del BCE que adoptó distintas medidas no solo las convencionales que ya vimos, sino también medidas no convencionales, es decir, no utilizadas de manera habitual y cotidiana hasta ese momento para paliar y restablecer la confianza en los mercados y como consecuencia en la economía europea, en concreto en la zona euro, y en especial entre los países donde más se concretó la crisis entre ellos España.

Tras las hipotecas *subprime* en Estados Unidos, la crisis se desencadenó con una fugaz evaporación de la liquidez mundial, así como una abrupta revaluación de los riesgos financieros con la quiebra de Lehman Brothers, la de Bear Sterns, el salvamento de AIG, la compra de Merrill Lynch por Bank of América, etc., y más tarde la crisis financiera se transformó en una crisis de las economías reales en forma de una gran recesión y en una crisis de deuda soberana.

El BCE puso en marcha dos programas sucesivos de compras de bonos bancarios garantizados, cédulas o equivalentes, y otro de compras en firme de bonos públicos de países en tensión (SMP, Programa para los Mercados de Valores, por sus siglas en inglés), con la finalidad de restablecer la transmisión de la política monetaria.

Si esta acción del BCE la comparamos por ejemplo con la de otros bancos centrales como la Reserva Federal o el Banco de Inglaterra, la diferencia es clara, el menor peso relativo que ha tenido la compra de valores, sobre todo de deuda pública, frente el papel mucho más importante en tamaño y calidad, de las operaciones de préstamo a las entidades de crédito, lo cual tiene mucho que ver con las características estructurales de la UE, así como la singularidad de su composición en forma de Estados soberanos y con capacidad para tomar sus propias decisiones en materia económica.

II. EL BCE FRENTE A SUS PROPIOS LÍMITES

Dar una respuesta oportuna a la grave crisis económica internacional desde 2007 ha sido uno de los grandes restos de los Bancos Centrales en todo

⁹ GONZALEZ-PÁRAMO, J.M.: «La crisis financiera mundial: Lecciones y retos» en P. Martín-Aceña (ed.), Pasado y Presente: de la Gran Depresión del siglo XX a la Gran Recesión del siglo XXI, Fundación BBVA, Madrid, 2012, pp. 167-208

el mundo, al tener que afrontar problemas desconocidos basados sobre todo en el suministro de la liquidez y la estabilidad de los mercados a través de los que se transmite la política monetaria.

La crisis ha servido para reactivar el debate sobre el papel de la política monetaria para conseguir, además del objetivo irrenunciable de la estabilidad de los precios, el de la estabilidad financiera. «Si parece más fundamentada la necesidad de articular un nuevo ámbito de actuación de la política económica en torno al concepto de análisis macroprudencial con el objeto de identificar los riesgos para la estabilidad macrofinanciera y desarrollar la batería de instrumentos adecuada para prevenirlos o contrarrestarlos. Es una tarea en los que los bancos centrales por su situación privilegiada en el engranaje de los mercados financieros han de participar en cooperación con otras autoridades reguladoras y supervisoras, pero sin la pérdida de autonomía en el manejo de la política monetaria»¹⁰

Otras cosas son las divergencias en el uso de las herramientas no convencionales entre los distintos bancos centrales en función de su estructura y objetivos concretos. Esa diferencia refleja una percepción, una valoración diferenciada, de los riesgos que podían ser asumidos por los distintos bancos centrales. La estrategia del Fed consistía en una mayor difuminación de los límites entre la política monetaria por un lado y las políticas fiscales y de estabilidad financiera por otro, lo que generaba indudables riesgos para la independencia de la autoridad monetaria que el BCE no asumió. Pero eso sí, la reacción de ambos bancos dejó claro la gran flexibilidad de las respuestas que tienen los bancos centrales en sus modelos actuales y su capacidad de invocación para adaptar sus decisiones a las coyunturas económicas del momento.

«Con el agravamiento de la crisis tras la quiebra de Lehman Brothers se hicieron necesarias acciones más contundentes que requirieron el recurso a medidas no convencionales de política monetaria a ambos lados del Atlántico, que respondieron a pautas más diferenciadas de acuerdo a sus respectivas características de sus sistemas financieros.»¹¹.

La diferencia entre los distintos bancos centrales que existen en cualquier país desarrollado desde hace muchos años, son los objetivos concretos que guían su constitución, las funciones y objetivos que figuran en sus Estatutos. Lo que es evidente que un Banco Central no es cualquier banco, sino que es

¹⁰ AYUSO, J y MALO DE MOLINA, J. L.: «El papel de los bancos centrales durante la crisis financiera; lecciones para el futuro», *Papeles de la Fundación*, nº 42, Fundación de Estudios Financieros, Madrid, 2013.

¹¹ BCE: *The Monetary Policy of the ECB*. ECB. Third Edition, mayo 2011, y «El papel de los bancos centrales durante la crisis financier», 2013, Banco de España.

un «banco de bancos», y para los Estados Unidos una agencia gubernamental que ocupa un lugar destacado en el sistema monetario y financiero del país, contribuyendo con ello al desarrollo de sistemas financieros y monetarios modernos dentro de una política económica definida por los gobiernos respectivos.

Desde la propia teoría económica y jurídica existen distintos modelos de banco central que han sido descritos por la doctrina: «Los trabajos de Rogoff (1985), Walsh (1995) y Svensson (1997) han planteado tres mecanismos alternativos que hacen posible la delegación de la política monetaria en bancos centrales independientes: a) el enfoque legislativo (Rogoff, 1985), consiste en elegir un banquero central que pondere de forma adecuada los objetivos de inflación y producción, dotándolo de autonomía por ley; b) el enfoque contractual (Walsh, 1995), propone el diseño de un contrato que penalice al banquero central de forma proporcional a la inflación; c) y el enfoque de objetivos, que se basa en que el gobierno fije un objetivo de inflación que ha de servir de referencia a las autoridades monetarias. El estudio comparativo de estos tres planteamientos ha constituido una referencia obligada en el debate sobre las reformas de las instituciones monetarias llevadas a cabo recientemente en un gran número de países, entre las que se destaca la creación del Banco Central Europeo...».¹²

Los objetivos esenciales de cualquier banco central son por un lado la estabilidad macroeconómica, fundamentalmente con el control de la inflación, e incluso el crecimiento estable de la economía como es el caso de la Fed no del Banco Central que no incluye este objetivo en sus estatutos fundacionales, creando con ello un marco de estabilidad macroeconómico que permita un crecimiento económico estable y duradero, sin grandes oscilaciones que pongan en peligro el propio objetivo del crecimiento.

Otras opiniones doctrinales afirman que: «Desde una perspectiva neokeynesiana, se explica que la política monetaria pueda llegar a ser temporalmente inconsistente cuando las autoridades pretenden actuar a la vez contra dos objetivos contrapuestos, como son el paro y la inflación, con una sola herramienta. El problema de la inconsistencia temporal afecta de forma determinante a la eficacia de la política monetaria. La solución que propone la literatura especializada es la cesión de las competencias de la política monetaria a un banco central independiente... Se considera que cuanto más independientes son los bancos centrales más creíbles son sus actuaciones contra la inflación, por lo que pueden reducir la inflación, con un coste social más bajo.... Por tanto, la transparencia y la consistencia de la política

¹² CAMPOY MIÑARRO, J. C. y NEGRETE MEDIIVILLA, J. C.: «Diseño de Bancos Centrales en economías abiertas: las ventajas del enfoque legislativo», *Economía Internacional: Nuevas aportaciones*, ICE n°. 814, marzo/abril, 2004

monetaria en el tiempo contribuyen a mejorar la reputación de la autoridad monetaria, a fortalecer su credibilidad, sirviendo así de ancla de las expectativas de inflación de los agentes económicos»¹³

Para conseguirlo se utiliza fundamentalmente la política de los tipos de interés, bajándolos en los momentos de dificultad económica para incentivar la economía mediante el consumo o la inversión de las empresas y particulares por ejemplo en la construcción, y subiéndolos cuando se sospecha que la economía al crecer mucho está disparando la inflación, poniendo con ello en peligro el propio crecimiento de la economía. Estos mecanismos de subida y bajada de los tipos de interés se han utilizado desde siempre por todos los bancos centrales del mundo con mucha efectividad para controlar la inflación, y conseguir crecimientos económicos estables y duraderos.

No todos los bancos centrales tienen la función muy destacada como es la de mantener la estabilidad financiera, ya que ésta suele ir acompañada de la función de supervisión bancaria, de hecho, a pesar de que los Estatutos del BCE contemplaban esta posibilidad no ha sido hasta ver las consecuencias de la crisis, y con un gran debate jurídico e institucional cuando el BCE ha asumido las competencias de supervisión financiera, y no de todas las entidades financieras.

Esta estabilidad financiera se consigue con un banco central fuerte, con capacidad de decisión enérgica y rápida, evitando los pánicos financieros que han sido una de las causas de quiebra del sistema financiero en otras épocas como en la Gran Depresión del 29 en Estados Unidos que provocaron la caída del sistema financiero, su confianza y una crisis económica de gravísimas consecuencias.

El medio que se utiliza fundamentalmente es la concesión de préstamos a corto plazo a las entidades financieras comerciales privadas para la consecución de liquidez que permita asegurar los depósitos bancarios y seguir concediendo créditos, evitando con ellos su quiebra y con ella la quiebra del propio sistema financiero de ese país y el eventual contagio al resto de países de su entorno o a nivel mundial al estar en todo, y más en lo económico, en un mundo globalizado.

Estos medios es lo que se denomina como el papel de los bancos centrales como «prestamistas de última instancia», cuando se cancela o disminuye sustancialmente los créditos interbancarios, o gozan de un interés inasumible, provocando que las entidades financieras carezcan de liquidez para mantener su actividad crediticia, y con ella garantizar los depósitos existentes en el banco, los bancos centrales actúan prestando dinero a corto plazo

¹³ CASTAÑO M. S. y CARRASCO, I.: «Bancos Centrales, independencia, transparencia, credibilidad y el comportamiento de los agentes», *Universidad de Castilla-La Mancha, Clm. Economía*, n.º. 14, 2009, pp. 205-232.

directamente a las entidades financieras privadas para dotarlas de liquidez, generando confianza y contribuyendo a la estabilización del sistema financiera y por lo tanto de la económica del país donde actúa el banco central.

Esta posición llevada al extremo prestamista de última instancia, como algunos llaman de «salvador de bancos privados» no deja de tener su contraparte crítica en los que opinan que genera un «problema de riesgo moral», porque genera incentivos para que las instituciones financieras adopten estrategias poco prudentes, basándose en que los distintos bancos centrales de cada país les salvarán. Esta situación debilitaría la propia disciplina del mercado y generaría una nacionalización de las pérdidas del sector privado que por otra parte recaerá sobre el contribuyente con su propio dinero, restándolo de otras finalidades u objetivos públicos y más necesarios.

También se critica no solo la cuestión moral de la ayuda a la salvación de los bancos privados por sí misma, sino incluso por su alcance, ya que se desconoce siempre cuando se adoptan este tipo de medidas cual es la dimensión de la «infección financiera», es decir, del «mal financiero», en el caso de la crisis financiera de 2007, la dimensión de las hipotecas basura, y por lo tanto, lo que significa que el valor de los bienes colaterales ofrecidos como garantía no deja de ser poco fiable, absorbiendo los distintos bancos centrales en sus balances activos cuyo valor de mercado resultaría inexistente o muy bajo con respecto a sus valores originales del mercado en que fueron concedidos, muy distintos al del mercado en la época de la ayuda.

Esto lleva a que algunas teorías sostengan que el mercado financiero debería sostenerse solo, cumpliendo la más pura ortodoxia bancario-monetaria, y en consecuencia purgar los excesos y errores cometidos durante el largo período de expansión crediticia. Con ello, se dejaría que quebraran o se reestructuren las instituciones financieras cuyo comportamiento le ha llevado a incurrir en riesgos excesivos e insostenibles en época de crisis.

Alguna doctrina financiera apunta en esa dirección: «El estallido de la burbuja inmobiliaria en Estados Unidos fue como un balde de agua fría sobre la economía mundial. Los mercados mundiales se volvieron volátiles y los flujos de capitales hicieron temblar a varias economías desarrolladas, desde países tan pequeños como Islandia hasta baluartes de la economía mundial como el Reino Unido..... La difícil situación atravesada por la economía estadounidense erosionó la confianza en la sustentabilidad del déficit de cuenta corriente estadounidense y, por extensión, socavó la confianza en el dólar, tal como había previsto Triffin hace más de medio siglo...»¹⁴.

¹⁴ TRUCCO, P.: «¿Carga o privilegio? El dólar estadounidense y la puja por la reforma del sistema monetario internacional», *Estudios Internacionales 169*, Instituto de Estudios Internacionales, Universidad de Chile, 2011, pp– 7-33.

El debate sobre el rescate bancario sigue estando vigente en el debate político, institucional y doctrinal en Europa y por supuesto en todo el mundo desarrollado. Abandonar a su suerte a las entidades financieras en apuros no es planteada por ningún banco central serio en la actualidad, aunque existen distintos modelos para afrontar medidas concretas en contenido y en tiempo como se han visto ante la propia crisis financiera, pero ninguna de ellas la de dejar caer a las propias entidades financieras, ya que la experiencia de otras épocas especialmente la Gran Depresión de los años veinte del siglo pasado, donde esa teoría extremadamente ortodoxa en lo bancario, estuvo en la génesis de la gran crisis de esos años con las consecuencias ya conocidas, y el pánico generalizado con efecto contagio al resto de entidades financieras y al propio sistema financiero en su conjunto y a la propia económica nacional e internacional en concreto.

La Reserva Federal alimentó antes de esos años veinte del siglo pasado, primero una expansión de la oferta monetaria que condujo a una inflación de activos y después toleró una brutal contracción de esa variable que desencadenó el desplome del mecanismo de pagos de la economía norteamericana.

Por todo ello, la respuesta de todos los bancos centrales ante la crisis financiera ha estado muy alejada de ésta última teoría, obedeciendo a una clara lógica económica-financiera, interviniendo ante una clara amenaza de derrumbe del sistema de pagos, respondiendo con ello de manera razonable a la vista de la evidencia empírica y de la literatura económica disponible. «quizás si hubiese sido posible buscar alternativas en las cuales los bancos sólidos hubiesen creado un consorcio, o fórmulas similares, para sanear y consolidar a las entidades con dificultades. Por desgracia eso no ha sucedido, y no sabemos si el éxito habría acompañado los bienintencionados propósitos. Ahora ya es tarde para plantearse esa opción y lo único que se debe exigir al Banco de Inglaterra es que su intervención en el mercado sea prudente y, en todo caso, coyuntural. Esta no es la mejor alternativa, pero quizá es el mal menor»¹⁵

El propio Banco de Inglaterra en el año 2006-2007 adoptó y aprobó medidas contra la crisis financiera, en concreto aprobó un «esquema especial de liquidez» para conjurar el impacto sobre el sistema de pagos del Reino Unido de la crisis financiera, y así evitar que la restricción de liquidez y la fuerte corrección bajista del sector inmobiliario degeneren en posiciones masivas de insolvencia en las instituciones de crédito, intentando con ello cumplir una de las tareas tradicionales de todo banco central, impedir la creación de un escenario de pánico en el cual el mercado no discrimine entre entidades que afrontan problemas de liquidez y otras que si lo tienen, incluso de solvencia.

¹⁵ Artículo «Virtudes y riesgos del mal menor: El Banco de Inglaterra ha acudido en socorro de las entidades financieras. Que dure poco, que sea coyuntural», Mervyn King gobernador del Banco de Inglaterra, *Actualidad económica*, abril-mayo de 2006.

El Banco de Inglaterra con ello aplica la Ley Bagehot, suministrar sin límite el dinero que se demande por las instituciones financieras con tipos más altos como contrapartida, y con garantías sólidas para garantizar su devolución futura.

Los propios objetivos del BCE y su propia estructura jurídica e institucional limitan su capacidad de decisión: «La Fed considera de su responsabilidad no sólo el controlar la inflación sino también estimular el crecimiento económico, objetivo que no aparece en el mandato del BCE, cuyo objetivo principal es controlar la inflación, tiene una estructura descentralizada donde los representantes de los bancos centrales de cada país tienen un gran poder, sus decisiones son secretas y no tienen que explicar sus decisiones ni a las autoridades europeas ni a los Gobiernos de la UE. El Federal Reserve Board, por el contrario, es un organismo altamente centralizado, sensible a la opinión del Congreso de los EEUU, al cual tiene que rendir cuentas, siendo sus actas públicas»¹⁶.

Algunos autores apuntan a la propia estructura federal, la que motiva una distinta respuesta ante la crisis. «Si la Unión Europea tuviera un sistema federal como EEUU tendría más herramientas para solucionar los problemas económicos y financieros que están afectando a algunos de los países miembros, como consecuencia de la crisis. Si el Banco Central Europeo funcionara como la Reserva Federal de los Estados Unidos habría podido intervenir en la crisis de algunos Bancos para evitar que sean los Estados los que tengan que asumir la deuda privada de los Bancos en crisis. El problema de la UE, y muy particularmente de la Eurozona, es no tener una estructura federal como la que tiene EEUU. El problema de la Eurozona no es que Grecia o Irlanda tengan una deuda pública muy acentuada, sino que no existe una estructura federal y un Gobierno central que permita resolver el problema. El problema de la Eurozona no es un problema financiero, sino político, no existen las estructuras federales que permitan resolver los problemas que se den en esta unidad monetaria»¹⁷.

Sin llegar a tanto, ni obligar a crear una estructura de Estado similar a la de EEUU como argumento para superar una crisis económica, es evidente que la Fed tiene más y mejores instrumentos, como se ha demostrado para dar respuestas sólidas y eficaces ante crisis económicas, como también veremos cuando realice las propuestas o conclusiones correspondientes. Pero lo cierto también es que la UE no es un Estado Federal y no parece que vaya en ese camino, ni siquiera es un Estado; es una organización internacional

¹⁶ VICENÇ NAVARRO: «¿Por qué la UE tiene un menor crecimiento económico que EEUU?», *Temas para el debate*, n° 125, 2005.

¹⁷ VICENÇ NAVARRO: «Si la Unión Europea tuviera un sistema federal como EEUU», *Temas para el debate*, n° 197, 2011.

compleja y diferente al resto donde hay una importante cesión de soberanía como en relación con la política económica; por eso, no se puede trasladar el modelo del Sistema Federal Bancario de EEUU automáticamente a la UE.

«En cuanto a los objetivos, la Fed siempre fue un organismo atento fundamentalmente a evitar presiones inflacionistas en la economía... Ahora bien, ante un panorama claramente recesivo, la Fed optó por tratar de incentivar el crédito y la demanda mediante una tasa de interés casi nula y con el apoyo a los planes de rescate financiero de grandes bancos y empresas comprometidas. Por cierto, cabe destacar que la Fed, empujada por la crítica situación, ha pasado a adoptar el papel, poco común para ella, de reactivador de la economía estadounidense, y ha dejado de asumir el clásico rol antiinflacionario».¹⁸

«Es evidente además que la política monetaria interactúa con la política económica en general, y en particular, con la política fiscal; mientras que la primera pasa a manos del BCE, la segunda se queda en manos de los Gobiernos de los países que forman parte de la UE, lo que provoca evidentes tensiones y la son también evidentes la necesidad de que una y otra actúen coordinadamente. Basta decir que de nada serviría una política monetaria restrictiva si la fiscal fuese expansiva. Ni los Estados ni el Consejo ni el BCE pueden maximizar sus competencias hasta el extremo de desconocer la autonomía, las competencias y los intereses de los otros, lo que algunos autores han denominado «federalismo horizontal de los Estados»¹⁹.

«La independencia del BCE, y en general de la banca central, produce una suerte de federalismo de los poderes en el ámbito de la moneda. El banco es tan autónomo en su manejo como lo es, *mutatis mutandi*, una Comunidad Autónoma en el ejercicio de sus competencias. Esta federalización horizontal rompería los principios y esquemas tradicionales de ordenación-organización del poder ejecutivo y en general del Estado»²⁰. «Se podría decir que estaríamos asistiendo a una fragmentación del poder del Estado; la quiebra del principio de jerarquía es la manifestación más elocuente»²¹

¹⁸ LICHTENSZTEJN TESZLER, S.: «Efectos observados y efectos inesperados de la crisis global», Iztapalapa *Revista de Ciencias Sociales y Humanidades*, n.º. 70, enero/junio, 2011, pp. 39-50.

¹⁹ BETANCOR RODRÍGUEZ, A.: «La posición del Banco Central Europeo en el sistema institucional comunitario: independencia y equilibrio interinstitucional. El federalismo horizontal en el manejo de la moneda», *Revista de estudios políticos*, n.º 90, 1995 pp. 293-295.

²⁰ ALONSO GARCIA, R.: «Derecho Comunitario. Sistema constitucional y administrativo de la Comunidad Europea», CEURA, Madrid, 1994.

²¹ PAREJO ALFONSO, L.: «Crisis y renovación en el Derecho Público», CEC, Madrid, 1991.

«La Fed actuó más rápida y progresivamente que el BCE, aunque más tarde que los estadounidenses, los europeos se han tenido que emplear también a fondo»²². Esta es una descripción y para otros una crítica de la realidad de la actuación del Fed y del BCE en la crisis. Esta rapidez del Fed de actuación ante la crisis Charles Wypolz, profesor del *Graduate Institute of International Studies*, piensa que el principal motivo fue «la cercanía», «al explotar la crisis en territorio estadounidense, con las tristemente conocidas hipotecas subprime, la Fed actuó desde el primer momento, en la zona euro no existían este tipo de productos de ahí el lógico retraso del BCE».

En resumen, la propia estructura, competencias, funciones y origen histórico de los bancos centrales condicionan las respuestas ante situaciones de crisis económicas o financieras relevantes. No todos los bancos centrales del mundo son iguales, como tampoco lo son todos los Estados, como tampoco lo son todas crisis. Pero lo cierto es que cada crisis económica y/o crisis financiera nos deja algunas lecciones, y en el caso del BCE y en concreto de la UE, esta última ha motivado el avance hacia la Unión Bancaria, dotando incluso al BCE de funciones de supervisión financiera inéditas hasta el momento, e incluso derribando muros en la toma de decisiones no convencionales bajo la ya frase mítica y para la historia del entonces Presidente del BCE Mario Draghi «Haré todo lo que sea necesario, y créanme será suficiente».

La conclusión más evidente es que en el proceso de construcción de la UEM todavía quedan partes por cumplir, pero que el destino de ésta no puede quedar en manos de palabras más o menos mágicas que movilicen los mercados económicos o financieros, y si más bien en reformas de calado que garanticen al menos en términos de estructura institucional respuestas ágiles, creíbles y eficaces ante los nuevos desafíos que seguro que se irán presentando en el futuro.

III. HACIA UNA «POLÍTICA FISCAL COMÚN»

Paralelo a cualquier reforma de las estructuras institucionales y de las funciones del BCE, debe ir acompañado en un avance claro en el proceso de creación de la Unión Económica y Monetaria, o lo que es lo mismo, debe de ir paralelo o unido a la creación en el seno de la zona euro de una política fiscal común.

El error ha estado y está en considerar que con la política monetaria sola, y vinculada exclusivamente con la estabilidad de los precios, se iba a atajar cualquier dificultad económica.

²² Artículo de Rubén Nicolás, en *Actualidad Económica*, febrero 2010, «Duelo en las altas cumbres monetarias».

La crisis iniciada en 2007 ha puesto de manifiesto por un lado las debilidades de supervisión bancaria en la zona euro que se pretende conseguir con los avances hacia una supervisión única por parte del BCE, y por otro la diversidad de la Eurozona con países que accedieron al euro con estructuras económicas muy diferentes y con políticas fiscales y presupuestarias poco coherentes, y por lo tanto con un proceso de construcción en lo económico y monetario en el seno de la UE claramente incompleto. Tenemos un mercado común y una moneda común, pero sin políticas fiscales comunes.

Si a eso le sumamos un banco central sin todos los instrumentos necesarios para luchar contra la crisis, y con unos objetivos muy estrictos vinculados en exclusiva con la estabilidad de precios, nos da una radiografía precisa de la situación actual, y también de los necesarios cambios que se pueden plantear en el futuro.

Estamos ante lo que se ha denominado como una «Europa incompleta», que ha tenido evidentes consecuencias en la respuesta ante la crisis. Y como diría J.L. Díez: «La eurozona no deja de ser un matrimonio múltiple entre diversos países, pero con separación de bienes»,²³ descripción que pone de manifiesto las carencias en el proceso de construcción europea hacia una verdadera Unión Económica y Monetaria, y la necesidad por tanto de introducir modificaciones y cambios, que nos permita avanzar continuando con el símil, hacia un matrimonio entre varios países, pero en régimen de gananciales.

La estabilidad económica de la zona euro se ha demostrado que no es solo posible con la política monetaria; la ausencia de una política económica única, tan solo coordinada como se establecen en los tratados, ha demostrado que ha generado choques entre lo económico y lo monetario, y entre gobiernos de distintos países de crecimiento y estructuras económicas distintas entre sí.

En estos momentos se hace necesario de forma inevitable si se pretende seguir avanzando en un proceso de construcción europea sólido y que garantice una estabilidad económica en la zona euro de cara al futuro, una nueva transferencia de soberanía a las instituciones europeas para compensar los desequilibrios estructurales en la zona euro, o bien hacia una coordinación reforzada de las políticas económicas de los Estados miembros, o bien hacia una unión fiscal y presupuestaria real.

La política fiscal no es otra cosa que la cantidad y el modo en que los gobiernos recaudan y gastan, es decir, de qué modo administran sus presupuestos, y en la actualidad dichas políticas son responsabilidad de los Estados, aunque los veintisiete deben coordinar sus políticas fiscales de acuerdo con las directrices marcadas por el Pacto de Estabilidad y Crecimiento y por

²³ DÍEZ CANGAS, J.C., *Hay vida después de la crisis*, Plaza y Janes, Barcelona 2013.

el Tratado que limitan el gasto y el endeudamiento de los gobiernos. La simple coordinación de la economía, de la política fiscal y presupuestaria que establecen los Tratados se ha demostrado insuficiente, así como escasamente exigente como se ha demostrado en los casos de incumplimiento del Pacto de Estabilidad y Crecimiento.

El compromiso de los gobiernos para mantener las finanzas públicas saneadas, y los mecanismos de respuesta por su incumplimiento, parecían suficientes ante la ausencia de instituciones federales de tipo financiero y presupuestario, y unido a una política monetaria común orientada a la estabilidad de precios, se pensaba suficiente para garantizar un alto nivel de crecimiento económico y altos niveles de empleo, y las cosas funcionaron mientras la economía creció, pero ante las dificultades, y especialmente con la crisis financiera a partir de 2007, se ha demostrado que todas esas reflexiones y argumentos han sido superadas por la realidad actual.

El planteamiento por tanto consistiría en que no existen alternativas a «más Europa», que la simple coordinación económica no ha servido ha sido deficiente, y que incluso los países de economías más potentes con Alemania a la cabeza nunca aceptará la asunción entre todos los países la responsabilidad de la deuda pública común, emitiendo bonos europeos, mientras no exista una rápida y profunda armonización fiscal en los impuestos, en los límites de gasto y el déficit público final, lo que implicaría una reforma de los Tratados, que sin duda no es rápida al llevar aparejado una nueva transferencia de soberanía y por lo tanto la ratificación por cada uno de los Estados, con los consiguientes riesgos de negativa como ya sucedió, pero dichos riesgos no son ni pueden ser impedimento para avanzar en dicho proceso, dejando atrás un modelo ambicioso basado en una política monetaria centralizada y única con políticas económicas descentralizada pero coordinada, que a la vista de todo lo que ha sucedido en especial como consecuencia de la crisis se ha demostrado insuficiente y lleno de ineficiencias.

La última crisis ha demostrado la tremenda interacción, por no decir interconexión, entre política monetaria en manos del BCE, política fiscal en manos de los gobiernos nacionales y la estabilidad financiera, generándose un peligroso triángulo de potenciales peligros económicos, donde solo la solución a uno de ellos se ha demostrado que no es suficiente. Hay que liberar a la política monetaria de tener que dar respuestas a elementos negativos derivados de otras áreas de la política económica.

El avance hacia la Unión Bancaria con una supervisión bancaria única en manos del BCE es un paso en la buena dirección, pero se han demostrado evidentemente poco exitosas las fórmulas de mejora de un marco de gobernanza económica, para conseguir una mayor disciplina fiscal y una mejora de la competitividad de la zona euro. Entre otras cosas porque el éxito de ese marco de gobernanza económica de los países de la zona euro, depende en

buena medida de la velocidad y alcance de su ejercicio y desarrollo, dejándolo en todo caso en manos de la voluntad de los Gobiernos nacionales, y eso ya se ha demostrado que resulta insuficiente.

Baste recordar la deficiente aplicación del Pacto de Estabilidad y Crecimiento que pretendía mantener las condiciones de convergencia nominal de los países de la UE, en especial de la zona euro, y lograr con ello la estabilidad del euro como condición necesaria para la incorporación a la moneda única, con los incumplimientos de importantes países con procesos de déficit excesivo que finalmente quedaron en escasas por no decir nulas consecuencias.

Existe en el seno de la UE un amplio consenso en torno a que las finanzas públicas saneadas son esenciales para el crecimiento y la estabilidad económica, estableciéndose reglas concretas sobre el comportamiento fiscal de los Gobiernos de los Estados miembros concretados en el Pacto de Estabilidad y Crecimiento con sus distintas versiones que se han realizado a lo largo de los años, que como ya hemos visto han sido insuficientes. Existía en el seno de la UE la consideración de que la política fiscal estaba situada en un nivel de consideración inferior al de la política monetaria al que se le prestó toda la atención, y se ha demostrado una estrategia equivocada.

En 2011 en plena crisis económica se avanzó en subsanar las deficiencias del marco institucional de la Unión Económica y Monetaria adoptándose una serie de iniciativas o medidas relativas a la política fiscal y macroeconómicas, que pretenden mejorar las reglas fiscales de la UEM y contribuir a restablecer la disciplina fiscal para un buen funcionamiento de la UEM, reforzando con ello la dimensión económica de ésta y con ello una mayor integración económica en la zona del euro. Con las reformas del marco de gobernanza económica se pretende un primer y necesario paso en la idea de reforzar los cimientos económicos en la UE, y en especial en la zona euro, haciendo recaer en su aplicación y cumplimiento riguroso una vez más, el éxito de dichas medidas²⁴.

En definitiva, en la actualidad la coordinación de la política económica o los marcos de gobernanza económica de la UE siguen en manos de la

²⁴ Sobre el papel del BCE en la gobernanza económica de la UE, que ha dado lugar a la emergencia de una «proto-constitución» económica o un Derecho constitucional económico, puede verse TUORI, K./ TUORI, K., *The Eurozone Crisis. A constitutional Analysis*, CUP, Cambridge, 2014. En España, GORDILLO PÉREZ, L.I. y CANEDO, J.R., «La Constitución económica de la Unión Europea. Bases de un modelo en constante evolución», en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo 2013), Vol. 5, Nº 1, pp. 163-183. Asimismo, GORDILLO PÉREZ, L.I., «Constitución económica, ordoliberalismo y Unión Europea. Ensayo de una caracterización del Derecho económico europeo», en GARCÍA GUERRERO, J. L. (Dir.), *Constitucionalizando la globalización*, Tirant, Valencia, 2018, pp. 813-845.

voluntad política de los Gobiernos de los países miembros de la zona euro, eso sí con un refuerzo de las exigencias e incluso de las posibles consecuencias en caso de incumplimiento. Pero todas esas medidas se han demostrado insuficientes, ya que su incumplimiento o deficiente cumplimiento, dependen como hemos dicho de la iniciativa y autoexigencia de cada uno de los Estados miembros. Es más, dichas políticas fiscales exigentes acordadas en las instituciones de la UE, la crisis ha demostrado que su cumplimiento o incumplimiento afectan también a la política monetaria, en una suerte de vasos comunicantes, que es necesario taponar con reformas estructurales importantes en el seno de la UE, donde se proceda a una nueva cesión importante de soberanía con el escenario a medio plazo de la Unión Fiscal.

Se trataría de avanzar hacia un gobierno económico en el seno de la Unión Europea que fije una auténtica dirección en la política fiscal y económica, para lo que es necesario dotarlo de competencias reales, por lo que la modificación de los Tratados se antoja absolutamente necesaria como veremos en el último punto de estas propuestas.

Esa gobernanza común económica en la Eurozona como espacio no ya de coordinación económica sino de consecución de una política económica y fiscal común, con una institución europea de referencia que la posibilite, y con la creación de un instrumento de deuda pública europea conocidos como eurobonos. Estos conducirían a reforzar la estabilidad financiera en la zona euro, ya que una buena parte de la deuda pública de los países de la eurozona está en la cartera financiera de las entidades financieras de dichos países, lo que ocasionó la transmisión rápida de los problemas entre sector público y privado.

La creación de un Tesoro Público a nivel europeo nos situaría en una posición cercana que no equiparable al bono del Tesoro de los Estados Unidos que los mercados conocen y saben que es un activo seguro pese a las dificultades pudiera haber eventualmente en las finanzas federales de dicho país. Sin embargo, en la Eurozona se podría quebrar el «riesgo-país» con la creación a medio o largo plazo de los eurobonos, siendo plenamente consciente que este proceso solo se consumará si existe previamente una unión fiscal ya que al emitirse deuda pública el riesgo sería compartido por los países de la zona euro con los riesgos que ello generaría sin una unión económica y presupuestaria previa.

La emisión debería realizarla una institución europea de la eurozona, de carácter por tanto supranacional, con un mecanismo de emisión conjunto cuyo primer efecto debería ser la reducción de los intereses que pagan los países por la emisión de su deuda pública, y con ello se resolverían problemas de liquidez que en la actualidad tienen o han tenido algunos países como España o Italia durante la crisis, al tener que pagar intereses mucho más altos que los de la deuda del resto de países de la Eurozona, resolviéndose las crisis de deuda sin necesidad de acudir a estímulos no convencionales como los

surgidos durante de la crisis y que tuvo que aplicar el BCE para mantener la estabilidad del euro. A esto habría que añadir que, al estar la deuda homogeneizada, se estaría avanzando decididamente en el proceso de integración económica en la Eurozona,

Estamos hablando de un objetivo que en estos momentos se alcanza a medio y largo plazo, y que solo cabría plantearse en estos términos si previamente se ha avanzado en la construcción de la Unión Económica y Monetaria ahora incompleta, con la creación de un ente europeo al que le puedan ser transferidas algunas competencias de política económica, una especie de Ministerio de Economía Europeo para los países de la zona euro, que sirva para mejorar los mecanismos que guían la política fiscal de las economías de la zona euro, pasando de la simple coordinación a la unificación de las mismas, al menos reforzando las reglas europeas que deben cumplir los distintos países de la eurozona.

En ese momento, la creación del Tesoro Público que ya la Comisión ha planteado a nivel europeo como una opción, cobraría toda su vigencia. Un Ministerio de Economía Europeo, que habría que definir sus competencias, y también su financiación vía transferencia parcial o total de algún impuesto nacional o transferencias ordinarias de los Estados o bien acudiendo al mecanismo de deuda pública a través de los Eurobonos, que en este contexto de avance hacia la Unión Fiscal cobraría todo su significado. Pretender alcanzar el objetivo de un Tesoro Público Europeo sin previamente la consecución de una Unión Fiscal, manteniendo las competencias presupuestarias en manos nacional, se alcanza como utópico, por las reticencias de los países menos endeudados que ven en la mutualización de la deuda un riesgo para sus economías.

Ni siquiera algunas opciones acuñadas por la Comisión como los «eurobonos sintéticos» (SBBS en sus siglas en inglés, «Sovereign bond-backed securities») que no son más que valores respaldados por bonos soberanos que no requiere que los países agrupen los préstamos, han alcanzado la luz por la reticencia de los mismos países de siempre, que mantienen su posición en torno al principio de la propia responsabilidad de los Estados miembros en su política económica y presupuestaria, y por temor a que este mecanismo de nueva creación acabe apoyando a los países más endeudados por la puerta de atrás, adquiriendo de nuevo dinero más barato y aumentando más el gasto público bajo el paraguas europeo. Este nuevo mecanismo busca diversificar las exposiciones de la deuda soberana, ya que en los bancos hay mucha deuda pública al ser las entidades financieras las principales compradoras de dicha deuda, pero que cuando llegan las crisis los problemas se multiplican, al existir un gran vínculo entre entidades financieras y país, buscando este nuevo instrumento de ingeniería financiera debilitar dicho vínculo financiero-soberano.

Sin avances en Unión Fiscal no cabe hablar de Eurobonos, ésta en la principal conclusión, y el principal reto al que se enfrenta el futuro de la Eurozona, junto con la culminación de la Unión Bancaria.

IV. CONCLUSIONES

La trascendencia del Banco Central Europeo cobra una extraordinaria importancia a la luz de la crisis económica que comenzó en el 2007. Hasta ese momento para buena parte de la opinión pública el BCE era una institución más de la UE unida al nacimiento del «euro» y a la transferencia de soberanía de los Estados de la Eurozona, pero no se había llegado a discutir tan ampliamente sobre sus funciones, el alcance de sus competencias, las razones de los cambios legislativos que eran necesarios, si dichas funciones condicionaban o no las respuestas ante la crisis financiera y económica que se estaba viviendo, e incluso la comparativa con el resto de bancos centrales del mundo especialmente la Fed.

Pues bien, a partir de la última crisis económica, el BCE se ha encumbrado como una de las instituciones más relevantes de la UE, la institución que más competencias ha asumido desde entonces, la que más ha dado objeto a discusiones económicas y políticas en torno a sus decisiones para hacer frente a la crisis financiera, e incluso protagonizar y ser el centro de las futuras reformas en el seno de la Unión Europea.

Las características intrínsecas al devenir de la UE prácticamente desde su origen hay que verlas como un elemento positivo y de oportunidades de cara al futuro, pero debemos de resaltar también sus riesgos, traducidos en la complejidad en la toma de decisiones, la propia existencia de varias velocidades en función de los intereses de cada país debilita de alguna manera el proyecto europeo, o la lejanía de los ciudadanos en la propia toma de las decisiones cuando estas son protagonizadas por órganos europeos cuya organización y estructura han sido objeto de críticas por falta de transparencia, cuando no de déficits democráticos como luego analizaremos. En todo caso, pese a estos inconvenientes, el proceso de construcción de la UE y en concreto el proyecto hacia la UEM representa en sí mismo avances que debemos resaltar y valorar positivamente.

Las grandes decisiones de la Unión Europea en torno a una mayor integración se van adoptando con una aparente desesperante lentitud; poner de acuerdo a países distintos, con estructuras políticas y económicas diferentes, en momentos no coincidentes bajo el criterio de oportunidad no es tarea fácil; cualquier proceso de esta naturaleza exige cesión de soberanía y el impacto de ello en la opinión pública de los diferentes Estados es siempre un tema sensible. Mediante la creación del proceso por etapas, no solo facilita dicho entendimiento, sino que permite la conclusión de los procesos jurídicos, políticos e incluso económicos necesarios para la consecución del objetivo.

Es cierto que la política monetaria ha estado presente desde el inicio del proceso de construcción europea, pero no es menos cierto, que su desenvolvimiento ha sido siempre convulso.

A partir del Tratado de Maastricht, donde se introduce en el marco de las competencias la creación de la Unión Económica y Monetaria, se ha traspasado la puerta hacia la integración política pero lentamente, aunque esa no fuera la idea inicial de sus «padres políticos», para lo cual ha sido necesario ir cediendo ámbitos de acción que pertenecen a la soberanía de un país.

La puesta en circulación del euro, en la tercera fase del proceso de la unión monetaria, constituyó uno de los hitos más relevantes de la construcción europea, superando incluso las previsiones de los escépticos y de parte del mundo económico y político que dudaban de la posibilidad de una unión monetaria entre países de un mismo continente, pero tan distintos, por no decir dispares, pronosticando su fracaso.

El euro es, sin duda, la historia de un éxito en términos políticos y, sobre todo, económicos, que ha traído bienestar a una parte importante de la ciudadanía europea, pero, como en todo proceso y, la construcción europea no es una excepción, ha presentado dificultades. La complejidad del proceso de integración europea justifica plenamente estos problemas, pero no que sean utilizados por algunos para demorar o, incluso, detener el proceso de construcción europea que, como se ha dicho reiteradamente, parece siempre inacabado.

Es evidente que la creación de una moneda común supuso la cesión de competencias de los Estados miembros que así lo hicieron, es decir, una cesión de soberanía monetaria compleja, que supuso la creación de una estructura institucional que sirviera a los objetivos de la única dirección de la política monetaria, pero que conservaba para su ejecución los Bancos Centrales Nacionales, por lo que se constituyó no sólo una institución nueva el Banco Central Europeo, sino un Sistema, es decir, un instrumento, sin personalidad jurídica, que coordine la ejecución de la política monetaria en la zona euro.

Para los países que todavía no han adoptado el euro, y por lo tanto conservan intacta su soberanía en las competencias monetarias, con sus propios bancos centrales nacionales ejerciéndolas, se adoptó la decisión de que pertenecieran al SEBC, aunque sin personalidad jurídica y sin funciones ejecutivas concretas, parece más un instrumento de transición para solucionar la aparente contradicción de la existencia en el seno de la UE de países con moneda única y países alejados de este modelo. Se pretende con ello dar una coherencia mínima a la política monetaria de la zona entre los Estados miembros de la UE, con independencia de si han adoptado o no el euro. El SEBC seguirán coexistiendo mientras continúe habiendo Estados miembros de la UE que no pertenezcan al euro, pese a carecer de personalidad jurídica, formando una «entidad virtual», sin órganos rectores propios correspondiendo éstos últimos a los del BCE.

El modelo de la Unión Económica y Monetaria que se gestó en Maastricht es evidente que ha funcionado cuando las circunstancias económicas han

sido favorables, pero también es evidente que la crisis ha sacado a la luz algunas de sus importantes debilidades, que en algunos casos ya se vieron como amenazas con mucha anticipación, cuya ausencia de subsanación ha provocado que la respuesta de la UE, y especialmente de la Eurozona, a las turbulencias de la crisis hayan sido más tardías y más débiles que el resto de las zonas económicas también afectadas por la crisis, y en concreto de la Fed o del Banco de Inglaterra.

Hay tres elementos que configuran a mi juicio la necesidad de un cambio de modelo institucional en las instituciones europeas, especialmente vinculadas con la Unión Económica y Monetaria, y en concreto del BCE: La implantación de una política monetaria por parte del BCE para países de la zona euro con características económicas no solo distintas sino en algunos casos contrapuestas; el incumplimiento del Pacto de Estabilidad y Crecimiento por importantes países como Alemania y Francia, generando una especie de «amnistía a la carta» en función de la importancia del país incumplidor, provocando además una relajación de las normas aplicables al caso, que restó credibilidad al contenido y objetivo de dicho Pacto; la profunda debilidad de la llamada coordinación de las políticas económicas de los países de la zona euro, que estaba construida solo con la propia base de las intencionalidades o voluntades políticas del gobierno del país concreto de que se trate; y por último, la ausencia de una verdadera y única supervisión bancaria de la zona euro, haciendo además descansar, como consecuencia de la inexistencia de una Unión Bancaria, en los países la respuesta a las consecuencias de las quiebras bancarias, existiendo además una evidente transmisión entre riesgo bancario y riesgo país y/o viceversa.

Todo ello, sumado con otras concausas, hace necesario avanzar decididamente en la reforma de la estructura institucional de la Unión Europea, especialmente de aquellas instituciones como el BCE que tienen la competencia directa en la política monetaria de los países de la zona euro, por cuanto se ha demostrado que la respuesta del BCE a la crisis ha sido diferente, en tiempo y en algunos contenidos, a la realizada por la Reserva Federal de los Estados Unidos o por el Banco de Inglaterra, sino que los medios de los que disponía el BCE para ello, es decir, su estructura institucional, sus objetivos estatutarios, su sistema de decisión etc. han contribuido a limitar sus respuestas.

Esta reforma exige cambios en el gobierno económico de la zona euro, pasando de un modelo de coordinación fundamentalmente dual a través del Eurogrupo y del Comisario de Economía, hacia un modelo integrado en lo fiscal y presupuestario, ante los evidentes fracasos del Pacto de Estabilidad y Crecimiento acaecidos en su reciente historia, avanzando por último y como consecuencia de lo anterior en la mutualización de la deuda pública, creando un Tesoro Público Europeo, con una institución propia y dando luz por fases, tramos o como se quiera concretar, la figura ahora impensable sin gobierno

económico pero posible con él, de los «eurobonos» eliminando la disparidad del coste de financiación de la deuda entre países, y evitando que futuras crisis financieras acaben en crisis económicas en la zona euro.

Es cierto que, tras el fracaso del Tratado Constitucional, el Tratado de Lisboa supuso un avance importante en el proceso de construcción de la UEM. La sola consideración del BCE como una institución más de la UE, incluyéndola por primera vez en el apartado de «Instituciones Europeas» (Título III), mientras que con anterioridad estaba bajo el epígrafe de «Otras instituciones», ha sido uno de los avances más importantes antes de la crisis. Aunque parezca un cambio puramente léxico o semántico, no lo es, por cuanto por primera vez se reconoce al BCE como una institución de la UE como las demás, y por lo tanto obligada a cumplir los objetivos de la Unión.

Pero después de la última crisis, donde se han visto más las debilidades del proceso incompleto hacia la UEM, exige de reformas más profundas, que complementen y avancen hacia las ya realizadas a partir de 2012 como por ejemplo en la Unión Bancaria, con la atribución como dato más destacado de la supervisión bancaria al BCE entre otras decisiones que se adoptaron.

Se trata de incorporar las reformas institucionales y legales que avancen hacia la culminación de la UEM, con contribuyan al fortalecimiento del «euro», que contribuyan a que las instituciones monetarias europeas tengan los mecanismos jurídicos y económicos necesarios a su alcance para abordar cualquier situación de crisis, eliminando las dudas que han existido sobre la idoneidad, alcance y fines de los objetivos estatutarios del BCE, y así evitar las dudas que ha generado la intervención del BCE en la última crisis que ha recibido importantes reproches doctrinales y de opinión pública en torno a su actuación tardía, cuando no errática, su «obsesión» de la institución por el control de la inflación relegando al olvido otros objetivos como el crecimiento económico, e incluso su actuación en algunos casos a remolque de las decisiones de otros Bancos Centrales.

V. BIBLIOGRAFIA

ALONSO GARCIA, R: «Derecho Comunitario. Sistema constitucional y administrativo de la Comunidad Europea», CEURA, Madrid, 1994.

ÁLVAREZ MARTINEZ, J. y SALINAS ALCEGA, S.: «La aplicación del procedimiento de déficit excesivo: los casos de Francia y Alemania». Análisis de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 13 de julio de 2004 (asunto C-27/04, Comisión contra Consejo), Instituto de Estudios Fiscales, 2005.

ARENAS ROSALES, R.: «Crisis financiera estadounidense: ¿al límite del abismo?», *Espacios Públicos*, Vol. 12, nº. 24, Universidad Autónoma del Estado de México, México, abril 2009.

- AYUSO, J. y MALO DE MOLINA, J.L.: «El papel de los bancos centrales durante la crisis financiera; lecciones para el futuro», *Papeles de la Fundación*, nº. 42, Fundación de Estudios Financieros, Madrid, 2013.
- BENZO, A.: «Construir una Unión Bancaria», *Papeles de Economía Española*, nº. 137. 2013. <https://www.funcas.es/publicaciones/Sumario.aspx?IdRef=1-01137>
- BETANCOR RODRÍGUEZ, A.: La posición del Banco Central Europeo en el sistema institucional comunitario: independencia y equilibrio interinstitucional. El federalismo horizontal en el manejo de la moneda». *Revista de estudios políticos*, Nº 90, 1995.
- BUITER, W.: «Why the United Kindong should be join the eurozone», *International Finance*, 2011.
- CALVO GONZÁLEZ, J. L. y CALVO GONZÁLEZ, T.: «El Banco Central Europeo ante la crisis ¿Otra política habría sido posible?», *Revista Universitaria Europea* nº. 19, diciembre 2013.
- CALVO HORNERO, A.: *La Unión Europea: Mecanismos financieros y moneda única*, Ediciones Pirámide, Madrid 2000.
- CAMPOY MIÑARRO, J. C. y NEGRETE MEDIAVILLA, J. C.: «Diseño de Bancos Centrales en economías abiertas: las ventajas del enfoque legislativo», *Economía Internacional: Nuevas Aportaciones*, ICE, nº 814, marzo-abril 2004.
- CASTAÑO MARTÍNEZ, M. S. y CARRASCO MONTEAGUDO, I (2009): «Bancos Centrales, independencia, transparencia, credibilidad y el comportamiento de los agentes», en *Cm.economía*, núm. 14, 2009.
- DE GREGORIO, J.: «El Rol de los Bancos Centrales tras la Crisis Financiera», *Documentos de Política Económica del Banco Central de Chile*, nº. 36, junio 2010.
- DE LA DEHESA ROMERO, G. «¿Cómo nació el euro?», *Libros de economía y empresa*, nº 1, 2010.
- DÍEZ VELASCO, M.: *Las Organizaciones Internacionales*, Tecnos, 14ª edición, Madrid, 2006.
- DÍEZ CANGAS, J.C., *Hay vida después de la crisis*, Plaza y Janés, Barcelona 2013.
- FARHI, M. y MACEDO CINTRA, M. A. «Crisis financiera internacional: contagio y respuestas regulatorias», *Revista Nueva Sociedad* nº 224, noviembre/diciembre, 2009.
- FERNÁNDEZ MÉNDEZ DE ANDRÉS, F.: «El Banco Central Europeo y los límites de la política monetaria». *ICE una Política Económica para la Recuperación*, nº 883, marzo-abril 2015.
- GALINDO MARTIN, M. A., MONTERO LORENZO, J.M. e IGLESIAS SUÁREZ, A.: «Déficit Público y Pacto de Estabilidad y Crecimiento: el reto de las economías europeas», Universidad de Castilla-La Mancha, *Economía*, nº 1, segundo semestre de 2002.
- GARCIA IGLESIAS, J.M. y PATEIRO RODRIGUEZ, C.: «Análisis de la estrategia de política monetaria del Banco Central Europeo (1999-2005)», *Trimestre Económico*, 2009.
- GARCIA-LEGAZ, J.: «La reforma del Pacto de Estabilidad y Crecimiento: un error histórico», *Cuadernos de Pensamiento Político*, Enero/Marzo 2005.
- GONZALEZ BOTIJA, F.: «Los límites de la autonomía del BCE», comentarios a la Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 Julio de 2003. *Revista española de derecho administrativo*, nº 123, 2004

- GONZALEZ IBAN, R.: «Política Fiscal del Euro y el Pacto de Estabilidad y Crecimiento», *Políticas Económicas del Euro*, nº 784 marzo-abril 2000.
- GONZALEZ-PÁRAMO, J.M. «Retos de la nueva Europea: La culminación de la Unión Económica y Monetaria», *Conferencia Club Siglo XXI Ciclo de conferencias «Tiempos de crisis»*, Madrid, 2012.
- «La gestión del Banco Central Europeo ante la crisis», *Revista de Economía Mundial*, 30, 2012.
- «La crisis financiera mundial: Lecciones y retos», en P. Martín-Aceña (ed.), *Pasado y Presente: de la Gran Depresión del siglo XX a la Gran Recesión del siglo XXI*, Fundación BBVA, Madrid.
- GONZÁLEZ VELASCO, M.C. y BRINCKMAN, R.: «Análisis de la integración y dependencia de las políticas monetarias de la Unión Europea», *Pecunia Monográfico*, 2011.
- GORDILLO PÉREZ, L.I. y CANEDO, J.R., «La Constitución económica de la Unión Europea. Bases de un modelo en constante evolución», en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2013), Vol. 5, Nº 1, pp. 163-183.
- GORDILLO PÉREZ, L.I., «Constitución económica, ordoliberalismo y Unión Europea. Ensayo de una caracterización del Derecho económico europeo», en GARCÍA GUERRERO, J. L. (Dir.), *Constitucionalizando la globalización*, Tirant, Valencia, 2018, vol. I, pp. 813-845.
- LICHESZTEJN TESZLER, S.: «Efectos observados y efectos inesperados de la crisis global», Iztapalapa, *Revista de Ciencias Sociales y Humanidades*, nº. 70, enero-junio, 2011.
- MALO DE MOLINA, J. L.: «La respuesta del Banco Central Europeo a la crisis», *Boletín Económico del Banco de España*, nº.115, julio-agosto, 2013.
- MANGAS MARTIN, A. y LIÑAN NOGUERAS, D.: *Instituciones y Derecho de la UE*, 6ª edición, Tecnos, Madrid, 2010.
- MEJIA GARCIA, L. y RODRIGUEZ NAVA, A.: «Estrategias de política monetaria en respuesta a la crisis global», *Argumentos*, Vol. 26, nº. 71, Universidad Autónoma Metropolitana Unidad Xocmilco, Distrito Federal, México, enero/abril 2013
- MILLARUELO, A. y DEL RIO, A.: «Las medidas de política monetaria no convencionales del BCE a lo largo de la crisis», *Boletín económico*, Vol. enero de 2013.
- NUÑEZ RAMOS, S.: «La respuesta a la crisis financiera internacional: medidas de estabilización financiera y estrategias de salida», *Presupuesto y Gasto Público*, 59, Instituto de Estudios Fiscales 2010.
- O'KEAN, J.Mª. «La crisis financiera y la Unión Monetaria», en *Unión Europea, armonización y coordinación fiscal tras el Tratado de Lisboa*, Universidad Pablo Olavide, Sevilla, 2011
- PAREJO ALFONSO, L.: *Crisis y renovación en el Derecho Público*, CEC, Madrid, 1991.
- REINHART, C. y ROGOFF, K.S.: «Growth in a time of debit», *National Bureau of Economic Research*; January 2010.
- SAAVEDRA SERRANO, M.C.: «La integración financiera y el nuevo sistema de gobernanza de la Unión Económica y Monetaria», *Revista Universitaria Europea* nº 26, Enero-Junio 2017, pp. 55-90.

- TRUCCO, P.: «¿Carga o privilegio? El dólar estadounidense y la puja por la reforma del sistema monetario internacional», *Estudios Internacionales* 169, Instituto de Estudios Internacionales, Universidad de Chile, 2011.
- VICENÇ NAVARRO: «¿Por qué la UE tiene un menor crecimiento económico que EEUU?», *Temas para el debate*, n° 125, 2005
- «Si la Unión Europea tuviera un sistema federal como EEUU», *Temas para el debate*, n° 197, 2011.

**LIFECOMP: EL MARCO DE REFERENCIA EUROPEO
PARA LA COMPETENCIA PERSONAL,
SOCIAL Y DE APRENDER A APRENDER.
RELEVANCIA EN EL CONTEXTO DE LA COVID-19¹**

*Lifecomp: The european framework for the key competence
personal, social and learning to learn. Relevance in the
COVID-19 context*

Marcelino Cabrera Giráldez

Investigador del Centro Común de Investigaciones de la Comisión Europea
Doctorando del Programa Unión Europea de la UNED

Arianna Sala

Investigadora del Centro Común de Investigaciones de la Comisión Europea

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-69\(1\)-2021pp155-186](http://dx.doi.org/10.18543/ed-69(1)-2021pp155-186)

Recibido: 29.05.2021

Aceptado: 18.06.2021

¹ Erratum/Errata: Tras la publicación en línea el 07/07/2021 (<https://revista-estudios.revistas.deusto.es/issue/view/270>) antes de la impresión definitiva del número 69 (1) de 2021 de la Revista, el autor de este estudio pidió a la Dirección de la Revista la inclusión de un segundo autor, concretamente el de Arianna Sala, a lo que la Dirección accedió tras las oportunas explicaciones el 13 de julio de 2021.

Erratum/Errata: After the online publication on 07/07/2021 (<https://revista-estudios.revistas.deusto.es/issue/view/270>) before the final printing of number 69 (1) of 2021 of the Journal, the author of this study asked the Editorial Team of the Journal to include a second author, Arianna Sala. The Editorial Team accepted the requested modification and it was made on July 13, 2021.

Resumen

Respetando el principio de la subsidiariedad, la Unión Europea promueve las competencias clave para el aprendizaje permanente. Una de las ocho que enunció el Consejo Europeo en su Recomendación de 2018 sobre competencias clave es la competencia ‘Personal, Social y de Aprender a aprender’. *LifeComp* es el marco conceptual europeo para esta competencia, que establece las tres áreas y las nueve subcompetencias que la componen: Autorregulación, Flexibilidad y Bienestar (Área personal); Empatía, Comunicación y Colaboración (Área social); Mentalidad de crecimiento, Pensamiento crítico y Gestión del aprendizaje (Aprender a aprender). El marco conceptual fue publicado en junio de 2020. Tener las competencias enunciadas por *LifeComp* se ha mostrado de particular relevancia en el contexto de la pandemia de la Covid-19. Describimos el marco y damos algunas indicaciones sobre su potencial para los ciudadanos tanto ahora como en la postpandemia.

Palabras clave

Competencias clave para el aprendizaje permanente, subsidiariedad europea, valores europeos, competencias personales, competencias sociales, pensamiento crítico, información falsa, desinformación, Covid-19.

Abstract

While respecting the subsidiarity principle, the European Union fosters the Key competencies for lifelong learning. One of the eight key competences proposed by the European Council in its Recommendation of 2018 on Key Competences is ‘Personal, social and learning to learn’. *LifeComp* is the European conceptual framework for this competence. It establishes three areas and nine subcompetences: Self-regulation, Flexibility and Wellbeing (Personal area); Empathy, Communication and Collaboration (Social area); Growth mindset, Critical thinking and Managing learning (Learning to learn). The conceptual framework was released in June 2020. Having the *LifeComp* competences have proven to be relevant in the context of the Covid-19 pandemic. We describe the framework and provide indications on its potential for citizens now and in the post pandemic era.

Keywords

Key competences for lifelong learning, European subsidiarity, European values, Personal competences, Social competences, Critical thinking, Misinformation, Disinformation, Covid-19.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: NORMATIVA EUROPEA. II. ¿QUÉ SON LAS COMPETENCIAS CLAVE PARA EL APRENDIZAJE PERMANENTE?. III. LA COMPETENCIA PERSONAL, SOCIAL Y DE APRENDER A APRENDER. IV. EL MARCO CONCEPTUAL LIFECOMP. 1. *Área Personal*. 2. *Área social*. 3. *Aprender a aprender: el pensamiento crítico*. V. CONCLUSIONES. VI. REFERENCIAS.

I. INTRODUCCIÓN: NORMATIVA EUROPEA

En 2006, el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea adoptaron la Recomendación sobre Competencias clave para el aprendizaje permanente (Parlamento Europeo y Consejo Europeo 2006), revisándola en 2018 (Consejo de Europa 2018). La Recomendación establece un conjunto básico de habilidades necesarias para trabajar y vivir en el presente siglo, respetando el principio de subsidiariedad aplicable a algunas de las políticas europeas. La subsidiariedad dicta que la autoridad debe resolver los asuntos en las instancias más cercanas a los interesados. El principio se aplica a los sistemas y políticas de educación, que son competencia exclusiva de los Estados miembros y, en algunos de ellos, de las regiones (de las comunidades autónomas en el caso de España).

El objetivo de la Recomendación es que todos los ciudadanos tengan el conjunto de competencias necesarias para su desarrollo personal, la inclusión social, la ciudadanía activa y el trabajo. La Recomendación proporciona un marco general de referencia europea de utilidad para los diseñadores de políticas públicas, los sistemas de educación y formación, el personal docente, los empleadores, los servicios de empleo y los estudiantes, al tiempo que apoya las iniciativas en las escalas local, regional, nacional y europea para promover el desarrollo de tales competencias con una perspectiva de aprendizaje permanente.

Los Estados miembros de la Unión Europea pueden adoptar la Recomendación del Consejo, señalando éste su respeto pleno por los principios de subsidiariedad y proporcionalidad que se aplican al ámbito de la Educación. Las Recomendaciones son actos legislativos no vinculantes que permiten a las instituciones europeas dar a conocer sus puntos de vista y sugerir una línea de actuación sin imponer obligaciones legales a los Estados miembros. Esto significa que la Comisión ofrece pautas de implementación de las Recomendaciones, elaborando pautas de la manera más consensuada posible (por ejemplo, a través de consultas a expertos de los diferentes países e incluso de fuera de la Unión Europea).

Por un lado, las competencias clave necesarias para el desarrollo personal, la empleabilidad y la inclusión social se derivan de la evolución

económica y social europea. Por otro, las diversas iniciativas implantadas en Europa durante la última década han sido un acicate importante. Tras los atentados terroristas de París, los Ministerios de Educación de los Estados miembros de la UE formularon la ‘Declaración sobre la promoción de la ciudadanía y los valores comunes de libertad, tolerancia y no discriminación a través de la educación’ (Ministros de Educación de la UE 2015), que reconoce la importancia de destacar, reconocer y promover los valores europeos a través de la educación formal, informal y no formal. Cada vez se presta mayor atención a la pertinencia de los valores comunes en el funcionamiento de nuestras sociedades. Así, el marco de referencia de competencias para una cultura democrática del Consejo de Europa presenta un conjunto exhaustivo de valores, capacidades y actitudes para una participación adecuada en las sociedades democráticas (Consejo de Europa 2018). De ahí que uno de los objetivos de la citada Recomendación sea reforzar la adquisición de competencias ciudadanas para concienciar sobre valores comunes, ya que forman la base del desarrollo personal y social.

Cabe decir que, si bien cada sociedad tiene un debate permanente sobre qué valores adoptar y promover, y que los países pueden tener diferentes enfoques para su enseñanza, la UE destaca la relevancia de sus valores fundamentales como motor clave de nuevas formas de escolarizar, aprender y relacionarse entre sí y con el entorno. Tales valores son los referidos en el Artículo 2 del Tratado de la Unión Europea (TUE) (UE 2012) y en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (UE 2000): respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de derecho, respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías, pluralismo, no discriminación, tolerancia, justicia, solidaridad e igualdad de género.

Por otro lado, el Pilar europeo de derechos sociales (Comisión Europea 2017) establece el principio de que toda persona tiene derecho a una educación, una formación y un aprendizaje permanentes inclusivos y de calidad. El pilar europeo señala que para ello las personas deben mantener y adquirir capacidades que les permitan participar plenamente en la sociedad y gestionar las transiciones en el mercado laboral de manera exitosa, así como el derecho de toda persona a recibir asistencia personalizada oportuna y al aprendizaje permanente para mejorar su empleabilidad. Además, la promoción de las competencias clave constituye uno de los objetivos del Espacio Europeo de Educación², que podría «aprovechar plenamente el potencial de la educación y la cultura como motor para la creación de empleo, la justicia

² Véase https://ec.europa.eu/education/education-in-the-eu/european-education-area_es

social y la ciudadanía activa, así como un medio de vivir la identidad europea en toda su diversidad» (Comisión Europea 2017).

II. ¿QUÉ SON LAS COMPETENCIAS CLAVE PARA EL APRENDIZAJE PERMANENTE?

La Comisión Europea define las competencias clave como una combinación de conocimientos, habilidades y actitudes (Comisión Europea 2018). El conocimiento se compondría de conceptos, hechos, datos, ideas y teorías que ya están establecidos y facilitan la comprensión de un área o tema determinado. Las habilidades se definen como la capacidad para llevar a cabo procesos y utilizar el conocimiento adquirido para lograr resultados. Las actitudes describen la disposición y la mentalidad necesarias para actuar o reaccionar ante las ideas, las personas o las situaciones. Para la Comisión Europea, las competencias clave se desarrollan a lo largo de la vida, mediante la educación formal, no formal e informal, y mediante el aprendizaje en diferentes entornos, incluidos la familia, la escuela, el lugar de trabajo, el vecindario y las diversas comunidades en las que participa el individuo. Todas las competencias clave se consideran igualmente importantes. Aspectos esenciales de unas apoyarán el desarrollo de otras, siendo transversales y complementarias. Por ejemplo, habilidades como el pensamiento crítico, la resolución de problemas, el trabajo en equipo, la comunicación, la creatividad, la capacidad de negociación, la capacidad analítica y las habilidades interculturales, están trasversalmente integradas en todas las competencias clave.

La Recomendación establece ocho competencias clave:

- Competencia en lectoescritura
- Competencia multilingüe
- Competencia matemática y competencia en ciencia, tecnología e ingeniería
- Competencia digital
- Competencia personal, social y de aprender a aprender
- Competencia ciudadana
- Competencia emprendedora, y
- Competencia en conciencia y expresión culturales.

Cada competencia necesita de un marco conceptual y una implementación adecuados, es decir, que tenga el consenso europeo y pueda ponerse en práctica en los sistemas de educación de los Estados miembros. En este artículo abundamos en el marco conceptual preparado por la Comisión Europea para la 'Competencia personal, social y de aprender a aprender' y elaboramos sobre la relevancia esta competencia, que se ha hecho palpable en el

contexto de la actual crisis sanitaria y socioeconómica causada por el virus SARS-CoV-2. Otras competencias claves como la digital y la emprendedora también tienen sus propios marcos de referencia europeos³, mientras que una institución paneuropea, el Consejo de Europa, ha desarrollado un marco referencial para la ‘Competencia ciudadana’⁴.

Una educación orientada a las competencias se centra en los resultados de los procesos de aprendizaje, así como en el hecho de que el aprendizaje ocurre en una amplia gama de contextos. La educación orientada a las competencias se considera ventajosa en un momento en que la base de conocimientos de nuestras sociedades se está desarrollando aceleradamente y las habilidades necesarias deben transferirse y desarrollarse en contextos sociales diversos (Comisión Europea 2018). Los ciudadanos europeos necesitan poseer unas competencias clave y unas habilidades básicas para su realización y su desarrollo personal, su empleabilidad, su inclusión social, y su participación cívica democrática. A lo largo del proceso de revisión de la Recomendación de 2006, se llevaron a cabo consultas, durante las cuales los educadores y expertos expresaron la urgente necesidad de considerar los aspectos del desarrollo personal y social en todos los niveles y sectores de la educación y la formación. Estos aspectos han recibido una variedad de nombres en estudios internacionales y marcos de competencias existentes, como ‘habilidades del siglo XXI’, ‘habilidades para la vida’, ‘habilidades socioemocionales’, ‘habilidades blandas’ (*soft skills*) o ‘habilidades transversales’.

La adquisición de competencias tiene también por objeto sentar las bases para la consecución de unas sociedades más equitativas y democráticas, respondiendo a la necesidad de ir hacia un crecimiento integrador y sostenible, mantener la cohesión social y desarrollar la cultura democrática. Un aspecto transversal en casi todas ellas es la competencia en sostenibilidad y de lucha contra el cambio climático. La educación se convierte en una herramienta primordial para ello. Fomentar una educación para la sostenibilidad, bajo una perspectiva de aprendizaje constante, es una necesidad imperiosa ante la emergencia que vivimos y el incierto futuro de las jóvenes generaciones⁵.

³ Véase DigComp (<https://ec.europa.eu/jrc/en/digcomp>) y EntreComp (<https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=1317&langId=en>).

⁴ Véase <https://rm.coe.int/libro-competencias-ciudadanas-consejo-europeo-16-02-18/168078baed>

⁵ Bianchi, G. y Cabrera Giraldez, M., 2021. *Hacia un marco europeo de educación para la sostenibilidad*. En preparación.

III. LA COMPETENCIA PERSONAL, SOCIAL Y DE APRENDER A APRENDER

La automatización está cambiando el mercado laboral. Las tareas rutinarias y poco cualificadas las realizan cada vez más las máquinas, lo que hace que las habilidades se vuelvan obsoletas rápidamente. Estamos asistiendo a cambios rápidos en las formas de empleo, que suelen estar dominadas por la temporalidad (EPSC. Comisión Europea 2019). Por otro lado, los empleadores buscan cada vez más a trabajadores flexibles y con disposición a formarse continuamente. Los cambios demográficos, debidos al envejecimiento de la población en la UE, ponen de relieve la necesidad de renovar esfuerzos para fomentar el bienestar personal y garantizar vidas más largas, pero también más satisfactorias, al tiempo que se fomenta el envejecimiento activo a través del uso de las tecnologías digitales (Cabrera, M. y Malanowski, N. (eds) 2009). Para hacer frente a situaciones complejas de la vida, los ciudadanos europeos deben desarrollar competencias que les permitan afrontar con éxito los retos que plantean las múltiples transiciones en su vida laboral, en su ámbito personal y en la sociedad. Las personas necesitan lidiar con la incertidumbre, reforzar su resiliencia y construir relaciones interpersonales exitosas.

La educación formal, no formal e informal⁶, puede contribuir a la adquisición de estas competencias. En la Recomendación revisada de 2018, el Consejo de la Unión Europea cambió la antigua competencia ‘Aprender a aprender’ de 2006, reconociendo la importancia del desarrollo personal y social. Fue entonces titulada Competencia clave ‘Personal, social y aprender a aprender’, definiéndose como la capacidad de que una persona reflexione sobre sí misma, gestione eficazmente el tiempo y la información, trabaje con los demás de forma constructiva, permanezca resiliente y gestione los procesos de aprendizaje. Entre otras habilidades, las personas deben conocer sus estrategias de aprendizaje preferidas y saber cómo seguir aprendiendo y buscando oportunidades de educación, formación y

⁶ La educación informal se ofrece de forma casual en la cotidianidad del día a día y no aparece el ámbito curricular ni en las instituciones educativas. Se recibe en lugares del ámbito cotidiano, profesionales y de relaciones sociales. La educación formal o reglada es intencionada y planificada. Es la que conocemos como enseñanza obligatoria, desde la educación infantil hasta el final de la educación secundaria, con diferentes grados de obligatoriedad según el sistema educativo de cada país. La educación no formal es intencionada y planificada, pero ocurre fuera del ámbito de la escolaridad obligatoria, como por ejemplo los cursos, normalmente opcionales, de formación de adultos en contextos extraescolares. En esta última categoría, los llamados MOOCs (*Massive Online Open Courses*), o cursos sobre materias específicas ofrecidas en Internet, están experimentando actualmente un auge considerable.

carrera. La nueva definición enfatiza que esta competencia «incluye la capacidad de hacer frente a la incertidumbre y a la complejidad, aprender a aprender, apoyar el bienestar físico y emocional, mantener la salud física y mental y ser capaz de liderar un futuro consciente de la salud y con orientación a la vida, la empatía y la gestión de conflictos» (Comisión Europea 2018). La competencia está entrelazada con las otras competencias clave y comprende conocimientos, habilidades y actitudes que todos los ciudadanos deben desarrollar para participar activamente en la sociedad y en la economía en un contexto de creciente importancia de las ‘habilidades blandas’ y de globalización.

Recordemos que, según las teorías clásicas del desarrollo sociocultural (Vygotsky, L. S. 1997), el aprendizaje ocurre a través del proceso de internalización derivado de las interacciones sociales. Debido a la interacción social y al andamiaje proporcionado por un ‘otro más informado’ (Abtahi, Y., Graven, M., y Lerman, S. 2017), el alumno puede expandir progresivamente su competencia y autonomía. Además, el desarrollo de los individuos se ve influido por su participación en múltiples sistemas en los que tienen lugar complejas interrelaciones (Bronfenbrenner, U. 1979). Esto nos lleva a subrayar la importancia, por un lado, de las interacciones con la familia, educadores, pares, etc., y, por otro, de la relevancia del contexto sociocultural.

La educación, al enseñar competencias personales y sociales, puede ser también un medio de realización y autosatisfacción (Donlevy, V., van Driel, B., Horeau McGrath, C. 2019). En la educación formal, se ha demostrado que los programas dedicados al desarrollo de competencias sociales y emocionales (por ejemplo, autorregulación, empatía, resolución de problemas, comunicación o colaboración) tienen efectos significativamente positivos tanto en los estudiantes como en el personal docente (Durlak, J. A. et al. 2011). La educación socioemocional contribuye a promover la salud mental, el rendimiento académico y la empleabilidad de los estudiantes, aumentando los comportamientos prosociales y reduciendo los disruptivos (Cefai, C., Bartolo P. A., Cavioni, V., Downes, P. 2018), de modo que los beneficios socioeconómicos derivados de estos programas superan sustancialmente sus costes (Belfield, C. et al. 2015).

Finalmente, cabe señalar que la enseñanza de la competencia a través de la educación puede contribuir a lograr la Meta 4.7 de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas: que «todos los estudiantes, para 2030, adquieran los conocimientos y habilidades necesarios para promover el desarrollo sostenible, incluyendo la educación para el desarrollo sostenible y estilos de vida sostenibles, los derechos humanos, la igualdad de género, la promoción de una cultura de paz y la no violencia, la ciudadanía global, el reconocimiento de la diversidad cultural, y la contribución de la cultura al desarrollo sostenible» (Naciones Unidas 2015).

La pandemia de la Covid-19 ha afectado nuestros estilos de vida, obligándonos a hacer cambios importantes en la educación, en el trabajo y en las habilidades necesarias en muchas facetas de la vida. En la situación actual, es especialmente importante que las personas sean capaces de reflexionar sobre sus grados de competencia como ciudadanos y que desarrollen, en particular, sus competencias personales, sociales y de aprender a aprender. El objetivo es desplegar nuestro potencial, autorregular nuestras emociones, pensamientos y comportamientos, y afrontar la complejidad que vivimos como agentes sociales responsables y ciudadanos reflexivos y prósperos.

IV. EL MARCO CONCEPTUAL *LIFECOMP*

La Comisión Europea ha desarrollado un marco conceptual, denominado *LifeComp* (Sala, A., Punie, Y., Garkov, V. y Cabrera Giraldez, M. 2020), en el que se identifican los elementos que componen la Competencia clave Personal, social y de aprender a aprender. El objetivo final del marco es dar un conjunto consensuado de directrices para la implementación flexible de esta competencia en los planes de estudio, respetando el principio de subsidiariedad europeo bajo el que se encuadran las políticas de educación y el aprendizaje permanente. Es significativo destacar que, en el momento de la publicación de *LifeComp*, los ciudadanos de todo el mundo estaban experimentando un gran estrés debido a una pandemia que ha generado incertidumbres sin precedentes. Una repentina crisis de salud pública mundial está provocando niveles desconocidos de alarma e inseguridad. Las sociedades y economías europeas se están viendo afectadas hasta el punto de que las personas se ven obligadas a adoptar actitudes de prevención radicales, cambiando sus estilos de vida y limitando sus interacciones sociales, creándose una conciencia sobre la dimensión colectiva y global de la salud humana.

La crisis de la Covid-19 está poniendo en tela de juicio las competencias personales y sociales que hemos adquirido a lo largo de la vida. Para hacer frente a la disrupción, los ciudadanos europeos están intentando adaptarse urgentemente a nuevas formas de aprender, trabajar, relacionarse con los demás y afrontar los peligros de la información deshonesto o distorsionada. Los medios de comunicación, y específicamente las redes sociales digitales, son un poderoso vehículo de transmisión de lo que se suele denominar «noticias falsas», contribuyendo a la incertidumbre general, un sentimiento exacerbado en estos tiempos. *LifeComp* es un marco que puede ayudar a los estudiantes y ciudadanos a adoptar una actitud preventiva con respecto a su propia salud y la salud de los demás, a discernir la información confiable de la desinformación, a autorregular las emociones y a gestionar el aprendizaje de manera flexible. Junto con un futuro marco competencial en sostenibilidad, *LifeComp* puede ayudar a conservar la esperanza, especialmente de las

generaciones jóvenes. *LifeComp*, de manera consensuada con numerosos expertos⁷, pretende establecer un lenguaje común las competencias personales y sociales necesarias en este contexto volátil, complejo e incierto. Veamos sus áreas y elementos.

Exponemos a continuación la tabla con las áreas y competencias de *LifeComp*. Describimos más adelante las correspondientes a las áreas de desarrollo personal y social. La estructura de *LifeComp* se corresponde con las tres áreas de la competencia clave (Social, Personal y Aprender a aprender). Los tres descriptores de cada una de las nuevas competencias que componen el marco siguen una lógica Concienciación, Comprensión y Acción (*Awareness, Understanding, Action*). *LifeComp* propone como metáfora un árbol, que enfatiza la interdependencia dinámica de todas las competencias en un individuo y un modelo de crecimiento en el tiempo. En las raíces se representa la conexión del individuo con el contexto sociocultural y con los demás, sugiriendo que todas las partes del árbol crecen simultáneamente y son igualmente necesarias su desarrollo como ser vivo.

⁷ Las consultas con estos expertos han sido numerosas y acompañadas de revisiones de la literatura. Véase la lista exhaustiva en la publicación de Sala et al. (2020).

Tabla 1. *LifeComp*: El marco de referencia europeo para la ‘Competencia clave personal, social y de aprender a aprender’

Área	Competencia	Descriptor
Área personal	Autorregulación Conciencia y gestión de las emociones, el pensamiento y el comportamiento	<ul style="list-style-type: none"> – Conciencia y expresión de las emociones, los pensamientos, los valores y los comportamientos individuales – Comprender y regular las emociones, pensamientos y comportamientos individuales, así como las respuestas al estrés. – Fomentar el optimismo, la esperanza, la resiliencia, la autoeficacia y un sentido del propósito en la vida de cara al aprendizaje y la acción
	Flexibilidad Capacidad para gestionar las transiciones y la incertidumbre y afrontar los desafíos.	<ul style="list-style-type: none"> – Disponibilidad para revisar las opiniones y la acción ante nuevas evidencias – Comprender y adoptar ideas novedosas, enfoques, herramientas y de actuar en contextos cambiantes – Gestionar las transiciones en la vida, la participación social, el trabajo y las formas de aprender, al tiempo que se toman decisiones conscientes y se establecen objetivos
	Bienestar Búsqueda de la satisfacción con la vida, cuidado de la salud física, mental y social; y adopción de un estilo de vida sostenible	<ul style="list-style-type: none"> – Conciencia de que el comportamiento individual, las características personales y los factores sociales y ambientales influyen en la salud y el bienestar⁸. – Comprender los riesgos potenciales para el bienestar y utilizar información y servicios fiables para la salud y la protección social. – Adopción de un estilo de vida sostenible que respete el medio ambiente y el bienestar físico y mental propio y de los demás, mientras busca y ofrece apoyo social.

⁸ La relevancia de esta competencia se ha hecho extraordinariamente palpable con la crisis sanitaria de la Covid-19.

Área	Competencia	Descriptor
Área social	Empatía La comprensión de las emociones, experiencias y valores de otra persona, y las respuestas apropiadas.	<ul style="list-style-type: none"> – Conciencia de las emociones, experiencias y valores de otra persona. – Comprender las emociones y experiencias de otra persona y la capacidad de adoptar su perspectiva. – Capacidad de respuesta a las emociones y experiencias de otra persona, siendo consciente de que la pertenencia al grupo propio influye en la actitud.
	Comunicación Uso de estrategias de comunicación y códigos específicos según el contexto y el contenido.	<ul style="list-style-type: none"> – Conciencia de la necesidad de una variedad de estrategias de comunicación, registros de lenguaje y herramientas que se adapten al contexto y al contenido. – Comprender y gestionar interacciones y conversaciones en diferentes contextos socioculturales y situaciones específicas de dominio. – Escuchar a los demás y entablar conversaciones con confianza, asertividad, claridad y reciprocidad, tanto en contextos personales como sociales.
	Colaboración Participación en actividades grupales y trabajo en equipo reconociendo el trabajo de los demás y respetándolos	<ul style="list-style-type: none"> – Intención de contribuir al bien común con conciencia de que otros pueden tener diferentes afiliaciones culturales, antecedentes, creencias, valores, opiniones o circunstancias personales. – Comprender la importancia de la confianza, el respeto por la dignidad humana y la igualdad, afrontar los conflictos y negociar los desacuerdos para construir y mantener relaciones justas y respetuosas. – Distribución justa de las tareas, los recursos y las responsabilidades dentro de un grupo teniendo en cuenta su objetivo específico; reconocer los diferentes puntos de vista y adoptar un enfoque sistémico.

Área	Competencia	Descriptor
Aprender a Aprender	Mentalidad de crecimiento Creer en el potencial propio y de los demás para aprender y progresar continuamente	<ul style="list-style-type: none"> – Conciencia de y confianza en las habilidades propias y de los demás para aprender, mejorar y conseguir objetivos con trabajo y dedicación. – Entender que el aprendizaje es un proceso de toda la vida que requiere apertura, curiosidad y determinación. – Reflexionar sobre los comentarios de otras personas, así como sobre las experiencias exitosas y fallidas, para continuar desarrollando el potencial propio.
	Pensamiento crítico Evaluación de la información y los argumentos que se nos presenten para llegar a conclusiones razonadas y desarrollar soluciones innovadoras	<ul style="list-style-type: none"> – Conciencia de los posibles sesgos en los datos y las limitaciones personales cuando se recopila información e ideas válidas y fiables de diferentes fuentes acreditadas. – Comparar, analizar, evaluar y sintetizar datos, información, ideas y mensajes de los medios de comunicación para sacar conclusiones lógicas. – Desarrollar ideas creativas, sintetizar y combinar conceptos e información de diferentes fuentes con el fin de resolver problemas.
	Gestión del aprendizaje Planificación, organización, seguimiento y revisión del propio aprendizaje	<ul style="list-style-type: none"> – Conciencia de los intereses de aprendizaje, procesos y estrategias de nuestra elección, así como de las necesidades de aprendizaje y el apoyo requerido – Planificación e implementación de los objetivos, las estrategias, los recursos y los procesos de aprendizaje – Reflexionar y evaluar los propósitos, procesos y resultados del aprendizaje, estableciendo relaciones entre las diversas áreas del conocimiento

Fuente: Sala, A., Punie, Y., Garkov, V. and Cabrera Giraldez, M., *LifeComp: The European Framework for Personal, Social and Learning to Learn Key Competence*

1. Área Personal

Se refiere al desarrollo personal, a prosperar y desplegar el potencial de cada individuo. Jacques Delors afirmaba que uno de los cuatro pilares de la

educación para el aprendizaje permanente era ‘aprender a ser’, refiriéndose al desarrollo de «la propia personalidad y a poder actuar con creciente autonomía, juicio y responsabilidad personal» (Delors, J. 1996). Ser personalmente competente está estrechamente relacionado con ‘aprender a ser’, ya que cada individuo debe adquirir una serie de habilidades, conocimientos y actitudes, como se indica en la Recomendación del Consejo de 2018. ‘Aprender a ser’ implica tener conocimientos sobre como tener una mente, un cuerpo y un estilo de vida saludables, tener la habilidad de hacer frente a la complejidad, la incertidumbre y el estrés, buscar apoyo cuando sea necesario y mantenerse resistente, así como desarrollar la capacidad de trabajar de forma autónoma y gestionar la carrera profesional. También implica tener actitudes de asertividad, integridad, automotivación, resolución de problemas para enfrentar los cambios y una disposición positiva hacia la promoción del bienestar personal, social y físico. Debe reconocerse la influencia de los factores contextuales socioculturales para promover u obstaculizar el alcance de la ‘agenciación humana’⁹, así como la necesidad de políticas para abordar las causas estructurales de las desigualdades y promover el florecimiento de todas las personas. La educación para el desarrollo personal tiene el potencial de aliviar la desigualdad, ofreciendo a todos los ciudadanos las herramientas para analizar el mundo y actuar críticamente (EPSC, European Commission 2017). En esta área de *LifeComp* se encuentran las competencias de Autorregulación, Flexibilidad y Bienestar.

a Autorregulación

La autorregulación es una capacidad que nos permite alterar y regular nuestras respuestas para que no sean el resultado de una reacción inconsciente a un estímulo (Baumeister, R. F. y Heatherton, T. F. 1996). La autorregulación es un proceso cíclico que se lleva a cabo a través de tres pasos principales: establecer un estado deseado, es decir, crear planes de acción, establecer metas y anticipar resultados futuros; comparar el estado actual con el deseado, monitorearse y cultivar la autoconciencia; y actuar para modificar el estado actual si no corresponde al deseado (Moilanen, K. L. 2007). La fuerza autorreguladora aumenta con la práctica. Las situaciones estresantes hacen que sea más difícil continuar luchando contra la frustración y controlar con éxito las respuestas impulsivas, lo cual contribuye al sentido de agenciación personal, es decir, la valoración de nuestra capacidad de actuar sobre

⁹ La ‘agenciación humana’ (*‘human agency’*) es la capacidad de ejercitar el control sobre nuestro propio funcionamiento y sobre los eventos que afectan nuestra vida. Fue el psicólogo Bandura (2001) quien la introdujo y se usa comúnmente en el léxico relacionado con las competencias.

uno mismo y el medio ambiente (Bandura, A. 2017). La autorregulación juega un papel importante en la participación activa en el proceso de aprendizaje y, junto con la autoeficacia o creencia en la capacidad de la persona para lograr sus objetivos, es un componente clave de la competencia de emprendimiento, es decir, la capacidad de crear valor cultural, social o económico (Bacigalupo, M., Kamylyis, P., Punie, Y., y Van den Brande, G. 2016). Los individuos necesitan poder percibir y reconocer sus propias emociones y pensamientos, sus respuestas corporales, los valores que los impulsan hacia el desarrollo personal, y cómo esos factores influyen en su comportamiento y afectan a su desempeño en diversas áreas de la vida.

En el contexto de la Covid-19, el grado de autorregulación que han tenido los individuos ha sido determinante para poder seguir trabajando, estudiando y mantener la salud física y mental. Desafortunadamente, una parte de la población no ha sabido autorregularse, manifestando descontrol ante impulsos destructivos que han ido desde pérdida de concentración para trabajar y estudiar hasta la violencia doméstica y los comportamientos autolíticos, por citar algunos efectos. Todas las emociones, ya sean las que provocan sentimientos positivos (emociones positivas) o las que provocan sentimientos negativos (emociones negativas), son mecanismos adaptativos necesarios para la vida. Al mismo tiempo, el despliegue de estrategias para prestar atención y regular las emociones ayuda a las personas a actuar mejor en el ámbito personal, educativo y profesional (Koole, S. 2009).

Estas estrategias pueden ser tanto la reducción intencional de la intensidad de las emociones que causan sentimientos negativos como el aumento de las emociones positivas. Fomentar el optimismo, la esperanza, la resiliencia, la autoeficacia y un sentido de propósito, parte del descriptor de esta competencia, ha sido difícil durante la pandemia, especialmente de los más jóvenes y sus familias. De ahí la necesidad crucial de buscar una perspectiva positiva de la vida y un sentido de propósito, centrándonos en cultivar la esperanza, el optimismo, la resiliencia y la autoeficacia (Luthans, F., Avolio, B., Avey, J. B., y Norman, S. M. 2007) y de conservar la capacidad de imaginar y recorrer formas alternativas para alcanzar las metas, como una suerte de «plan B».

b Flexibilidad

De acuerdo con *LifeComp*, ser flexible significa tener la capacidad de adaptarse a nuevas situaciones y hacer ajustes para adaptarse a los cambios. Es la competencia más solicitada en los anuncios de empleo de 2019, ya que los empleadores buscan cada vez más personas con la capacidad de modificar la actitud o el comportamiento para adaptarse a las modificaciones en el lugar de trabajo (CEDEFOP 2019). Al ser el contexto global contemporáneo cada vez más volátil, incierto, complejo y ambiguo, lo que se ha llamado

paradigma VUCA (*volatile, uncertain, complex, ambiguous*) (Bennett, N., y Lemoine, G. J. 2014), los ciudadanos deben poder cambiar o persistir en sus comportamientos para hacer frente a circunstancias internas y externas en constante cambio. En la descripción de flexibilidad, se enfatiza la relevancia de ser consciente de los datos disponibles y de las circunstancias cambiantes, mostrando rápidamente la voluntad de modificar las acciones, las opiniones o la forma habitual de obrar. Abarca el interés intelectual y la curiosidad por explorar nuevas situaciones, así como la capacidad de considerar múltiples aspectos de un tema específico y de comprender, negociar y sopesar diferentes puntos de vista. Ser flexible implica igualmente que las personas puedan reflexionar y reaccionar adecuadamente a la retroalimentación positiva y negativa y a modificar los planes personales cuando sea necesario. Destacamos que la flexibilidad se centra en la relevancia de adoptar una actitud de apertura a nuevas ideas, herramientas o formas de hacer las cosas, así como la capacidad de lidiar con la incertidumbre. Los individuos deben estar abiertos a generar soluciones alternativas, y a abandonar las estrategias que no conducen al resultado deseado, frenando la tendencia a continuar un curso inicial de acción en situaciones que requieren un cambio (Cañas, J. J., Quezada, J. F., Antolí, A. y Fajardo, I. 2003).

Nuestra era digital es intrínsecamente compleja. Las nuevas herramientas digitales, la inteligencia artificial (IA), la realidad virtual (VR), y los grandes datos (*big data*), se están haciendo omnipresentes en casi todas las áreas importantes de la vida, como la educación, el trabajo y la investigación. Por ello, ser flexible en la sociedad actual significa también poder mejorar nuestras competencias digitales. La flexibilidad abarca las habilidades de gestión de carrera, la búsqueda continua de capacitación adicional para adaptarse a diferentes contextos laborales a cualquier edad, el establecimiento de objetivos significativos y la toma de decisiones profesionales efectivas hacia transiciones exitosas (European Lifelong Guidance Policy Network 2015). Los individuos necesitan adquirir la capacidad de visualizar de forma proactiva opciones futuras y utilizar estrategias relevantes para tomar decisiones informadas, afrontando la indecisión y la ansiedad que se pueden experimentar al tomar una decisión (Camara, W., O'Connor, R., Mattern, K., y Hanson, M. A. 2015).

La pandemia de la Covid-19 ha dejado un mundo de extraordinaria incertidumbre, en el que la flexibilidad de los individuos se ha puesto a prueba de manera quizás sólo semejante a una situación de guerra. Uno de los hechos notables ha sido la necesidad perentoria de tener competencias digitales para trabajar y estudiar, habiéndose constatado la divisoria entre los que la tienen (y tienen la infraestructura digital) y los que no. En las escuelas, profesores y padres, además de los estudiantes, probablemente los más versátiles, se han tenido que adaptar a la nueva forma de educación *online* a marchas forzadas.

Es fácil entender que los que no tenían un grado de destreza digital se han quedado excluidos o están en riesgo de exclusión. Si bien el presente de la demanda empleo se caracteriza por la flexibilidad, el futuro tras la pandemia se presenta radicalmente incierto, con una economía que se tendrá que basar en otro paradigma de producción más allá del basado en el consumo desmedido de recursos a base de poner el peligro el planeta y su biodiversidad, cuya pérdida es fuente probable de zoonosis como la del SARS-CoV-2.

c Bienestar

Lifecomp destaca la interconexión e interdependencia de las dimensiones física, mental, social y ambiental del bienestar, en línea la OMS, proponiendo adoptar una comprensión sistémica que tenga en cuenta la interacción de éstas. El bienestar puede caracterizarse como el resultado de la integración dinámica y de las relaciones entre ellos. Las personas pueden mejorar su bienestar físico, por ejemplo, teniendo una buena higiene del sueño, realizando ejercicios físicos adaptados a su condición y edad, y adoptando hábitos alimenticios saludables. El bienestar cognitivo puede mejorarse estimulando actividades creativas, cultivando la flexibilidad mental, la curiosidad y el placer de seguir aprendiendo toda la vida. El bienestar emocional puede fomentarse mediante el desarrollo de la autonomía, la comprensión y la regulación de las emociones, los pensamientos y los comportamientos, y fomentando la autoestima y el optimismo. Vemos que bienestar y autorregulación están estrechamente relacionados. Los individuos pueden aumentar también su bienestar social cultivando la empatía, cuidando de los demás y adoptando comportamientos altruistas, construyendo relaciones afectivas interpersonales, buscando ayuda cuando la necesitan y ofreciendo su apoyo a personas necesitadas. Los ciudadanos también pueden fomentar su bienestar existencial cultivando un sentido de propósito en la vida, tomando decisiones conscientes y buscando un equilibrio entre el trabajo y la vida personal. El bienestar ambiental también forma parte del bienestar personal. Puede promoverse adoptando un estilo de vida sostenible, reduciendo responsablemente nuestro impacto ambiental y abogando por acciones para combatir el cambio climático.

La pandemia de la Covid-19 y las acciones tomadas para combatir su propagación están realzando la interconexión entre el comportamiento de salud individual y la salud y el bienestar colectivos en todos los niveles, desde el local hasta el global. Ser responsables de nuestra salud, tomando medidas higiénicas y preventivas, repercute en la salud de los demás y viceversa. Para superar este desafío es vital que fortalezcamos nuestro sentido de responsabilidad compartida y de pertenencia a una comunidad más amplia. Al proteger nuestra propia salud, protegemos la de los demás. Al vacunarnos, lo hacemos

por nuestra salud y por la salud de los otros. Más que nunca, los ciudadanos deben ser conscientes de su interdependencia global. Las vacunas son necesarias a escala global. Al ser la pandemia global por definición, todos los seres humanos deberían estar vacunados, so pena de que el problema persista. Los movimientos de solidaridad (véase la creación del fondo COVAX para la distribución de las vacunas en países en vías de desarrollo, o los debates recientes sobre la conveniencia de suprimir las patentes de las vacunas desarrolladas con fondos públicos), se corresponden esta idea de interdependencia.

Por otro lado, y también relevante para la situación de la Covid-19, la competencia en bienestar requiere la capacidad de acceder, comprender, evaluar y aplicar información de salud veraz para nuestras decisiones, bien sea sobre la prevención de enfermedades, sobre la asistencia sanitaria, o sobre la promoción de nuestra salud. Esta competencia está estrechamente relacionada con el área de Aprender a aprender, ya que la complejidad de nuestros sistemas de salud requiere una actitud de aprendizaje permanente para actualizar nuestros conocimientos y habilidades en salud necesarios para poder tomar decisiones informadas. En particular, tener un pensamiento crítico es precioso para poder distinguir la información de salud confiable de la no confiable. Los ciudadanos necesitan comprender los peligros de compartir información falsa sobre la salud, ya que estas informaciones pueden publicitar terapias nocivas o causar alarma. En el contexto que nos ocupa, hemos visto como la desinformación y las noticias falsas han causado un daño inusitado en los ciudadanos, que incluso pueden dudar de la conveniencia de vacunarse.

La pandemia nos llega en la 'era de la posverdad', en la que los hechos objetivos influyen menos en la opinión pública que las emociones y las creencias personales¹⁰, al tiempo que la desinformación erosiona la confianza de los ciudadanos en las instituciones y en los medios de comunicación y perjudica a nuestras democracias. A menudo, la desinformación respalda ideas radicales y extremistas, menoscabando la libertad de expresión, un derecho fundamental consagrado en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (UE 2000), que comprende el respeto por la libertad y el pluralismo de los medios de comunicación, así como el derecho de los ciudadanos a opinar, recibir y transmitir información e ideas «sin injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras» (Comisión Europea, 2018). Según *LifeComp*, es crucial que los ciudadanos sean capaces de distinguir entre hechos reales, propaganda, opiniones y rumores. Las teorías conspirativas sobre el origen del virus, su propagación o supuestos remedios, surgen de círculos científicos. La Organización Mundial para la Salud (OMS), señala que la pandemia ha venido acompañada de una infodemia

¹⁰ Oxford Learner's Dictionaries, 2016

(*infodemics*)¹¹. Las instituciones europeas y organismos globales han aunado esfuerzos en 2020 para combatir la desinformación y las teorías conspirativas en tiempos de Covid-19 (Comisión Europea y Alto Representante de la Unión Europea para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad Común 2020).

2. Área social

Para *LifeComp*, el área social está relacionada con aprender a convivir y con la conciencia de la naturaleza social del ser humano. No referimos a la capacidad y a la voluntad de interactuar, comunicarse y colaborar con otros de manera constructiva. Según un informe prospectivo de la Comisión Europea, la mayoría de los trabajos emergentes de aquí a 2025 requerirán fuertes habilidades de colaboración y comunicación (Gonzalez Vazquez, I. et al., 2019). Junto con la empatía, el espíritu empresarial, la innovación y otras habilidades, la colaboración y la comunicación serán fundamentales para llegar a estar ‘a prueba de robots’ (Aoun, J. 2017) en un mercado laboral profundamente moldeado por los avances tecnológicos. Para ser socialmente competente, cada individuo debe adquirir una variedad de habilidades, conocimientos y actitudes, refiriéndose la competencia social, al conocimiento sobre los códigos de conducta y las reglas de comunicación aceptadas en nuestras sociedades, y a las habilidades que permiten al individuo comunicarse de manera constructiva en diferentes entornos, a trabajar en colaboración, negociar, mostrar tolerancia, expresar y comprender diferentes puntos de vista, generar confianza y sentir empatía (Sala, A., Punie, Y., Garkov, V. y Cabrera Giraldez, M. 2020). Ser socialmente competente significa también cultivar una actitud de colaboración, respetar la diversidad humana, superar los prejuicios y participar en la sociedad. Las competencias descritas en el área social están estrechamente entrelazadas con las competencias clave de «Ciudadanía» y «Conciencia cultural» de la Recomendación del Consejo, que complementan la descripción de las habilidades necesarias para vivir y prosperar juntos en nuestras sociedades democráticas (Consejo de Europa 2018).

a Empatía

La empatía se encuentra en todos los comportamientos prosociales y proporciona una base para afrontar el estrés y resolver conflictos (Kremer, J., y

¹¹ La OMS acuñó el término para referirse a la información excesiva sobre un determinado problema, lo que dificulta identificar la solución y dar una respuesta de salud pública. Véase: http://www.who.int/health-topics/infodemic#tab=tab_1

Dietzen, L. 1991). Habitualmente se habla de tres aspectos de la empatía: la capacidad de reconocer emociones en los demás; tomar cognitivamente la perspectiva de los demás y compartir estados emocionales con ellos; y la capacidad de ofrecer una respuesta adecuada a las emociones de los otros (Derntl, B. y Regenbogen, C. 2014). *LifeComp* cita diversos autores que señalan que la evidencia psicobiológica muestra que los cerebros humanos están programados para la empatía y que la capacidad de comprender y ayudar a los demás ha sido clave para la supervivencia de nuestra especie. También se sabe que la empatía se puede mejorar mediante el entrenamiento (Cavallini, E. et al. 2015), quizás con la excepción de personas que sufren algunos trastornos psicopatológicos en los que la empatía es mínima o está ausente.

Tener empatía conlleva la capacidad de ser consciente de las emociones y los valores de otras personas, estando estrechamente vinculada con la autorregulación. Cuanto más consciente seamos de nuestras propias emociones, mejor podremos reconocer los sentimientos de los demás. De manera no verbal, somos capaces de identificar con precisión al menos seis emociones básicas en los demás independientemente de nuestro origen cultural: ira, disgusto, miedo, felicidad, tristeza y sorpresa (Ekman, P., Sorenson, E. y Friesen, W. 1969). La capacidad de leer señales no verbales como el tono de voz, los gestos y las expresiones faciales son claves para la empatía. En el ámbito digital, también se utilizan señales no verbales para hacer más explícitas las emociones, como los emoticonos, lo cual es un reflejo de la necesidad humana de usar canales de comunicación no verbal. La empatía implica, además, la conciencia de la diversidad, la capacidad de reconocer y aceptar que personas de diferentes culturas pueden tener diferentes valores o experiencias, lo cual es parte de la riqueza de la humanidad. Cabe señalar que la habilidad de adoptar la perspectiva de las personas no implica necesariamente estar de acuerdo, siendo posible empatizar con alguien que tiene actitudes o valores diferentes de los nuestros.

En *LifeComp* se explicita que el entrenamiento de la propia autoconciencia y la autoempatía mejora la capacidad de comprender y reduce la angustia personal cuando nos confrontamos a los sentimientos de los demás. Así, la preocupación empática puede conducir a un comportamiento prosocial compasivo destinado a mitigar el sufrimiento de los demás. De manera importante, *LifeComp* señala que los comportamientos prosociales son intencionales y que varios factores interconectados median en la posible decisión de adoptarlos. Los individuos tienden a tener más empatía por otros que se ven o actúan como ellos o por aquellos que han tenido un sufrimiento parecido. Además, se suele ser más empático con los miembros del endogrupo. Por el contrario, puede producirse un fracaso empático hacia los miembros del exogrupo, que incluso puede dar lugar a conductas

contraempáticas. La empatía cognitiva – que puede ser enseñada – puede desempeñar un papel cuando existe una falta de empatía emocional debido a diferencias raciales, étnicas, religiosas o físicas (Riess, H. 2017).

En el contexto pandémico, las conductas prosociales ha sido determinantes en casos de ayuda a los demás. Las expresiones de solidaridad (banco de alimentos, asistencia a mayores y enfermos en sus casas, ayudas entre familiares...) han sido y siguen siendo de gran relevancia en nuestras sociedades del bienestar, confrontadas al difícil acceso a la sanidad en tiempos en los que la protección ante el virus ha primado sobre el tratamiento de patologías habituales. El rol de los sanitarios ha sido crucial para mantener a flote los sistemas de salud ante las presiones causadas por los numerosos ingresos de enfermos de Covid-19. Las prácticas de solidaridad individual durante la pandemia han incluido varias formas de ayuda mutua. Estas formas de comportamiento han sido institucionalizadas a través de asociaciones de vecinos. El cumplimiento de las normas que limitan la libertad personal también se ha descrito como una forma de empatía en la medida en que ha implicado la exigencia de un sacrificio por parte de algunos para beneficiar a otros evitando participar en actividades susceptibles de propagar la infección, poniendo en particular riesgo a los miembros más vulnerables de la comunidad, como las personas mayores, las personas con comorbilidades, los trabajadores esenciales o las personas que no pueden aislarse porque simplemente no tienen cómo (personas sin hogar).

Relacionado con la contraempatía, podemos encontrar el rechazo a vacunarse, con la creencia de algunos individuos de que al estar otros vacunados, se creará la igualmente la inmunidad colectiva sin que el individuo se tenga que arriesgar (‘efecto polizón’). La competencia de pensamiento crítico, o más bien su carencia, se encuentra directamente relacionada con estas actitudes. Por el contrario, recibir una vacuna con la motivación de reducir el riesgo de otros, más vulnerables, podría entenderse como un acto empático y solidario, como también puede serlo no saltarse la cola de la vacunación.

b Comunicación

Cuando participamos en una interacción interpersonal, cada comportamiento tiene un significado (Watzlawick, P., Helmick Beavin, J. y Jackson, D. 1967).. Sin embargo, comunicar con eficacia y asertividad parece algo complicado para el ser humano. El código de comunicación debe ser comprensible tanto por el remitente como por el receptor del mensaje para ser interpretado correctamente, mientras que el canal de comunicación conecta al emisor y al receptor física y psicológicamente, permitiendo que se produzca la comunicación. Ejemplos de canales de comunicación actuales escritos son el correo electrónico o los mensajes de texto. En las últimas décadas,

estos nuevos canales de comunicación han cobrado importancia y popularidad.

Se puede decir que las tecnologías digitales han creado nuevas formas de comunicación. La comunicación mediada por ordenador (*computer mediated communication, CMC*) permite la comunicación y la colaboración a distancia, lo que hace que las personas puedan intercambiar mensajes y grandes cantidades de datos de forma instantánea y a bajo coste, lo que facilita la conexión en casos en los que no se puede hacer cara a cara. Las plataformas de redes sociales se utilizan masivamente para conectarse con otros, mantener relaciones y obtener información. Sin embargo, la falta de señales socioemocionales y no verbales de la CMC, que están presentes en la comunicación cara a cara, puede afectar la efectividad de la comunicación, dando lugar a interpretaciones equívocas o indeseadas. La falta de contacto inmediato con los demás puede favorecer la polarización ideológica y política y desinhibirnos, dando lugar a comportamientos verbales agresivos (Rösner, L. y Krämer, N. 2016).

LifeComp reconoce la importancia de poder adaptar el estilo de comunicación a diferentes contextos socioculturales, ya que las personas deben ajustar su estilo de comunicación al contexto físico (hora, nivel de ruido, iluminación), así como al contexto cultural, los valores, los estilos de vida, los comportamientos y las creencias del hablante y del interlocutor. Todos ellos influyen en la interpretación que se hace del mensaje. En los entornos multiculturales, cada vez más frecuentes en nuestras sociedades diversas, las personas deben desarrollar una actitud de apertura y respeto por la alteridad cultural (Consejo de Europa 2016), lo que implica la autoconciencia de su propia herencia cultural y su influencia en la forma en que perciben el mundo, incluida la tendencia a interpretarlo desde un punto de vista etnocéntrico (es decir, bajo la creencia frecuente de que la propia cultura es mejor que la de los demás) y la capacidad de cambiar temporalmente la perspectiva propia y de escuchar a los demás con autenticidad (Deardorff, D. K. 2013). Además, la relación entre el hablante y la audiencia también establece reglas sobre el nivel de familiaridad y formalidad del intercambio.

Los individuos deben ser conscientes de los diversos sesgos de la comunicación. El más conocido de éstos quizás sea el de confirmación, o tendencia humana a buscar, escuchar y recordar la información que confirma nuestras propias creencias. Ser consciente de este riesgo potencial y tratar de contrastar activamente la información es especialmente útil en los entornos *online*. Cada vez más, los algoritmos de los buscadores y las plataformas sociales personalizan los resultados de las consultas, ofreciéndolos a medida. Tras el internet de las cosas (*Internet of things, IoT*) emerge un nuevo paradigma informacional, el internet de los comportamientos (*Internet of behaviours, IoB*), que usa, por ejemplo, el reconocimiento facial, el rastreo de ubicación

y los *big data*, y conecta la información resultante con comportamientos asociados, como compras en efectivo o uso de determinados dispositivos. También debe subrayarse la importancia de desarrollar la capacidad de afirmar las posiciones propias expresando pensamientos, sentimientos, deseos y creencias de manera directa y apropiada, respetando las de los demás. Es decir, con asertividad. Incluimos en la competencia en comunicación destrezas como abogar, promover, discutir, debatir, persuadir y negociar de manera efectiva, tanto en el ámbito personal como público.

Durante la pandemia de la Covid-19, la competencia en comunicación ha sido puesta a una dura prueba. Al no poder relacionarse presencialmente, trabajadores, estudiantes y ciudadanos en general, se han visto abocados al uso intensivo de las tecnologías digitales, suponiendo por un lado un aprendizaje acelerado para la población, pero por otro, un grave problema para aquéllos que no tienen las destrezas ni las capacidades de adquirirlas y para los que no tienen la infraestructura adecuada en sus casas. Ha sido el caso del uso de la videoconferencia, que se ha impuesto como modo alternativo a la comunicación directa. No sólo ha servido al teletrabajo y a la escuela *online*, sino también a que las familias pudieran estar en contacto (abuelos con nietos, enfermos con familiares, amigos, etc.), que han tenido que aprender a usar estos canales con celeridad inaudita, canales por otro lado considerados pobres por sus limitaciones antes de la pandemia, en particular por la ausencia del contacto físico entre las personas. Es uno de los factores que han dado lugar a la llamada ‘fatiga pandémica’.

c Colaboración

Según *LifeComp*, para hacer frente a los complejos desafíos de hoy día, se debe fomentar la colaboración efectiva entre individuos, organizaciones y redes. Es posible que la diversidad de perspectivas desempeñe un papel positivo en un contexto de mucha colaboración. En cualquier caso, creemos que las personas necesitan aprender no sólo a hacer frente a la diversidad, sino también a aprovecharla, colaborando y creando sinergias. Los ciudadanos necesitan desarrollar su capacidad para coparticipar en actividades y emprendimientos colectivos y animar a otros a colaborar, utilizando la agenciación colectiva (Bandura, A. 2017) y poniendo en común sus conocimientos, competencias y recursos hacia un objetivo común. El sentido de logro compartido en la colaboración puede ayudar a construir relaciones afectivas y a combatir estados psicológicos como la depresión, la ansiedad, la ira reprimida, el miedo al fracaso, la desesperanza y la pérdida de sentido, lo cual es especialmente relevante en la pandemia de la Covid-19.

Para colaborar de manera efectiva y productiva, *LifeComp* enfatiza la necesidad de construir una interacción respetuosa con personas que tienen

afliliaciones culturales, creencias, opiniones o prácticas diferentes a las nuestras. Ello implica sensibilidad hacia las diferentes visiones del mundo y la voluntad de cooperar en relaciones justas. El marco de competencias destaca también la voluntad de contribuir activamente al bien común. La interdependencia positiva, es decir, apoyarse en los esfuerzos de los demás, y la interacción promotora, es decir, alentar y facilitar las contribuciones de los demás, son aspectos clave de la colaboración (Johnson, D. W. y Johnson, R. T. 1989). En la colaboración, son de particular relevancia las actitudes que reconozcan la dignidad, los derechos y las libertades de los demás y las relaciones justas (Consejo de Europa 2016), al tiempo que es clave el nivel de seguridad psicológica¹² que experimentan los que colaboran (Snowden, D. 2005).

Un sentimiento de confianza unido a una actitud de respeto dentro del grupo es fundamental para el aprendizaje en los equipos de trabajo, ya que permite a los integrantes buscar retroalimentación y más información, hablar sobre los errores e innovar, facilitando así acciones adecuadas para el cumplimiento de una tarea (Duhigg, C. 2016). En muchos entornos colaborativos en los que participan personas con diferentes puntos de vista o experiencia, es imprescindible aprender a manejar los conflictos, a prevenirlos y a transformar las disputas en energía colaboradora. Los conflictos son parte de las relaciones humanas y pueden ocurrir en todos los ámbitos de la vida, por lo que es importante que los ciudadanos aprendan a gestionarlos de forma eficaz y constructiva. Para la gestión de conflictos es necesario recopilar e intercambiar información para identificar problemas subyacentes, buscar alternativas, evaluar sus implicaciones y estar abierto ante la preferencia que podamos tener en la selección de soluciones (Bacon, N. y Blyton, P. 2007). Las estrategias para poner fin al conflicto incluyen la negociación, la mediación, la conciliación y el arbitraje (Rahim, M. A. 2002).

Cuando los miembros del equipo tienen roles, planes y objetivos claros, la dinámica de trabajo mejora y el equipo en su conjunto obtiene mejores resultados (Duhigg, C. 2016). Una inteligencia colectiva surge de la colaboración en grupo, pudiéndose aprovechar su poder para resolver problemas o alcanzar metas. La inteligencia colectiva se correlaciona fuertemente con la empatía promedio de los miembros del grupo que colabora, lo que indica que cuanto mayor sea la capacidad de los miembros del grupo para comprender los sentimientos y perspectivas de los demás, mayor será la inteligencia colectiva del grupo y su capacidad para realizar tareas con éxito (Sala, A., Punie, Y., Garkov, V. y Cabrera Giraldez, M. 2020). Evitar que unas pocas personas dominen el proceso de comunicación también es muy beneficioso,

¹² La seguridad psicológica es la sensación de que los miembros de un grupo no despidan, desprecian o socavan a alguien por expresar opiniones, pedir aclaraciones o proponer soluciones.

al alentar a los miembros del grupo a sentirse autorizados a expresar sus propias opiniones, incluso cuando van en contra de lo que se ha sido decidido colectivamente. La peligrosa *paradoja de Abilene*¹³ se puede evitar así (Harvey, J. B. 1974).

LifeComp enfatiza la necesidad de adoptar un enfoque sistémico, es decir, manejar el trabajo en equipo con un punto de vista global para combinar a la perfección conciencia y acción. Tal enfoque requiere que comprendamos cómo los aspectos diferentes e interconectados de una tarea de grupo, así como los factores externos, influyen en sus resultados de la colaboración. Implica centrarse en las relaciones dinámicas, complejas y cambiantes entre los componentes, y en cómo contribuir a la estabilidad del sistema. En otras palabras, tenemos que adoptar una perspectiva que nos permita ver cómo la tarea encaja en el contexto más amplio. Para que una colaboración exitosa, el grupo necesita aprovechar las diferentes capacidades y complementariedades de sus miembros, de modo que todos puedan contribuir con sus habilidades, conocimientos y actitudes a los resultados del trabajo.

Durante la pandemia de la Covid-19 la colaboración en los contextos de trabajo y de estudio han sido esenciales. Se podría hablar de un espíritu de colaboración renaciente ante la competición, a veces desmedida, que caracteriza nuestras sociedades liberales. Naturalmente han ocurrido conflictos en los trabajos, entre los estudiantes y en otros contextos sociales, incluso de manera más exacerbada que en tiempos de normalidad. No obstante, los individuos han expresado un alto deseo de colaborar y se han puesto a ello. En el caso de los estudiantes, acuciados por la situación, se han producido numerosos grupos de colaboración mediados por las redes sociales y las tecnologías digitales. En las familias, se ha atendido colaborativamente a los vulnerables. E incluso, tras los desastres de las residencias para personas mayores, se manifiesta una tendencia en las familias a hacerse cargo de éstas, aunque esta tendencia pueda ser temporal.

3. *Aprender a aprender: el pensamiento crítico*

‘Aprender a aprender’ la capacidad de perseguir y persistir en el aprendizaje y de organizarlo, incluyendo la gestión eficaz del tiempo y la información, tanto a escala individual como grupal (Parlamento Europeo y Consejo Europeo 2006). Esta área de *LifeComp* comprende en realidad tres competencias: Mentalidad de crecimiento, Pensamiento crítico y Gestión del

¹³ La *paradoja de Abilene* se da cuando los individuos de un grupo apoyan una decisión, incluso si esto es contrario a su preferencia, para ajustarse a lo que creen que es el consenso del grupo.

aprendizaje. Nos detenemos únicamente en la segunda, ya que las otras dos nos parecen igualmente relevantes antes y durante la pandemia.

a Pensamiento crítico

El pensamiento crítico es una habilidad cognitiva de orden superior crucial para hacer frente a la incertidumbre, la complejidad y el cambio. De ahí que la destaquemos en el contexto de la pandemia Covid-19 y la postpandemia. El pensamiento crítico implica hacer análisis hábiles y autodirigidos de la información, las creencias o el conocimiento adquirido, con una reconstrucción continua del pensamiento (Paul, R. W. y Elder, L. 2002), y sabiendo sobre los métodos para evaluar y producir nuevos conocimientos y estrategias para resolver problemas. Supone igualmente tener conciencia de las tendencias egocéntricas y sociocéntricas del pensamiento humano, que pueden ser nocivas para la calidad del razonamiento y la evaluación de la información. Los pensadores críticos se esfuerzan por desarrollar virtudes intelectuales como la integridad intelectual para reconocer áreas de inconsistencia y contradicción en el pensamiento propio, la humildad intelectual para reconocer posibles errores, y la empatía intelectual para hacer esfuerzos sinceros por comprender la perspectiva de los demás. Por consiguiente, el pensamiento crítico implica la conciencia de que los valores personales influyen en el proceso de comparar, evaluar y ponderar diferentes argumentos (Veuglers W., de Groot, I., Stolk, V. 2017).

La cantidad de información en la era de la ‘posverdad’, en la que los hechos objetivos influyen menos en la formación de la opinión pública que las apelaciones a las emociones y creencias personales, es casi ilimitada. Por ello, *LifeComp* subraya que es fundamental que los ciudadanos puedan distinguir entre hechos reales, propaganda, opiniones y rumores, y que se comprometan a detener la difusión de información errónea, invirtiendo la tendencia que hace que las noticias falsas *online* se difundan más lejos, más rápidamente, más profundamente y más en general que la verdad (Vosoughi, S., Roy, D. y Aral, S. 2018). En este año y medio que dura ya la pandemia de la Covid-19 hemos sido testigos de la importancia de ser ciudadanos pensadores críticos ante el alud de desinformación, a veces provenientes de círculos gubernamentales populistas. Ha sido el caso de gobernantes que, haciendo caso omiso de la evidencia científica, han pregonado la relativa inocuidad del virus SARS-CoV-2 y de movimientos ciudadanos alentado las teorías conspiratorias y la inconveniencia de vacunarse.

Los ciudadanos tienen todo el interés en devenir pensadores críticos. En unos tiempos en que la información *online* puede carecer de guardianes, es importante que las personas sean conscientes de la posibilidad de lidiar con la información errónea y estén dispuestas a verificar los datos y evaluar la

credibilidad de su fuente, su exactitud, fiabilidad y autoridad, prefiriendo a las fuentes primarias de información sobre las fuentes secundarias cuando sea posible. *LifeComp* enfatiza la relevancia de dar sentido a los datos más que a acumularlos, lo que requiere una mentalidad abierta y crítica. Los pensadores críticos necesitan valorar situaciones y suposiciones, hacer preguntas y evaluar si un argumento tiene sentido o no (UNICEF 2017).

Finalmente, cabe hablar de la capacidad de pensar con creatividad en la resolución de problemas. La postpandemia traerá una crisis económica, social y de salud mental. La creatividad, una habilidad que las personas pueden desarrollar para generar resultados originales y valiosos, será el motor de la innovación necesaria para transformar la economía hacia un paradigma verde y para resolver los múltiples problemas que nos acechan, como la pérdida masiva de empleo y la precariedad, sobre todo en la población joven. Para desarrollar la creatividad, los individuos necesitan usar su imaginación e intuición, adoptando una actitud lúdica para explorar nuevas ideas y evaluar nuevas estrategias de resolución de problemas mientras aceptan algunos niveles de asunción de riesgos (Deakin Crick, y otros 2015). Ser persistente, colaborador y disciplinado son «hábitos mentales» nutritivos que sustentan la creatividad (Lucas, B. 2016). Confiemos en que la inteligencia colectiva se alíe con la creatividad humana para salir airosos de la crisis global que vivimos.

V. CONCLUSIONES

El marco conceptual europeo para la Competencia clave ‘Personal, social y de Aprender a aprender’, *LifeComp*, fue publicado en junio de 2020. La elaboración del marco fue llevada a cabo por la Comisión Europea con la ayuda de numerosos expertos y responde a la Recomendación de 2018 del Consejo de la Unión Europea sobre Competencias clave para el aprendizaje permanente, cuyo objetivo es que los ciudadanos tengan el conjunto de competencias necesarias para su desarrollo personal, la inclusión social, la ciudadanía activa y el trabajo. La Recomendación, que señala su respeto por los principios de subsidiariedad y proporcionalidad que se aplican en el ámbito de la Educación, propone además reforzar la adquisición de competencias ciudadanas para concienciar sobre valores comunes, ya que éstos forman la base del desarrollo personal y social. Sigue así en la línea de otros actos legislativos como el Pilar europeo de derechos sociales, que establece que para que los ciudadanos tengan una educación, una formación y un aprendizaje permanente inclusivos y de calidad, deben adquirir las capacidades que les permitan participar plenamente en la sociedad, gestionar sus transiciones laborales, y mejorar su empleabilidad. La promoción de las competencias clave constituye igualmente uno de los objetivos del Espacio Europeo de

Educación. Entre las competencias de *LifeComp* se encuentran la Autorregulación, la Flexibilidad y el Bienestar. Los ciudadanos con estas competencias han podido ser más resilientes durante la crisis sanitaria de la Covid-19, lo que sugiere la conveniencia de seguir desarrollándolas a través de la educación. Lo mismo sucede con las competencias sociales Empatía, Comunicación y Colaboración, de particular interés en las esferas laboral y educativa. El pensamiento crítico es crucial en un contexto caracterizado por la desinformación y la profusión de noticias falsas y teorías conspirativas. *LifeComp* puede servir como base para educadores, trabajadores y ciudadanos en general, especialmente en contextos de complejidad e incertidumbre como el que vivimos.

VI. REFERENCIAS

- ABTAHI, Y., GRAVEN, M., y LERMAN, S. 2017. «Conceptualising the more knowledgeable other within a multi-directional ZPD.» *Educational Studies in Mathematics* (96): 275–287. doi:<https://doi.org/10.1007/s10649-017-9768-1>.
- AOUN, J. 2017. *Robot-Proof. Higher Education in the Age of Artificial Intelligence*. Cambridge: MIT University Press Group Ltd.
- BACIGALUPO, M., KAMPYLIS, P., PUNIE, Y., y VAN DEN BRANDE, G. 2016. *EntreComp: The Entrepreneurship Competence Framework*. Joint Research Centre – European Commission, Luxemburgo: Publications Office of the European Union. <https://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/handle/JRC101581>.
- BACON, N. y BLYTON, P. 2007. «Conflict for Mutual Gains? Journal of Management Studies.» 814–834. doi:<https://doi.org/10.1111/j.1467-6486.2006.00668.x>.
- BANDURA, A. 2017. «Toward a Psychology of Human Agency: Pathways and Reflections.» *Perspectives on Psychological Science* 13 (2): 130-136. doi:<https://doi.org/10.1177/1745691617699280>.
- BAUMEISTER, R. F. y HEATHERTON, T. F. 1996. «Self-Regulation Failure: An Overview.» *Psychological Inquiry* 7 (1): 1-15. doi:https://doi.org/10.1207/s15327965pli0701_1.
- BELFIELD, C., BOWDEN, A. B., KLAPP, A., LEVIN, H., SHAND, R., y ZANDER, S. 2015. «The Economic Value of Social and Emotional Learning.» *Journal of Benefit-Cost Analysis* 6 (3): 508-544. <https://doi.org/10.1017/bca.2015.55>.
- BENNETT, N., y LEMOINE, G. J. 2014. «What a difference a word makes: Understanding threats to performance in a VUCA world.» *Business Horizons* 57 (3): 311-317. doi:<https://doi.org/10.2139/ssrn.2406676>.
- BRONFENBRENNER, U. 1979. *The Ecology of Human Development: Experiments by Nature and Design*. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press.
- CABRERA, M. y MALANOWSKI, N. (eds). 2009. *Information and Communication Technologies for Active Ageing. Opportunities and Challenges for the European Union*. Amsterdam: IOS Press.
- CAMARA, W., O'CONNOR, R., MATTERN, K., y HANSON, M. A. 2015. «Beyond Academics: A Holistic Framework for Enhancing Education and Workplace Suc-

- cess.» ACT. http://www.act.org/content/dam/act/unsecured/documents/ACT_RR2015-4.pdf.
- CAÑAS, J. J., QUESADA, J. F., ANTOLÍ, A. y FAJARDO, I. 2003. «Cognitive flexibility and adaptability to environmental changes in dynamic complex problem-solving tasks.» *Ergonomics* 482-501. doi:<https://doi.org/10.1080/0014013031000061640>.
- CAVALLINI, E., BIANCO, F., BOTTIROLI, S., ROSI, A., VECCHI, T., y LECCE, S. 2015. «Training for generalization in Theory of Mind: a study with older adults.» *Frontiers in Psychology* 1-9. doi:<https://doi.org/10.3389/fpsyg.2015.01123>.
- CEDEFOP. 2019. «Skills-OVATE: Skills Online Vacancy Analysis Tool for Europe.» <https://www.cedefop.europa.eu/en/data-visualisations/skills-online-vacancies/skills-occupations>.
- CEFAI, C., BAROLO, P. A., CAVIONI, V., DOWNES, P. 2018. *Strengthening Social and Emotional Education as a core curricular area across the EU. A review of the international evidence, NESET II report*. Luxemburgo: Publications Office of the European Union, doi: 10.2766/664439. doi:10.2766/664439.
- COMISIÓN EUROPEA. 2018. «Commission Staff Working Document Accompanying the document Proposal for a COUNCIL RECOMMENDATION on Key Competences for LifeLong Learning {COM(2018) 24 final}.» *Eur-Lex*. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52018SC0014&from=EN>.
- 2017. «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Reforzar la identidad europea mediante la Educación y la Cultura.» *EUR-Lex: El portal de Derecho europeo*. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52017DC0673&from=EN>.
- 2017. «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo, y al Comité de las Regiones: Establecimiento de un pilar europeo de derechos sociales.» *EUR-Lex: Portal del Derecho Europeo*. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017DC0250&from=EN>.
- 2018. *Key competences for lifelong learning*. Luxemburgo: Official Journal of the European Union. [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018H0604\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018H0604(01)&from=EN).
- 2018. «La lucha contra la desinformación en línea: un enfoque europeo. Comunicación de la Comisión COM(2018) 236 final.» <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018DC0236&from=EN>.
- COMISIÓN EUROPEA y ALTO REPRESENTANTE DE LA UNIÓN EUROPEA PARA ASUNTOS EXTERIORES y POLÍTICA DE SEGURIDAD COMÚN. 2020. «La lucha contra la desinformación acerca de la COVID-19: contrastando los datos.» Junio. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020JC0008&from=EN>.
- CONSEJO DE EUROPA. 2016. *Competences for democratic culture. Living together as equals in culturally diverse democratic societies*. Council of Europe Publishing. <https://rm.coe.int/16806ccc07>.
- 2018. *Reference framework of Competences for Democratic Culture*. Estrasburgo: Consejo de Europa. <https://www.coe.int/en/web/campaign-free-to-speak-safe-to-learn/reference-framework-of-competences-for-democratic-culture>.

- DEAKIN CRICK, R., S. HUANG, A., AHMED SHAFI, y C. GOLDSPIK. 2015. «Developing Resilient Agency in Learning: The Internal Structure of Learning Power.» *British Journal of Educational Studies* 63 (2): 121-160.
- DEARDORFF, D. K. 2013. *Promoting understanding and development of intercultural dialogue and peace: a comparative analysis and global perspective of regional studies on intercultural competence*. París: UNESCO.
- DELORS, J. 1996. «Learning: The Treasure Within.» París.
- DERNTL, B. y REGENBOGEN, C. 2014. «Empathy.» En *Social Cognition and Metacognition in Schizophrenia. Psychopathology and Treatment Approaches*, de Dimaggio, G., Brüne, M. (Ed.) P.H. Lysaker, 69-81. London: Elsevier.
- DONLEVY, V., VAN DRIEL, B., HOREAU McGRATH, C. 2019. «Education as self-fulfilment and self-satisfaction, European Commission, Seville, 2019, JRC117548.» Seville.
- DUHIGG, C. 2016. «What Google Learned From Its Quest to Build the Perfect Team.» *The New York Times Magazine*. <https://www.nytimes.com/2016/02/28/magazine/what-google-learned-from-its-quest-to-build-the-perfect-team.html>.
- 2016. «What Google Learned From Its Quest to Build the Perfect Team.» *The New York Times Magazine*. <https://www.nytimes.com/2016/02/28/magazine/what-google-learned-from-its-quest-to-build-the-perfect-team.html>.
- DURLAK, J. A., WEISSBERG, R. P., DYMNIKI, A. B., TAYLOR, R. D. SCHELLINGER, K. B. 2011. «The impact of enhancing students' social and emotional learning: A meta-analysis of school-based universal interventions.» *Child Development* 82: 405–432.
- EKMEN, P., SORENSON, E. y FRIESEN, W. 1969. «Pan-cultural elements in facial displays of emotion.» *Science* 164: 86-88. doi:<https://doi.org/10.1126/science.164.3875.86>.
- EPSC, European Commission. 2017. *10 trends transforming education as we know it*. Luxemburgo: Publications Office of the EU. <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/227c6186-10d0-11ea-8c1f-01aa75ed71a1/language-en>.
- EPSC, Comision Europea. 2019. *10 trends shaping the future of work*. Luxemburgo: Publications Office of the EU. https://ec.europa.eu/epsc/sites/epsc/files/10-trends_future-of-work.pdf.
- EUROPEAN LIFELONG GUIDANCE POLICY NETWORK. 2015. «Guidelines for Policies and Systems Development for Lifelong Guidance. A Reference Framework for the EU and for the Commission.» Finnish Institute for Educational Research. <http://www.elgpn.eu/publications/browse-by-language/english/elgpn-tools-no-6-guidelines-for-policies-and-systems-development-for-lifelong-guidance/>.
- GONZALEZ VAZQUEZ, I., MILASI, S., CARRETERO GOMEZ, S., NAPIERALA, J., ROBLEDO BOTTCHEER, N., JONKERS, K., GOENAGA, X. (eds.), ARREGUI PABOLLET, E., BACIGALUPO, M., BIAGI, F., CABRERA GIRALDEZ, M.,... 2019. *The changing nature of work and skills in the digital age*. Luxemburgo: Publications Office of the European Union. doi:<http://dx.doi.org/10.2760/679150>.
- HARVEY, J. B. 1974. «The abilene paradox: The management of agreement.» *Organizational Dynamics* 3 (1). doi:[https://doi.org/10.1016/0090-2616\(74\)90005-9](https://doi.org/10.1016/0090-2616(74)90005-9).
- JOHNSON, D. W. y JOHNSON, R. T. 1989. *Cooperation and competition: Theory and research*. Edina, MN: Interaction Book Company.

- JOHNSON, D. W. y JOHNSON, R. T. 2005. «New developments in social interdependence theory.» *Genetic, Social, and General Psychology Monographs* 13 (4): 285–358. <https://doi.org/10.3200/MONO.131.4.285-358>.
- KOOLE, S. 2009. «The psychology of emotion regulation: An integrative review.» *Cognition & Emotion* 23 (1): 4–41. doi:<https://doi.org/10.1080/02699930802619031>.
- KREMER, J., y DIETZEN, L. 1991. «Two Approaches to Teaching Accurate Empathy to Undergraduates: Teacher-Intensive and Self-Directed.» *Journal of College Student Development* 32 (1): 69–75.
- LUCAS, B. 2016. «A Five-Dimensional Model of Creativity and its Assessment in Schools.» *Applied Measurement In Education* 29 (4): 278–290. doi:<https://doi.org/10.1080/08957347.2016.1209206>.
- LUTHANS, F., AVOLIO, B., AVEY, J. B., y NORMAN, S. M. 2007. «Positive psychological capital: Measurement and relationship with performance and satisfaction.» *Personnel psychology* 60 (3): 541–572. doi:<https://doi.org/10.1111/j.1744-6570.2007.00083.x>.
- MINISTROS DE EDUCACIÓN DE LA UE. 2015. «Declaration on Promoting citizenship and the common values of freedom, tolerance and non-discrimination through education.» https://ec.europa.eu/assets/eac/education/news/2015/documents/citizenship-education-declaration_en.pdf.
- MOILANEN, K. L. 2007. «The Adolescent Self-Regulatory Inventory: The Development and Validation of a Questionnaire of Short-Term and Long-Term Self-Regulation.» *Journal of Youth Adolescence* 835–848. doi:<https://doi.org/10.1007/s10964-006-9107-9>.
- NACIONES UNIDAS. 2015. «Resolution adopted by the General Assembly on 25 September 2015. Transforming our world: the 2030 Agenda for Sustainable Development. (A/RES/70/1).» https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&Lang=E.
- OMS. 2020. «Coronavirus disease 2019 (COVID-19). Situation Report 445.» https://www.who.int/docs/default-source/coronaviruse/situation-reports/20200305-sitrep-45-covid-19.pdf?sfvrsn=ed2ba78b_4.
- OXFORD LEARNER'S DICTIONARIES. 2016. *Oxford Learner's Dictionaries*.
- PARISER, E. 2011. *The Filter Bubble: How the New Personalized Web Is Changing What We Read and How We Think*. Penguin.
- PARLAMENTO EUROPEO Y CONSEJO EUROPEO. 2006. «Recommendation of the European Parliament and of the Council on key competences for lifelong learning.» *Official Journal of the European Union*. <https://eur-lex.europa.eu/L>.
- PAUL, R. W. y ELDER, L. 2002. *Critical Thinking: Tools for Taking Charge of Your Professional and Personal life*. New Jersey: Financial Times Prentice Hall.
- RAHIM, M. A. 2002. «Towards a theory of managing organizational conflict.» *The International Journal of Conflict Management* (13) 3: 206–235. doi:<https://doi.org/10.2139/ssrn.437684>.
- RIESS, H. 2017. «The Science of Empathy.» *Journal of Patient Experience* 4 (2): 74–77. <https://doi.org/10.1177/2374373517699267>.

- RÖSNER, L. y KRÄMER, N. 2016. «Verbal Venting in the Social Web: Effects of Anonymity and Group Norms on Aggressive Language Use in Online Comments.» *Social Media + Society* 1-13. <https://doi.org/10.1177/2056305116664220>.
- SALA, A., PUNIE, Y., GARKOV, V. y CABRERA GIRÁLDEZ, M. 2020. *LifeComp: The European Framework for Personal, Social and Learning to Learn Key Competence*. Luxembourg: Publications Office of the European Union. doi:10.2760/302967, JRC120911.
- SNOWDEN, D. 2005. «Complex Acts of Knowing: Paradox and Descriptive Self-Awareness.» *Bulletin of the American Society for Information Science and Technology* 29 (4): 23–28. <https://doi.org/10.1002/bult.284>.
- STRINGHER, C. 2014. *What is learning to learn? A learning to learn process and output model*. In Ruth Deakin Crick, Cristina Stringher, & Kai Ren (Eds.), *Learning to Learn: International perspectives from theory and practice*. New York: Routledge.
- TREFFINGER, D., YOUNG, G., SELBY, E. y SHEPARDSON, C. 2002. *Assessing Creativity: A Guide for Educators*. The National Research Center on the Gifted and Talented. <https://files.eric.ed.gov/fulltext/ED505548.pdf>.
- UE. 2000. «Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.» *europarl.europa.eu*. https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf.
- . 2012. «Versiones consolidadas del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.» Editado por Diario Oficial de Unión Europea. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A12012M%2FTXT>.
- UNICEF. 2017. *Reimagining Life Skills and Citizenship Education in the Middle East and North Africa. A Four-Dimensional and Systems Approach to 21st Century Skills. Conceptual and Programmatic Framework*. UNICEF. https://www.unicef.org/mena/media/6151/file/LSCE%20Conceptual%20and%20Programmatic%20Framework_EN.pdf%20.pdf.
- VEUGELERS, W., DE GROOT, I., STOLK, V. 2017. *Research for CULT Committee – Teaching Common Values in Europe, European Parliament, Policy Department for Structural and Cohesion Policies*. European Parliament.
- VOSOUGHI, S., ROY, D. y ARAL, S. 2018. «The spread of true and false news online.» *Science* (359): 1146-1151. doi:<https://doi.org/10.1126/science.aap9559>.
- VYGOTSKY, L. S. 1997. «The History of the development of higher mental functions.» (Plenum Press) 4.
- WATZLAWICK, P., HELMICK BEAVIN, J. y JACKSON, D. 1967. *Pragmatics of Human Communication. A study of interactional patterns, pathologies and paradoxes*. W. W. Norton & Company.

EL DERECHO A UN MEDIOAMBIENTE SANO EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

The right to a healthy environment in the inter-american human rights system

Isaac Marcelo Basaure Miranda

Abogado por la Universidad Nacional de Lomas de Zamora (Argentina)
Diplomado en Derechos Económicos, Sociales y Culturales por la Universidad Nacional
de la Patagonia San Juan Bosco

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-69\(1\)-2021pp187-209](http://dx.doi.org/10.18543/ed-69(1)-2021pp187-209)

Recibido: 25.03.2021

Aceptado: 18.06.2021

Resumen

El presente artículo tiene como objetivo abordar las principales normas y jurisprudencia contenciosa y consultiva del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, relativas a la protección al derecho de un medioambiente sano, a la luz de la novedad que supone la Opinión Consultiva (OC-23/17), primera opinión emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre medioambiente, con el fin de identificar las obligaciones estatales que la legislación internacional le ha impuesto a los Estados americanos en la materia.

Palabras clave

Sistema Interamericano; Derechos Humanos; Derecho Ambiental; Corte Interamericana de Derechos Humanos; Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Abstract

The objective of this paper is to analyze the main litigation and advisory laws and jurisprudence of the Inter-American Human Rights System, regarding the protection

of the right to a healthy environment, in the light of the first Advisory Opinion (OC-23/17) issued by the Inter-American Court of Human Rights about the environment, in order to identify the scope and state limits that international law has imposed on the American States in this area.

Keywords

Inter-American System; Human Rights; Environmental Law; Inter-American Court of Human Rights; Inter-American Commission on Human Rights.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. ANTECEDENTES Y RECEPCIÓN DEL DERECHO A UN MEDIOAMBIENTE SANO EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS. III. ALCANCE Y LÍMITES DE LAS OBLIGACIONES AMBIENTALES IMPUESTAS A LOS ESTADOS AMERICANOS EN LA OPINIÓN CONSULTIVA OC-23/17. 1. *Obligaciones de los Estados en materia de protección ambiental.* 2. *El deber de debida diligencia.* IV. LA PROTECCIÓN AMBIENTAL EN LA JURISPRUDENCIA CONTENCIOSA RECIENTE DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. V. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El 15 de noviembre de 2017 la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH), a los fines de dar cumplimiento a la solicitud efectuada por la República de Colombia, emitió la Opinión Consultiva OC-23/17¹ (en adelante OC-23/17) sobre medioambiente y derechos humanos, en la cual el tribunal se expidió por primera vez acerca del derecho a gozar de un medioambiente sano, reconociéndolo como un derecho en sí mismo; además de admitir la relación indisoluble que existe entre la tutela jurídica ambiental y la efectiva realización de los derechos humanos². En este sentido, la Corte IDH ha determinado en el precitado documento consultivo, el carácter indivisible e interdependiente que rige el vínculo entre el medioambiente, el desarrollo sostenible y los derechos humanos.

Teniendo en cuenta lo anterior, se puede deducir que garantizar un ambiente ecológico saludable a la población, implica un presupuesto elemental para que los demás derechos humanos puedan desarrollarse y ejercerse plenamente: «Todos los derechos humanos son vulnerables a la degradación ambiental, en el sentido de que el pleno disfrute de todos los derechos humanos depende de un medio propicio». (Corte Interamericana de Derechos Humanos: 2017, 25). Por ello, es al Estado a quien le corresponde asegurar las condiciones necesarias para que el daño ambiental no vulnere los derechos humanos.

¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-23/17. Serie A, No. 23. (15 de noviembre de 2017). Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf

² *Ibid.*, pp. 21-22, considerando 47: «Esta Corte ha reconocido la existencia de una relación innegable entre la protección del medio ambiente y la realización de otros derechos humanos, en tanto la degradación ambiental y los efectos adversos del cambio climático afectan el goce efectivo de los derechos humanos».

Así las cosas, la mentada opinión consultiva adquiere importancia, no solo por establecer cuáles son las obligaciones ambientales que los Estados deben cumplir, sino porque también determina sus alcances. Considerando que la OC-23/17 supone el primer análisis específico que la Corte IDH efectúa sobre la problemática del medioambiente, el presente trabajo se propone como objetivo examinar los principales estándares de interpretación contenidos en ella en materia ambiental, en general, y en lo que respecta al derecho a un medioambiente sano, en particular.

Por otro lado, a la luz de las novedades contenidas en la OC-23/17, también se estudiará cómo ha sido recepcionado el derecho a un medioambiente sano en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante SIDH), con el fin de identificar los alcances y límites estatales que la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante CADH), y otros pactos internacionales, le han impuesto a los Estados americanos en la materia.

II. ANTECEDENTES Y RECEPCIÓN DEL DERECHO A UN MEDIOAMBIENTE SANO EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

El derecho a gozar de un medioambiente sano supone tener en cuenta, al menos, dos dimensiones: la primera de ellas se refiere a uno de los bienes jurídicos que protege, es decir, el medioambiente. Este puede ser definido como:

«... la manifestación actual de las relaciones que se dan entre los diversos ecosistemas —tanto los existentes en los ámbitos urbanos como naturales— que produciendo un conjunto de condiciones, inciden de forma determinante en las posibilidades de desarrollo integral de los seres humanos». (Bermúdez Soto 2007, 55-56).

Ahora bien, la otra dimensión —el segundo objeto de protección jurídica—, es, evidentemente, la persona humana, ya que esta, en tanto sujeto de derecho, es capaz de ser titular de derechos y obligaciones, y es ella quien debe tener garantizado el acceso a un ambiente saludable. El ser humano convive e interactúa con el ecosistema que lo circunda, siendo capaz de alterarlo con sus acciones u omisiones; ejemplo de ello son los grandes desastres ambientales que se han sucedido en la Edad Contemporánea, desde Chernóbil (1986) hasta Fukushima (2011), ambas catástrofes nucleares han traído aparejadas consecuencias nocivas y degradantes para el medioambiente. En la misma línea, pueden mencionarse los bombardeos atómicos de Hiroshima y Nagasaki (1945), y su consecuente cúmulo de enfermedades provocadas por la radiación.

En virtud de lo expuesto, se entiende que el derecho a disfrutar de un medioambiente sano resulta inseparable de la naturaleza humana, pues hace posible una vida digna y plena, es, en definitiva, parte de los derechos humanos. La interrelación e interdependencia constante entre el hombre y el ambiente, es lo que ha propiciado su regulación normativa. Como consecuencia de ello, la doctrina suele definir al derecho a tener un medioambiente sano como:

«... un derecho de titularidad individual pero de acción colectiva, es decir que le pertenece a cada ser humano, quien puede protegerlo por su naturaleza difusa mediante la acción judicial que corresponda» (Cárdenas Hernández 2011, 212-220).

Ello es así por dos factores: primero, porque es el ser humano «quien lo disfruta o lo padece, y segundo porque los derechos humanos son para los individuos, cuyos destinatarios y titulares son siempre las personas, los seres humanos, y no un colectivo o comunidad difusa». (Cárdenas Hernández 2011, 212-220).

Desde una perspectiva histórica, el primer antecedente notable que ha contribuido a consolidar la tutela del ambiente a nivel internacional es la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, celebrada en la ciudad de Estocolmo, Suecia, en 1972. La misma, en su art. 2, proclamó que:

«La protección y mejoramiento del medio ambiente humano es una cuestión fundamental que afecta al bienestar de los pueblos y al desarrollo económico del mundo entero, un deseo urgente de los pueblos de todo el mundo y un deber de todos los gobiernos». (Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Humano 1972).

Como se observa, con esta declaración, la comunidad internacional iniciaba el reconocimiento expreso del derecho de los seres humanos a contar con un ambiente sano, además de imponerles a los Estados el compromiso de asegurarlo.

Algunos años más tarde, y en consonancia con lo dispuesto en la cumbre de Estocolmo, se rubricó en el ámbito interamericano el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1988), también conocido como Protocolo de San Salvador, el cual consagra con claridad, en su art. 11.1, el derecho a un medioambiente sano: «Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos». (Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales 1988). Otro aspecto sustancial del protocolo, es el atinente a la obligación que se le impone a los Estados relativa a garantizar un ambiente sano, tal es lo que surge de su art. 11.2: «Los Estados partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento

del medio ambiente». (Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales 1988). Aquí es oportuno mencionar que hasta la aparición de la OC-23/17, las precitadas disposiciones del Protocolo de San Salvador constituían, junto con el art. 19.1³ de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2016), las únicas referencias normativas directas en materia de regulación ambiental dentro del SIDH.

Continuando con los instrumentos internacionales que han receptado la defensa del ambiente, debemos aludir a la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, dictada por la ONU en 1992, donde en el principio N° 1, se reafirma el derecho a un medioambiente sano: «Los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible. Tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza». (Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo 1992). Por otra parte, en el principio N° 11, nuevamente se impone a los Estados ejercer acciones positivas en resguardo del medioambiente: «Los Estados deberán promulgar leyes eficaces sobre el medio ambiente». (Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo 1992).

Posteriormente, los principios consagrados en las cumbres de Estocolmo y Río de Janeiro, fueron confirmados por la Tercera Cumbre Mundial de las Naciones Unidas sobre Ambiente y Desarrollo de Johannesburgo, realizada en el año 2002, agregando nuevos objetivos, como la erradicación de la pobreza y el reemplazo del sistema de producción y de consumo por otro que se sustente en el respeto hacia los recursos naturales y el desarrollo sostenible.

Por lo desarrollado hasta aquí, podemos colegir que en los documentos internacionales previamente reseñados, se vislumbra una ostensible intención de categorizar al derecho a gozar de un medioambiente sano como un derecho humano. En efecto, sería erróneo clasificarlo de otro modo, toda vez que «es un derecho inherente a la dignidad humana, de forma que sin un medio ambiente adecuado una persona no puede vivir dignamente». (De Luis García 2018, 550-569). Es precisamente esta característica lo que hace que el derecho a un medioambiente sano se encuentre inexorablemente ligado a otros derechos de igual importancia, como lo son: el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal y el derecho a la salud.

En este orden de ideas, es cuando adquiere relevancia la CADH, máximo tratado sobre derechos humanos en el continente americano. La relación

³ Artículo 19.1 de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (2016): «Los pueblos indígenas tienen derecho a vivir en armonía con la naturaleza y a un ambiente sano, seguro y sustentable, condiciones esenciales para el pleno goce del derecho a la vida, a su espiritualidad, cosmovisión y al bienestar colectivo».

intrínseca que se suscita entre el derecho a un medioambiente sano y el resto de las garantías convencionales, ha ocasionado que la Corte IDH, en su calidad de intérprete de la CADH (art. 33⁴) a solicitud de Colombia, haya delimitado en la OC-23/17, la responsabilidad estatal de los Estados en lo referente a la temática ambiental.

III. ALCANCE Y LÍMITES DE LAS OBLIGACIONES AMBIENTALES IMPUESTAS A LOS ESTADOS AMERICANOS EN LA OPINIÓN CONSULTIVA OC-23/17

El 14 de marzo de 2016 la República de Colombia, ejerciendo el derecho que le confiere el art. 64⁵ de la CADH, solicitó a la Corte IDH que esclareciera, mediante el dictamen de una opinión consultiva, cuáles son las obligaciones estatales que los Estados signatarios de la CADH deben observar en materia de protección ambiental, y cuál es el ámbito de aplicación de las mismas. De esta forma, la Corte IDH, cada vez que dicta una opinión consultiva, está ejerciendo su función consultiva, la misma se halla contemplada en el art. 2⁶ de su estatuto.

El día 15 de noviembre de 2017, La Corte IDH cumplió la exigencia de Colombia al emitir la OC-23/17, materializando así, la primera ocasión en que el alto tribunal se manifiesta, en extenso, sobre la problemática ambiental. De la OC-23/17 se pueden extraer una serie de valiosos estándares interpretativos para la región: A) el primero de ellos es que la Corte IDH reconoce la interrelación innegable que existe entre el medioambiente y los derechos humanos, es decir, no son cuestiones que, jurídicamente, deban valorarse de forma independiente, como compartimentos estancos: «la degradación

⁴ Artículo 33 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: «Son competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes en esta Convención: a) la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, llamada en adelante la Comisión, y b) la Corte Interamericana de Derechos Humanos, llamada en adelante la Corte».

⁵ Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: «1. Los Estados miembros de la Organización podrán consultar a la Corte acerca de la interpretación de esta Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos. Asimismo, podrán consultarla, en lo que les compete, los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires. 2. La Corte, a solicitud de un Estado miembro de la Organización, podrá darle opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales».

⁶ Artículo 2. del Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: «La Corte ejerce función jurisdiccional y consultiva: 1. Su función jurisdiccional se rige por las disposiciones de los artículos 61, 62 y 63 de la Convención. 2. Su función consultiva se rige por las disposiciones del artículo 64 de la Convención».

ambiental y los efectos adversos del cambio climático afectan el goce efectivo de los derechos humanos». (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2017, 21-22). Sobre esta base se entiende que sin un medioambiente de calidad no es factible el desarrollo óptimo de los derechos humanos.

B) El derecho a un medioambiente sano no solo se encuentra receptado expresamente en el art. 11 del Protocolo de San Salvador, sino que también debe considerárselo incluido en el art. 26⁷ de la CADH, en tanto es un elemento clave para fomentar el desarrollo progresivo y sustentable de la sociedad.

C) Enumeración y clasificación de los derechos humanos más vulnerables al daño ambiental: el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal, el derecho a la salud, el derecho a la vivienda, el derecho a la propiedad, el derecho a la alimentación, el derecho al agua, el derecho a no ser desplazado forzosamente, y el derecho a participar en la vida cultural; a este conjunto de derechos se los denomina «sustantivos», toda vez que cualquier impacto ambiental los afecta de modo directo. El segundo grupo de derechos, son los denominados «derechos de procedimiento», ya que su ejercicio contribuye al progreso de políticas ambientales, entre ellos se encuentran: el derecho a la libertad de expresión, de asociación, de acceso a la información, el derecho a acceder a un recurso efectivo, y el derecho a la participación en la toma de decisiones.

D) Contenido y alcance del derecho a un medioambiente sano: la Corte IDH lo ha entendido como un derecho de doble alcance, es decir, por un lado tiene una extensión universal y colectiva, orientada a proteger las generaciones presentes y futuras; y por el otro, presenta un interés individual, debido a que su violación supone consecuencias inmediatas para las personas. Así, pueden verse socavados otros derechos, como el derecho a la vida o a la salud. Paralelamente, el tribunal reconoce que el objeto de protección del derecho a un medioambiente sano, no puede verse reducido al ser humano, sino que, por el contrario, este es extensivo a toda la naturaleza en general, por ello: los océanos, glaciares, bosques, la flora, la fauna, y demás recursos naturales, deben considerarse como intereses jurídicos en sí mismos en el entendido de que:

«Se trata de proteger la naturaleza y el medio ambiente no solamente por su conexidad con una utilidad para el ser humano o por los efectos que su degradación podría causar en otros derechos de las personas (...) sino

⁷ Artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: «Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados».

por su importancia para los demás organismos vivos con quienes se comparte el planeta, también merecedores de protección en sí mismos». (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2017, 28-29).

Nótese que la posición de la Corte IDH, en este extremo, no deja de ser novedosa, puesto que adopta el paradigma del biocentrismo jurídico —en contraposición al antropocentrismo—, admitiendo que la naturaleza y demás sistemas naturales, son, en sí mismos, sujetos de derechos.

Como se observa, la Corte IDH manifiesta cierta tendencia al ecologismo, el cual sostiene que: «una existencia sustentable y satisfactoria implica cambios radicales en la relación con el mundo natural no humano y en las formas de vida social y política». (Dobson 1997, 22-23). Sin dudas, entre dichas modificaciones, se encuentra la de preservar los ecosistemas y la biodiversidad, con miras a garantizar un ambiente sano, tanto para el hombre, como para otras formas de vida.

1. *Obligaciones de los Estados en materia de protección ambiental*

El primer punto al que hay que hacer referencia cuando se analizan las obligaciones de los Estados en materia de protección ambiental, es el del ámbito de aplicación y su correspondiente jurisdicción. La Corte IDH, en la OC-23/17, consideró que:

«... las obligaciones de los Estados Partes no están restringidas al espacio geográfico correspondiente a su territorio, sino que abarca aquellas situaciones donde, aún fuera del territorio de un Estado, una persona se encuentre bajo su jurisdicción»⁸. (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2017, 35).

De modo que el Estado no solo es responsable por los actos que se produzcan dentro de su territorio, sino que también responde por las conductas extraterritoriales cometidas bajo su jurisdicción. Esto se vincula directamente con los llamados «daños ambientales transfronterizos», es decir, aquellos que lesionan derechos humanos de personas que se hallen fuera del territorio del Estado en cuestión, pero dentro de su jurisdicción o autoridad. Conforme surge del art. 1.1⁹ de la CADH, los Estados partes deben cumplir

⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-23/17. Serie A, No. 23. (15 de noviembre de 2017), p. 35.

⁹ Artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: «Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social».

con la exigencia de respetar los derechos contenidos en la convención, además de garantizar su efectivo ejercicio. En concordancia con ello, la Corte IDH desarrolla en la OC-23/17, dos grupos de obligaciones estatales: uno basado en el respeto, y otro fundado en el deber de garantía.

Dentro del primero ubicamos a las obligaciones de abstención, donde se limita el accionar del poder estatal, a fin de evitar el ejercicio de políticas que conduzcan a ocasionar daños ambientales. En este orden, identificamos dos grandes restricciones, la primera de ellas es la obligación de abstenerse de ejecutar «cualquier práctica o actividad que deniegue o restrinja el acceso, en condiciones de igualdad, a los requisitos para una vida digna, como lo son, el agua y la alimentación adecuada, entre otros». (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2017, 50).

Aquí es necesario destacar que la Corte IDH ubica como derechos vulnerables a la degradación ambiental, no solo al derecho a la vida humana, sana y digna, sino que dicha tutela es susceptible de aplicarse, también, a otros bienes jurídicos, como el derecho al agua y a la alimentación, entre otros. De lo citado se desprende, entonces, que para activar los mecanismos de protección ambiental, no resulta una *conditio sine qua non* la exclusiva vulneración del derecho a la vida, a la integridad personal o a la salud, sino que basta una amenaza estatal, cierta y comprobable, que eventualmente pueda vulnerar el agua, los alimentos o la propiedad, en el sentido de que poseen una protección individual, siendo esta enumeración meramente enunciativa y no taxativa.

La segunda restricción hace referencia a la prohibición de «contaminar ilícitamente el medio ambiente de forma que se afecte las condiciones que permiten la vida digna de las personas» (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2017, 50). Dentro de este supuesto, pueden englobarse las acciones nocivas que llevan adelante las empresas estatales, las cuales derivan de diferentes tipos de contaminación: polución, irradiación de gases de efecto invernadero, basurales a cielo abierto, derrames de petróleo, vertidos y emisiones de sustancias tóxicas sobre los ríos y mares, etc.

El segundo grupo de obligaciones estatales está integrado por deberes convencionales de garantía; de modo que los Estados deben adoptar «todas las medidas apropiadas para proteger y preservar los derechos a la vida y a la integridad». (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2017, 50). Dicho deber de garantía incluye tanto la esfera pública y estatal, en sus diversas interrelaciones, como también aquellas que se producen en el ámbito privado; es decir, los Estados tienen la obligación de evitar que terceros causen lesiones a los derechos ambientales, siendo este mandato de carácter preventivo.

Según la Corte IDH, el deber de garantía abarca: «todas aquellas medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos». (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2017, 50). Sin embargo, debemos preguntarnos qué sucede cuando se ha

producido un daño ambiental como consecuencia de la acción de un agente no estatal, es decir, de un tercero; ¿en qué casos la responsabilidad internacional de los Estados queda comprometida, ante un atentado contra el medioambiente cometido por un particular? Según la Corte IDH, esta se patentiza con la comprobación de omisiones estatales, tales como: «falta de regulación, supervisión o fiscalización de las actividades de estos terceros que causen un daño al medio ambiente». (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2017, 51).

Simultáneamente, las precitadas hipótesis deben ir acompañadas de dos circunstancias: a) al momento de suscitarse la violación al medioambiente, las autoridades estatales

«... sabían o debían saber de la existencia de una situación de riesgo real e inmediato para la vida de un individuo o grupo de individuos determinados, y no tomaron las medidas necesarias dentro del ámbito de sus atribuciones». (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2017, 51).

b) el segundo presupuesto que plasma la responsabilidad estatal, es la comprobación del nexo causal. Según la Corte IDH, debe existir «una relación de causalidad entre la afectación a la vida o la integridad y el daño significativo causado al medio ambiente». (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2017, 51).

De lo anterior se concluye que las obligaciones estatales, respecto al accionar de los particulares, no son ilimitadas, toda vez que para atribuirle responsabilidad al Estado, es necesario constatar la existencia de los requisitos previamente desarrollados en la coyuntura del caso concreto.

2. *El deber de debida diligencia*

La noción de debida diligencia, en materia de derecho internacional público, puede ser entendida como

«... la obligación de prevenir, investigar y sancionar el hecho violatorio de los derechos humanos, en los supuestos en los que el Estado incumple estas obligaciones por omisión de sus órganos, o en casos de cumplimiento deficiente». (García Elorrio 2011, 1-30).

Por lo demás, el propio art. 2¹⁰ de la CADH consagra tácitamente a la debida diligencia, cuando impone a los Estados miembros la realización de

¹⁰ Artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: «Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades».

medidas apropiadas para hacer efectivas las garantías y derechos incluidos en ella.

En la OC-23/17, la Corte IDH le otorga un rol clave al cumplimiento de la debida diligencia, entendiéndola como un deber sobre el cual «reposan la mayoría de las obligaciones en materia ambiental». (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2017, 53). Es conveniente distinguir aquí, que la naturaleza jurídica de la debida diligencia no es de resultado, sino que se la concibe como una obligación de comportamiento. Ello es así, porque no se exige el logro de un objetivo en particular, sino la adecuación de una conducta a los fines de lograr la efectividad de los derechos.

El concepto de debida diligencia, en materia de medioambiente, es sustancial, porque abarca una multiplicidad de obligaciones específicas, cuyo ámbito de aplicación se extiende tanto a los daños acontecidos dentro del territorio estatal, como a los daños que traspasen sus fronteras; entre ellas, podemos citar: a) las obligaciones de prevención, b) la obligación de aplicar el principio de precaución, c) la obligación de cooperación, y d) las obligaciones de procedimiento.

A) Obligaciones de prevención: se basan en el principio de prevención, según el cual los Estados deben desplegar acciones tendientes a evitar que sus actividades dañen el medioambiente de otro Estado o de áreas donde este no ejerza su jurisdicción. En este punto cabe preguntarse cuándo surge la obligación estatal de prevenir, es decir, ¿a qué daños se circunscribe? La Corte IDH ha determinado que los daños a evitar son aquellos de carácter significativo, entendiendo por estos: «cualquier daño al medio ambiente que pueda conllevar una violación de los derechos a la vida o a la integridad personal, conforme al contenido y alcance de dichos derechos». (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2017, 58).

La primera de las obligaciones de prevención, es el deber de regulación: alude a que los Estados deben adoptar todas las medidas necesarias para regular aquellas actividades que, eventualmente, puedan ocasionar un daño ambiental significativo; siendo para ello fundamental la imposición de estudios de impacto ambiental, a los fines de determinar el nivel de riesgo de cada actividad. Con dicha obligación, se busca disminuir las amenazas a los derechos a la vida y a la integridad personal.

La segunda obligación de prevención es la de supervisar y fiscalizar: hace referencia a que los Estados deben desarrollar mecanismos de control para supervisar y fiscalizar las actividades que, potencialmente, puedan contribuir a ocasionar un daño significativo al medioambiente. En este sentido, se debe inspeccionar tanto a las entidades públicas, como privadas, que realicen tales tareas de riesgo. Asimismo, es esencial que los Estados lleven a cabo diligencias tales como: rendición de cuentas, medidas preventivas y procedimientos de investigación, sanción y reparación, cuando corresponda.

La tercera obligación de prevención es la de requerir y aprobar estudios de impacto ambiental: antes de la sanción de la OC-23/17, la Corte IDH había expresado su posición respecto a que los estudios de impacto ambiental solo eran obligatorios en actividades realizadas dentro del territorio de comunidades nativas, sin embargo, tras la publicación de la opinión consultiva, tal obligación se ha hecho extensiva a cualquier actividad que pueda ocasionar un daño significativo al medioambiente.

De modo que siempre que se acredite, a través de un examen preliminar, que una labor pueda ocasionar un daño ambiental significativo, los Estados deben cumplir la obligación de realizar un estudio de impacto ambiental. Vale aclarar que dicha observancia es obligatoria e ineludible, tanto para los agentes estatales como para las personas privadas.

El análisis de impacto ambiental que tanto los Estados, como los terceros ajenos a este, deben poner en práctica, tiene que reunir las siguientes exigencias: debe llevarse a cabo y concluirse antes de iniciar la actividad; el estudio tiene que ser implementado por entidades calificadas e independientes, bajo la supervisión del Estado; abarcar el impacto acumulado, en el sentido de que debe estudiar las eventuales consecuencias de los proyectos existentes, y los que vayan a generar los proyectos propuestos; debe contar con la participación del público interesado, cualquier persona afectada o interesada, debe tener el derecho de expresar su opinión respecto a la actividad o proyecto; debe ser respetuoso de las tradiciones y cultura de los pueblos indígenas, es decir, que debe considerarse el fuerte lazo que une a los pueblos originarios con los recursos naturales, en atención a su cosmogonía y tradición, sin que se altere su modo de vida; y, por último, el contenido de cada estudio de impacto ambiental debe estar determinado y receptado mediante legislaciones y marco regulatorio.

El cuarto deber que integra las obligaciones de prevención, es el deber de establecer un plan de contingencia: significa que los Estados deben diagramar planes que permitan hacer frente a emergencias y desastres naturales, los cuales tienen que contener medidas de seguridad y protocolos de procedimiento, con el fin de mitigar los posibles daños.

Finalmente, la última y quinta obligación de prevención, es el llamado deber de mitigar los daños ambientales, en caso de que estos ya se hubieran producido: si el daño ambiental significativo, ya se produjo, pese a haberse cumplido con todas las obligaciones anteriores, esta circunstancia no exime al Estado de la obligación de tomar medidas que contribuyan a paliar y disminuir el daño ambiental. Para llevar a cabo esta tarea, los Estados deben recurrir a la tecnología y ciencia más actualizada y disponible que posean.

B) Obligación de aplicar el principio de precaución: el criterio de precaución puede ser definido como:

«... un elemento estructural del derecho ambiental, que está dirigido a evitar los daños graves o irreversibles que pueda sufrir el medio ambiente, imponiendo medidas preventivas en aquellos eventos donde no hay certeza sobre la afectación que el desarrollo de una actividad pueda causar en los recursos naturales». (Arcila Salazar 2009, 283-304).

En efecto, la Corte IDH entiende que los Estados están obligados a aplicar el principio de precaución¹¹, aún en los casos en que no exista certeza científica de daño ambiental, bastando para ello, la presencia fáctica de indicadores plausibles que señalen que una actividad, posiblemente, pueda acarrear daños graves e irreversibles al medioambiente.

En consecuencia, para que se configure la obligación de los Estados de ejecutar medidas eficaces con el fin de evitar el daño ambiental, deben reunirse dos elementos fundamentales: el primero es que tiene que existir una incertidumbre científica, acompañada de indicios consistentes de amenaza. La doctrina señala que estos indicadores deben ser sólidos, fundamentados en «información científica consistente, que lleve a la elaboración de una hipótesis acerca de un riesgo potencial de carácter grave o irreversible». (Andaluz Westreicher 2002, 143-147); mientras que el segundo elemento estriba en que el peligro de daño debe ser grave o irreversible, es decir, el calibre del evento dañoso debe ser capaz de afectar o modificar definitivamente un ecosistema o lesionar al derecho a la vida y a la integridad personal, toda vez que la CADH, en su art. 29¹², consagra el principio *pro persona*, también conocido como principio *pro homine*. Tal postulado puede ser definido como:

«... un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los

¹¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-23/17. Serie A, No. 23. (15 de noviembre de 2017), p. 72.

¹² Artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: «Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza».

derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre». (Pinto 1997).

En concordancia con la CADH, la Corte IDH también reconoce que, cuando se está frente a un caso concreto, en el que se confrontan derechos e interpretaciones normativas, siempre debe optarse por la solución más favorable al ser humano. Así lo ha establecido, por ejemplo, en la Opinión Consultiva OC-5/85, en la cual se refiere al principio *pro homine* como: «principio de interpretación extensiva de los derechos humanos y restrictiva de sus limitaciones» (Corte Interamericana de Derechos Humanos 1985, 4); y en la Opinión Consultiva OC-18/03:

«El Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en aplicación del principio *pro homine*, otorga mayor prevalencia a la norma que proyecte una protección a la dignidad humana (que reconozca más ampliamente los derechos humanos), con independencia de la fuente de origen de la obligación que se trate. Por ello, el ordenamiento jurídico de un Estado tiene validez en cuanto sea congruente con los derechos humanos de las personas». (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2003, 92).

En base a lo planteado previamente, puede deducirse que: cuando se practica una exégesis jurídica sobre un litigio en el que se controvertan extremos legales vinculados al medioambiente y, por ende, al ser humano, nunca puede soslayarse la valoración que el principio *pro homine* ostenta dentro del SIDH. En tal sentido, se debe propender a armonizar, mediante un correcto proceso interpretativo, a la norma internacional con la nacional, con el fin de que «frente a uno o varios textos normativos concernientes o que pueden afectar derechos humanos, se debe tomar siempre una decisión a favor de la persona» (Tenenbaum y Lavalle 2010). De lo cual se concluye que el principio de interpretación *pro homine*, se erige como una valiosa directiva para la protección del ser humano frente a delitos y faltas que menoscaban directa o indirectamente al medioambiente. En la misma línea de pensamiento, Garrido Cordobera, ha sostenido que:

«... en esta nueva etapa del desarrollo de la temática ambiental, se impone la adopción y realización de los principios de no regresión, *pro homine* y de solidaridad intergeneracional, para solucionar los desafíos a los que nos enfrentaremos en los años venideros» (Garrido Cordobera 2015).

C) Obligación de cooperación interestatal: los Estados miembros de la CADH tienen la obligación de colaborar entre ellos, conforme lo estipula el art. 26 de la misma. Por ello, cuando se suscite un daño ambiental significativo de carácter transfronterizo, que pueda afectar a uno o varios Estados, es necesaria la colaboración interestatal, a efectos de prevenir y disminuir los

efectos de cualquier tipo de degradación ambiental. Una característica de esta obligación, es que solo recae entre los Estados y no entre particulares.

En este sentido, la Corte IDH resalta la especial importancia que supone la cooperación, sobre todo, cuando se trate de recursos compartidos por varios Estados. Básicamente, la obligación de cooperación interestatal incluye tres deberes concretos: el deber de notificación; el deber de consulta y negociación; y el intercambio de información.

El primer deber implica que los Estados tienen que notificar fehacientemente a los otros, en lo que respecta a posibles daños significativos al medioambiente, que puedan derivar de actividades ejecutadas dentro de su jurisdicción y autoridad. La notificación debe ser oportuna y previa al desarrollo de la actividad.

El segundo deber alude a que los Estados deben consultarse y llevar a cabo negociaciones entre sí, de manera oportuna y de buena fe, con el fin de mitigar y prevenir los daños transfronterizos. Una importante característica de este deber es que, mientras los Estados se encuentren en etapa de consulta y negociación, la actividad de riesgo ambiental que ha motivado la obligación de cooperación debe ser paralizada hasta tanto se arribe a un acuerdo.

El tercer deber conlleva la responsabilidad de intercambiar información, en términos de conocimiento científico o tecnológico, con el objeto de facilitar la protección al ambiente, ocasionada por el daño transfronterizo.

D) Obligaciones de procedimiento: el último grupo de obligaciones que integra el principio de debida diligencia, son las obligaciones de procedimiento; así llamadas porque facilitan la implementación de políticas ambientales. En líneas generales, son tres, y consisten en: 1) asegurar el acceso a la información vinculada con posibles agravios al medioambiente: este acceso debe ser oportuno, efectivo y asequible. Además, sobre el Estado recae la obligación de entregar la información, aunque la parte que la solicita no posea un interés directo, excepto que exista una restricción legítima.

2) Garantizar la participación pública de las personas en la toma de decisiones y políticas que sean susceptibles de causar un daño al medioambiente: la participación ciudadana es relevante en materia ambiental, porque fortalece a la persona, haciendo posible que las comunidades puedan controlar el accionar de los Estados. Dicha participación se concreta mediante distintas acciones, tales como: audiencias públicas, consultas y notificaciones, procesos de revisión judicial, y mecanismos de formulación y aplicación de leyes.

3) Los Estados deben garantizar siempre el acceso a la justicia, de modo tal que las causas que versen sobre protección ambiental no son la excepción. La Corte IDH sostiene que propiciar el acceso a la justicia a los ciudadanos es elemental para la protección de todos los derechos humanos; el mismo debe asegurarse sin discriminación alguna a todos aquellos que han sido afectados por daños ambientales, es: «un medio para remediar cualquier

violación a los derechos humanos que hubiera sido causada por el incumplimiento de normas ambientales» (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2017, 93).

Finalmente, hay que destacar que el proceso para acceder a la justicia, debe ser efectivo y accesible.

IV. LA PROTECCIÓN AMBIENTAL EN LA JURISPRUDENCIA CONTENCIOSA RECIENTE DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Siendo la Corte IDH la máxima intérprete de la CADH, sobre ella recae conocer en todos los asuntos en los que se vean afectadas las garantías reconocidas en la convención (art. 33, CADH). Por lo tanto, además de su facultad consultiva, expresada a través de opiniones consultivas, la Corte IDH también detenta la capacidad de ejercer funciones contenciosas, es decir, puede dirimir en cualquier causa judicial en la que se controviertan derechos consagrados en la CADH, que han sido violados por los Estados signatarios, siempre que estos hayan reconocido su competencia.

En este orden de ideas existen, dentro de la jurisprudencia contenciosa de la Corte IDH, una serie de sentencias en las que se han analizado algunas cuestiones vinculadas a la problemática ambiental. La mayoría de ellas gravitan en torno a los pueblos originarios y la especial relación que estos guardan con el territorio y los recursos naturales, dada su cosmogonía:

«los pueblos indígenas (...) que han sobrevivido a lo largo de los años, frente a la conquista, la occidentalización, la discriminación y devastación de su hábitat, se han regido por tradiciones y costumbres compatibles y en armonía con lo que llamamos «medio ambiente»» (Calderón Gamboa 2012).

Uno de los fallos más recientes al respecto es «Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam»¹³, sentencia del 25 de noviembre de 2015. El objeto de la controversia trató sobre la falta de un marco normativo que reconozca la personalidad jurídica de los pueblos indígenas, además de la ausencia de regulación estatal en materia de derecho a la propiedad colectiva de tierras, recursos naturales y territorios de las comunidades Kaliña y Lokono, en Surinam. Aunado a lo anterior, se sumó el hecho de que el Estado concedió explotaciones mineras, y estableció reservas naturales dentro del territorio ancestral de dichos pueblos.

¹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam. Serie C, No. 309. (25 de noviembre de 2015). Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_309_esp.pdf

La Corte IDH determinó que la inexistencia de una ley que reconozca la personería jurídica de los pueblos indígenas en Surinam, resultaba violatorio del art. 3¹⁴ de la CADH, por lo que se condenó al Estado a que reconozca la personalidad legal colectiva de los pueblos Kaliña y Lokono.

En lo atinente a materia ambiental, la Corte IDH exigió al Estado el cumplimiento riguroso de la obligación de realizar estudios de impacto ambiental, con el fin de evitar posibles daños al medioambiente por parte de mineras o de otras empresas que puedan violar el medioambiente:

«... el Estado debe garantizar que no se emitirá ninguna concesión dentro del territorio de una comunidad indígena a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental» (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2015, 56).

Por otro lado, en la sentencia puesta en análisis, se identifica el reconocimiento y protección de la Corte IDH al derecho a gozar de un medioambiente sano: «el Tribunal ha resaltado la importancia de la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente (...) como un derecho humano esencial relacionado con el derecho a la vida digna» (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2015, 48). Otro punto a resaltar es la obligación que deben observar los Estados, relativa a asegurar el derecho a la participación ciudadana en la toma de decisiones, es decir que los Estados tienen que promover la efectiva participación pública de toda aquella población o comunidad que, eventualmente, pueda verse afectada por la realización de una actividad que implique riesgo ambiental.

La participación efectiva, según la Corte IDH, puede lograrse mediante procesos de consulta, los cuales deben ser previos al desarrollo de la actividad: «la Corte ya ha establecido que el Estado debe garantizar la participación efectiva «en relación con todo plan de desarrollo, inversión, exploración o extracción» (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2015, 58), los cuales deben ser entendidos como: «cualquier actividad que pueda afectar la integridad de las tierras y recursos naturales» (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2015, 48).

Otra sentencia de la Corte IDH que reviste importancia, dentro de la temática ambiental, es «Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador»¹⁵, sentencia del 27 de junio de 2012. Los hechos de la causa versan sobre la

¹⁴ Artículo 3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: «Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica».

¹⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Serie C, No. 245. (27 de junio de 2012). Recuperado de http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf

instalación de una empresa petrolífera dentro del territorio del pueblo indígena Kichwa. El Estado de Ecuador otorgó a la empresa un permiso que la habilitaba a llevar a cabo actividades de exploración y explotación petrolera.

En lo concerniente a la protección ambiental, la Corte IDH determinó la responsabilidad estatal de Ecuador, por violar las obligaciones de realizar un análisis de impacto ambiental, y por no garantizar el derecho a la consulta. En cuanto a los estudios de impacto ambiental, el tribunal sostuvo que:

«El objetivo de los mismos no es únicamente tener alguna medida objetiva del posible impacto sobre la tierra y las personas, sino también asegurar que los miembros del pueblo tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluidos los riesgos ambientales y de salubridad» (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2012, 64).

Respecto a la participación pública, esta debe garantizarse mediante el derecho a consulta, la cual debe efectuarse con carácter previo, es decir, debe convocarse antes de ser iniciado el proyecto o actividad; además, debe cumplir los requisitos de buena fe, al mismo tiempo que debe ser accesible, adecuada, y ser respetuosa de las costumbres y tradiciones autóctonas de los pueblos. Ello es así, porque la consulta

«... no debe agotarse en un mero trámite formal, sino que debe concebirse como «un verdadero instrumento de participación», «que debe responder al objetivo último de establecer un diálogo entre las partes basado en principios de confianza y respeto mutuos»» (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2012, 57).

Finalmente, la última sentencia que merece ser destacada es «Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile»¹⁶, sentencia del 19 de septiembre de 2006. La importancia de este fallo radica en que la Corte IDH, por primera vez, condenó a un Estado por incumplir la obligación ambiental de garantizar el acceso a la información.

Los hechos que integran el objeto del litigio, se fundan en la negativa del Estado chileno, a través de su Comité de Inversiones Extranjeras, a conceder información acerca del proyecto de deforestación presentado por la empresa forestal Trillium, a los señores Marcel Claude Reyes, Sebastián Cox Urrejola y Arturo Longton —reconocidos ambientalistas—. La información solicitada por los ciudadanos tenía por fin medir el impacto que el proyecto pudiera tener sobre el medioambiente. El proyecto de deforestación provocó en la sociedad chilena una discusión pública acerca de cuál sería su impacto en el medioambiente. En virtud de ello, la Corte IDH interpretó que la

¹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Serie C, No. 151. (19 de septiembre de 2006). Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_esp.pdf

información solicitada era de interés público, toda vez que se vinculaba con un contrato de inversión extranjera, celebrado entre el Estado y dos empresas extranjeras, cuyo desarrollo podría ocasionar un daño ambiental.

El derecho que detentan los ciudadanos a tener acceso a la información que se halle bajo control del Estado, se encuentra consagrado en el art. 13.1¹⁷ de la CADH, como un derecho que «comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole» (Convención Americana sobre Derechos Humanos 1969, art. 13.1). La restricción estatal al acceso a la información, perpetrada por el Estado chileno, supuso una violación al derecho de libertad de pensamiento y de expresión, contemplado en el art 13.1 de la CADH. Por ello, la Corte IDH condenó a Chile a entregar la información solicitada por las víctimas, dentro del plazo de seis meses. La Corte IDH recordó, además, en su considerando 81¹⁸, que el derecho al acceso a la información, en materia ambiental, se encuentra protegido mediante el principio 10 de la Declaración de Río, el cual dispone que: «En el plano nacional, toda persona debe tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas» (Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo 1992, principio 10).

V. CONCLUSIONES

En virtud de lo expuesto en el presente trabajo, podemos extraer las siguientes conclusiones:

1. El derecho a un medioambiente sano es esencialmente un derecho humano —sin perjuicio de que resulta extensivo a toda la naturaleza en general, incluidas todas las formas de vida—. Debe considerárselo un derecho en sí mismo, es decir, es autónomo, en tanto no depende de otros derechos para ser exigible y efectivo.

Asimismo, presenta un doble alcance: a) colectivo: porque protege a las generaciones presentes y futuras; b) individual: porque presenta un interés individual, debido a que su violación supone consecuencias inmediatas para las personas. Además, posee una relación especial con otros derechos

¹⁷ Artículo 13.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: «Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. 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».

¹⁸ Considerando 81 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile, sentencia del 19 de septiembre de 2006, Serie C No. 151: «En igual sentido se debe destacar lo establecido en materia de acceso a la información en la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción⁷⁹ y en la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo».

humanos elementales. En este sentido, se destacan dos grupos: a) los derechos sustantivos: el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal, el derecho a la salud, el derecho a la vivienda, el derecho al agua, el derecho a la alimentación, el derecho a la propiedad, el derecho a no ser desplazado forzosamente, y el derecho a participar de la vida cultural; b) en un segundo grupo ubicamos a los derechos de procedimiento: libertad de expresión, libertad de asociación, derecho de acceso a la información, derecho a un recurso efectivo, y derecho a la participación en la toma de decisiones.

2. Dentro del SIDH el derecho a un medioambiente sano se encuentra reconocido específicamente en el art. 11 del Protocolo de San Salvador (1988), en la OC-23/17 y, tácitamente, en el art. 26 de la CADH, por cuanto la Corte IDH lo considera incluido dentro de los derechos económicos, sociales y culturales, toda vez que los Estados están obligados a favorecer y estimular su desarrollo progresivo.

3. Ámbito de aplicación del derecho a un medioambiente sano: en el SIDH, los Estados se encuentran obligados a garantizar el derecho a un medioambiente sano, dentro o fuera de su territorio, es decir, no solo son responsables por lo que ocurra dentro de sus territorios, sino también por lo que suceda en un plano extraterritorial, siempre y cuando en ese espacio geográfico el Estado ejerza su jurisdicción o control. Por ello, los Estados pueden ser hallados culpables de ocasionar daños transfronterizos.

4. En la OC-23/17 el SIDH ha sistematizado, y consagrado expresamente, el derecho a un medioambiente sano y las correspondientes obligaciones que los Estados deben observar a los fines de cumplir con su protección, entre ellas, podemos destacar: a) el deber de debida diligencia; b) la obligación de regular las actividades que supongan un daño significativo al medioambiente; c) obligación de supervisar y fiscalizar; d) obligación de exigir, evaluar y aprobar estudios de impacto ambiental; e) obligación de disponer un plan de contingencia frente a daños y desastres ambientales; f) obligación de mitigar el daño ambiental; g) obligación de aplicar en sus políticas ambientales el principio de precaución, según el cual debe actuarse cuando hayan indicios rigurosos de posibles daños graves al medioambiente, aunque no exista una certeza científica exacta; h) obligación de cooperación entre los Estados; i) cumplir con las obligaciones de procedimiento, a saber: garantizar el acceso a la información, asegurar la participación pública en la toma de decisiones y políticas que puedan alterar o dañar al medioambiente, y garantizar el acceso a la justicia en cuestiones vinculadas a la protección ambiental.

BIBLIOGRAFÍA

ANDALUZ WESTREICHER, Carlos. 2002. «Derecho ambiental: El principio precautorio». *Foro Jurídico*, n.º 1: 143-147.

- ARCILA SALAZAR, Beatriz. 2009. «El principio de precaución y su aplicación judicial». *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, n.º 39: 283-304.
- BERMÚDEZ SOTO, Jorge. 2007. *Fundamentos de Derecho Ambiental*. (1ª ed.). Chile: Ediciones Universitarias de Valparaíso.
- CALDERÓN GAMBOA, Jorge. 2012. *Pueblos indígenas y medio ambiente en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: un desafío verde*. San José de Costa Rica: OEA.
- CÁRDENAS HERNÁNDEZ, Carlos. 2011. «Una aproximación teórica al medio ambiente sano como derecho fundamental». *Derecho y Realidad*, n.º 9: 212-220.
- CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE MEDIO HUMANO. (1972). Recuperado de <https://www.dipublico.org/conferencias-diplomaticas-naciones-unidas/conferencia-de-las-naciones-unidas-sobre-el-medio-humano-estocolmo-5-a-16-de-junio-de-1972/>
- CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. (1969). Recuperado de https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Serie C, No. 151. (19 de septiembre de 2006). Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_151_esp.pdf
- Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador. Serie C, No. 245. (27 de junio de 2012). Recuperado de http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf
- Caso Pueblos Kaliña y Lokono Vs. Surinam. Serie C, No. 309. (25 de noviembre de 2015). Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_309_esp.pdf
- Opinión Consultiva OC-18/03. Serie A, No. 18. (17 de septiembre de 2003), p. 92. Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_18_esp.pdf
- Opinión Consultiva OC-23/17. Serie A, No. 23. (15 de noviembre de 2017). Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf
- Opinión Consultiva OC-5/85. Serie A, No. 5. (13 de noviembre de 1985), Opinión separada del juez Rodolfo E. Piza Escalante, considerando 12, p. 4. Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_05_esp.pdf
- DE LUIS GARCÍA, Elena. 2018. «El medio ambiente sano: la consolidación de un derecho». *Juris Tantum Revista Boliviana de Derecho*, n.º 13: 550-569.
- DECLARACIÓN AMERICANA SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS. (2016). Recuperado de <https://www.oas.org/es/sadye/documentos/res-2888-16-es.pdf>
- DECLARACIÓN DE RÍO SOBRE EL MEDIO AMBIENTE Y EL DESARROLLO. (1992). Recuperado de <http://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm>
- DOBSON, Andrews. 1997. *Pensamiento político verde: una nueva ideología para el siglo XXI*. Traducido por José Pedro Tosaus. Barcelona: Paidós.
- ESTATUTO DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. (1979). Recuperado de http://www.iri.edu.ar/publicaciones_iri/manual/Ultima-Tanda/Derechos-Humanos-Interamericano/11.9.%20ESTATUTO-Corte.pdf
- GARCÍA ELORRIO, Magdalena. 2011. «Algunas consideraciones en torno a la naturaleza y alcance de la noción de diligencia debida en la jurisprudencia de la Corte

- Interamericana de Derechos Humanos». *Recordip Revista Electrónica Cordobesa de Derecho Internacional Público*, n.º 1:1-30.
- GARRIDO CORDOBERA, Lidia. 2015. *La aplicación de los principios de no regresión, solidaridad y «pro homine»: El desafío ambiental del siglo XXI*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- PINTO, Mónica. 1997. «El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos». En *La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales*, editado por Abregú, Martín y Courtis, Christian, 163-171. Buenos Aires: CELS – Editores del Puerto.
- PROTOCOLO ADICIONAL A LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS EN MATERIA DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (Protocolo de San Salvador). (1988). Recuperado de <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html>
- TENEMBAUM, Mariela y LAVALLE, Agustín. 2010. «El principio pro homine y su aplicación por los Tribunales Superiores». *Ministerio Público, Defensoría de Casación*. Recuperado de <http://www.defensapublica.org.ar/>

DATOS, DATOS, DATOS: EL DATO PERSONAL, EL DATO NO PERSONAL, EL DATO PERSONAL COMPUESTO, LA ANONIMIZACIÓN, LA PERTENENCIA DEL DATO Y OTRAS CUESTIONES SOBRE DATOS

Data, data, data: Personal data, non-personal data, composite personal data, anonymization, data ownership and other data issues

Andoni Polo Roca
Abogado

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-69\(1\)-2021pp211-240](http://dx.doi.org/10.18543/ed-69(1)-2021pp211-240)

Recibido: 11.01.2021

Aceptado: 18.06.2021

Resumen

La protección de datos resulta un ámbito en constante crecimiento, debido a las nuevas tecnologías y los peligros que éstas suponen para nuestra privacidad. Como núcleo de la protección de datos, tenemos precisamente eso: el «dato personal». Pero, ¿qué es un dato personal? La respuesta la encontramos en el RGPD, pero es posible que la definición jurídica no cubra todos los datos que sí debería. A ello se le añaden la doctrina del TJUE o la doctrina del TEDH en relación a los «datos relativos a la vida privada y familiar». Junto a ello nos aparecerá, asimismo, el «dato no personal» que también ha sido definido por el Derecho de la UE, y que están fuera de la aplicación del RGPD, pero ¿tienen alguna protección? En ese ámbito irrumpirán los llamados metadatos, que son datos no personales *per se*, pero que pueden suponer una amenaza a la privacidad. Por ello, el TJUE hizo unos pronunciamientos de gran relevancia respecto a esos «datos no personales» (técnicamente), que han derivado en lo que se puede denominar como la teoría del «dato personal compuesto» o «teoría del perfil», un dato que es al mismo tiempo personal y no personal (híbrido); ello

unido a la combinación de datos y a la agregación de datos. En todo ello, también, deberemos tener presente la seudonimización y la anonimización, pero especialmente la posibilidad de reidentificar a una persona. Y, por último, es necesario abordar el análisis relativo a la pertenencia del dato personal y su comercialización, respondiendo para ello a dos preguntas: ¿de quién es el dato?, y ¿son nuestros datos objetos de comercio?

Palabras clave

dato, dato personal, TJUE, anonimización, reidentificación

Abstract

Data protection is an area in constant growth, due to new technologies and the dangers they pose to our privacy. At the core of data protection, we have just that: «personal data». But what is a personal data? The answer is found in the GDPR, but the legal definition may not reach all the data that it should. To this is added the doctrine of the CJEU, or the doctrine of the ECHR in relation to «data relating to private and family life». Along with this, we will also see the «non-personal data» that has also been defined by EU law, and that is outside the application of the GDPR, but do they have any protection? In this area, so-called metadata takes relevance, which is non-personal data per se, but which can pose a threat to privacy. For this reason, the CJEU made some highly relevant pronouncements regarding these «non-personal data» (technically), which have resulted in what can be called the theory of «composite personal data» or «profile theory», a data which is both personal and non-personal (hybrid); this coupled with the combination of data and the aggregation of data. In all this, we must also bear in mind the pseudonymization and anonymization, but especially the possibility of re-identifying a person. And finally, it is necessary to address the analysis regarding the ownership of personal data (data ownership) and its commercialization, answering two questions: whose data is it? And are our data objects of commerce?

Keywords

data, personal data, ECJ, anonymization, re-identification

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA PROTECCIÓN DE DATOS. III. EL «DATO PERSONAL» (TJUE), EL «DATO RELATIVO A LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR» (TEDH), Y EL «DATO NO PERSONAL». 1. *La regulación del «dato personal»: evolución.* 2. *La regulación actual del dato personal en el RGPD.* 3. *El «dato personal» en la jurisprudencia y doctrina.* 4. *El «dato no personal»: ¿sin protección?* IV. EL «DATO PERSONAL COMPUESTO»: LA TEORÍA DEL «DATO COMPUESTO» O «TEORÍA DEL PERFIL». 1. *El caso Digital Rights Ireland y Seitlinger y otros (2014).* 2. *El «dato personal compuesto».* V. LOS «METADATOS», LA «AGREGACIÓN DE DATOS» Y SU CLAVE: «CONSIDERADOS EN SU CONJUNTO». VI. EL CRUCE DE DATOS Y LA COMBINACIÓN DE DATOS. VII. LA ANONIMIZACIÓN DE DATOS: ¿FUNCIONA?. 1. *La «anonimización» y la «seudonimización».* 2. *La «anonimización».* 3. *La «reidentificación».* VIII. LA PERTENENCIA DEL DATO PERSONAL: ¿DE QUIÉN ES EL DATO?. IX. ¿SON NUESTROS DATOS OBJETOS DE COMERCIO?. X. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCION

Vivimos rodeados de datos, y más en la actualidad. En la denominada Sociedad de la Información, los datos (la información) se han convertido en el epicentro de nuestro día a día, en el petróleo del siglo XXI. Así, hay datos y datos, algunos personales y otros no, pero serán los personales los que sean objeto de especial protección, ya que unidos a ellos tendremos a una persona física, su intimidad y su vida privada.

La protección de datos tiene por objeto el dato personal, pero puede que la concepción jurídica actual que el Reglamento General de Protección de Datos¹ (RGPD) ha dado no alcance a todos los datos que debería. Ahí tendremos la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

En el lado opuesto, en cambio, encontramos el dato no personal, cuya definición también ha sido fijada por el Derecho de la Unión, pero no les es aplicable el RGPD ni su protección, por lo que puede ser debatible si tienen algún tipo de protección o no. Resulta un debate de gran relevancia, por ejemplo, a la hora de saber si en un movimiento internacional de datos resulta aplicable el RGPD (dato personal) o el Reglamento (UE) 2018/1807 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018, relativo a un

¹ Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos).

marco para la libre circulación de datos no personales en la Unión Europea (dato no personal).

En esa dicotomía dato personal-no personal, tomarán relevancia los llamados metadatos, que son, en sí mismos, datos no personales; no obstante, si bien son datos no personales, puede que constituyan una gran amenaza para la privacidad de la ciudadanía.

Es ahí donde cobrarán relevancia los pronunciamientos que el TJUE hizo tanto en el año 2014 como en posteriores, que supondrán un dique de contención en un terreno tan farragoso como el de los metadatos y los datos no personales que pueden llegar a ser personales: la que podemos llamar teoría del «dato personal compuesto» o «teoría del perfil». En ello aparecerán cuestiones como la combinación de datos y a la agregación de datos.

Por otro lado, cuestiones como la seudonimización y la anonimización también serán objeto de estudio, especialmente por la posibilidad de reidentificar a una persona, lo cual atacaría directamente su privacidad.

En todo ello, por último, se analizarán también dos cuestiones de gran relevancia en torno a los datos como son la pertenencia del dato personal y su comercialización, respondiendo para ello a dos preguntas: ¿de quién es el dato?, y ¿son nuestros datos objetos de comercio?

Todo ello teniendo como núcleo el dato, que es objeto de lo que se denomina la protección de datos.

II. LA PROTECCIÓN DE DATOS

El derecho fundamental a la protección de datos lo encontramos reconocido, garantizado y protegido tanto en el ámbito nacional, como en el comunitario e internacional, pero son especialmente tres los preceptos más relevantes que lo recogen: el artículo 18.4 de la Constitución (CE), el artículo 8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (CDFUE) y el artículo 16 del Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE); un derecho que se ha europeizado según la doctrina².

Como notas características de este derecho fundamental, según el Tribunal Constitucional (TC), una de las principales sería que atribuye a su titular un haz de facultades que consiste en su mayor parte en el poder jurídico de imponer a terceros la realización u omisión de determinados comportamientos³, configurándolo, así, como un derecho de prestación.

Se trata, así, de un derecho que comprende, entre otros aspectos, la oposición del ciudadano a que determinados datos personales sean utilizados para

² Rallo Lombarte, 2017: 658 y ss.

³ STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 5º.

finés distintos de aquel legítimo que justificó su obtención⁴, siendo la finalidad de este derecho fundamental «garantizar a la persona un poder de disposición sobre el uso y destino de sus datos con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y derecho del afectado, garantizando a los individuos un poder de disposición sobre esos datos»⁵.

El alto tribunal lo ha definido, por tanto, como el derecho fundamental «dirigido a controlar el flujo de informaciones que concierne a cada persona»⁶.

Consiste, en suma, en que la ciudadanía tenga un control total y absoluto sobre sus datos personales.

III. EL «DATO PERSONAL» (TJUE), EL «DATO RELATIVO A LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR» (TEDH), Y EL «DATO NO PERSONAL»

1. *La regulación del «dato personal»: evolución*

El Convenio n.º 108 del Consejo de Europa, de 28 de enero de 1981, para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal —primera norma vinculante a nivel de Europa en el ámbito de la protección de datos—, actualmente sucedido por el *Convenio n.º 108+* de 2018⁷, estableció que por «datos de carácter personal» debía entenderse, a efectos del Convenio, «cualquier información relativa a una persona física identificada o identificable», que la norma denominó «persona concernida» (art. 2).

Por su parte, la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal (LORTAD) definió los «datos de carácter personal» como «cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables» (art. 3).

La Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos

⁴ STC 96/2012, de 7 de mayo, FJ 6º.

⁵ STC 17/2013, de 31 de enero, FJ 4º, y STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 6º, *in fine*.

⁶ STC 76/2019, de 22 de mayo, FJ 5.

⁷ Convenio n.º 108 del Consejo de Europa, de 28 de enero de 1981, para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, modificado por el Protocolo que modifica el Convenio del Consejo de Europa para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal (STCE n.º 108), adoptado por el Comité de Ministros en su Sesión n.º 128ª el 18 de mayo de 2018. Accesible en: <https://rm.coe.int/convention-108-convention-for-the-protection-of-individuals-with-regar/16808b36f1>

—primera norma comunitaria en la materia— estableció que por «datos personales», a efectos de la Directiva, se entendía «toda información sobre una persona física identificada o identificable», a la cual denominaba el «interesado» (art. 2).

Del mismo modo lo recogió la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD), que traspuso la Directiva 95/46/CE; según la LOPD los «datos de carácter personal» eran «cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables» (art. 3).

Dicha definición fue ampliada por el Reglamento de la LOPD de 2007⁸ (RLOPD), que dio la siguiente definición de «datos de carácter personal»: «cualquier información numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica o de cualquier otro tipo concerniente a personas físicas identificadas o identificables»⁹ (art. 5.1).

2. La regulación actual del dato personal en el RGPD

El actual Convenio n.º 108+ de 2018, actualizando la anterior versión de 1981, define los «datos personales» como «cualquier información con respecto a un individuo identificado o identificable», al que denomina «titular de datos» o «interesado» (art. 2)

En lo que respecta al RGPD, éste ha seguido la línea marcada por las normas anteriormente citadas (especialmente por su predecesora, la Directiva 95/46/CE), y ha establecido que «datos personales» son «toda información sobre una persona física identificada o identificable» —el «interesado»— (art. 4, apartado 1, del RGPD).

Tenemos, por tanto, dos tipos de «datos personales»: «toda información sobre una persona física identificada» y «toda información sobre una persona física identificable».

En dicha dicotomía «identificada» e «identificable», el RGPD ha recogido lo siguiente: «considerará persona física identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica,

⁸ Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.

⁹ En cuanto a la «información acústica» como dato personal, véase: Arzoz Santiesteban, 2010: 149 y ss.

económica, cultural o social de dicha persona» (art. 4, apartado 1, del RGPD)¹⁰.

Por tanto, al hablar de un dato relativo a persona física «identificada», hacemos referencia a un dato que indica directamente a esa persona sin necesidad de acudir a un conjunto de medios para poder averiguar su identidad (entre ellas: el DNI o el pasaporte).

En cambio, al hacer referencia a un dato relativo a persona física «identificable», hablamos de un dato que no indica la identidad de esa persona, ni aporta suficiente información acerca de la misma, pero sí aporta información suficiente para poder averiguar su identidad (la información no es suficiente acerca de la persona y su identidad, pero sí es suficiente para poder averiguar su identidad); así, mediante la utilización de los medios adecuados dicho dato permite la identificación exacta del individuo o persona física («interesado»).

El Grupo de Trabajo sobre Protección de Datos del artículo 29 (en lo sucesivo, GT 29) —en la actualidad, Comité Europeo de Protección de Datos (CEPD)¹¹— ha declarado que, en lo que respecta a un dato relativo a una persona física «identificable», aquélla será «identificable» cuando, aunque no se la haya identificado todavía, sea posible hacerlo (que es el significado del sufijo «ble»); así, a juicio del GT 29, esta segunda alternativa es, en la práctica, la condición suficiente para considerar que la información entra en el ámbito de aplicación del tercer componente¹².

De este modo, como hemos mencionado, el RGPD recoge que el dato personal será relativo a una persona física, cuando su identidad puede determinarse, «directa o indirectamente»: por un «identificador» (nombre, número de identificación, datos de localización o un identificador en línea) o por «elementos propios de la identidad» (física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social).

Así, también se ha de subrayar la distinción entre «directa» o «indirectamente»: según el GT 29, una persona «puede ser identificada directamente

¹⁰ Ello es parecido a lo que en su día recogió la Directiva 95/46/CE en su artículo 2, apartado a): «se considerará identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un número de identificación o uno o varios elementos específicos, característicos de su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social».

¹¹ El Grupo de Trabajo sobre Protección de Datos del artículo 29 (GT 29) fue creado por la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, en su artículo 29 (de ahí el nombre). Sin embargo, el RGPD (art. 68-76) ha creado el Comité Europeo de Protección de Datos (CEPD), un organismo europeo independiente que ha venido a sustituir al GT 29 y en el que también se ha incluido el Supervisor Europeo de Protección de Datos (SEPD).

¹² Dictamen 4/2007 sobre el concepto de datos personales, del Grupo de Trabajo sobre Protección de Datos del artículo 29, de 20 de junio, p. 13.

por su nombre y apellidos o indirectamente por un número de teléfono, la matrícula de un coche, un número de seguridad social, un número de pasaporte o por una combinación de criterios significativos (edad, empleo, domicilio, etc.)»¹³.

A ello, el RGPD le añade que «para determinar si existe una probabilidad razonable de que se utilicen medios para identificar a una persona física, deben tenerse en cuenta todos los factores objetivos, como los costes y el tiempo necesarios para la identificación, teniendo en cuenta tanto la tecnología disponible en el momento del tratamiento como los avances tecnológicos» (Considerando n.º 26). Relacionado con ello, el RLOPD de 2007 estableció que una persona física no se considerará identificable «si dicha identificación requiere plazos o actividades desproporcionados» (art. 5.1); no obstante, no se ha pronunciado sobre ese punto el nuevo RGPD.

Sin embargo, será la categoría de «identificada» la más limitada o estricta, y la «identificable» la más extensa u holgada. Así, el DNI únicamente será un dato relativo a persona física «identificada», cuando podemos ver el DNI entero o una foto; no obstante, cuando únicamente podamos ver el número de DNI será un dato relativo a persona física «identificable», ya que habrá que asociar el número de identificación a una persona física —indudablemente, eso sí, será un dato personal, ya sea por una vía o por la otra—.

Por otro lado, los nombres y apellidos también serán datos personales, pero, al igual que con el DNI, pueden serlo por la vía de «identificada» o «identificable»: un nombre y apellidos muy comunes no identifican a una única persona física, sino a todas las personas físicas que lleven dicho nombre (dato de una persona física «identificable», en la que haría falta combinar el nombre y apellidos de la persona con otros datos, como la fecha de nacimiento, dirección postal, fotografía de su rostro, etc.); en cambio, un nombre compuesto con unos apellidos poco comunes serían un dato de una persona física «identificada».

Por ello, el GT 29 se refiere al contexto: así, que el que determinados identificadores se consideren suficientes para lograr la identificación es algo que depende del contexto de la situación de que se trate¹⁴.

¹³ Dictamen 4/2007 sobre el concepto de datos personales, del Grupo de Trabajo sobre Protección de Datos del artículo 29, de 20 de junio, p. 14.

¹⁴ Dictamen 4/2007 sobre el concepto de datos personales, del Grupo de Trabajo sobre Protección de Datos del artículo 29, de 20 de junio, p. 14. El GT 29 pone como ejemplos los siguientes: «un apellido muy común no bastará para identificar a una persona – es decir, para aislarla – dentro del conjunto de la población de un país, mientras que es probable que permita la identificación de un alumno dentro de una clase. Incluso una información auxiliar, como, por ejemplo, «el hombre que lleva un traje negro», puede identificar a alguno de los transeúntes que esperan en un semáforo. Así pues, el que se identifique

Por la vía de dato de una persona física «identificable» tenemos: el ADN, la huella dactilar, el iris del ojo, número de teléfono, el IBAN bancario, dato de localización, etc. Todos ellos son dato personal, ya que permiten determinar la identidad del interesado: la persona física que está detrás de dicho dato.

3. *El «dato personal» en la jurisprudencia y doctrina*

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha venido declarando que el concepto de dato personal es muy amplio.

Así, según el TJUE, para que un dato pueda ser calificado de «dato personal» no es necesario que toda la información que permita identificar al interesado deba encontrarse en poder de una sola persona, ya que el conjunto de los medios que puedan ser razonablemente utilizados para identificar a una persona física pueden ser usados no solo por el responsable del tratamiento, sino, también, por cualquier otra persona¹⁵.

A juicio del TJUE constituyen datos personales las respuestas escritas de un aspirante en un examen profesional y las eventuales anotaciones al respecto del examinador¹⁶, y también, la escritura a mano en algún documento (información sobre su escritura)¹⁷.

Tal como ha declarado el Tribunal de Luxemburgo, además, son datos personales: el nombre de una persona, su número de teléfono y otra información relativa a sus condiciones de trabajo o a sus aficiones¹⁸; datos sobre movimientos bancarios (ingresos, transferencias, etc.)¹⁹; datos que obran en

o no a la persona a la que se refiere una información depende de las circunstancias concretas del caso».

¹⁵ STJUE (Sala Segunda), de 20 de diciembre de 2017, asunto C-434/16, Peter Nowak y Data Protection Commissioner, ap. 31 y STJUE (Sala Segunda), de 19 de octubre de 2016, asunto C-582/14, Patrick Breyer y Bundesrepublik Deutschland, ap. 43.

¹⁶ STJUE (Sala Segunda), de 20 de diciembre de 2017, asunto C-434/16, Peter Nowak y Data Protection Commissioner, ap. 36. Así, tal como declara el TJUE, «el contenido de tales respuestas revela el nivel de conocimientos y el grado de competencia del aspirante en un área determinada, así como, en su caso, el proceso de reflexión, el discernimiento y la capacidad de análisis del propio aspirante» (ap. 37), y «mediante la obtención de las respuestas se pretende valorar la capacidad profesional del aspirante y su aptitud para ejercer el oficio de que se trate» (ap. 38).

¹⁷ *ibid.* En este caso, el TJUE dictamina que «si el examen está escrito a mano, las respuestas contienen, además, información sobre su escritura» (ap. 37); de ello se deduce que la información sobre la escritura es un dato personal.

¹⁸ STJ (Gran Sala), de 6 de noviembre de 2003, asunto C-101/01, caso Göta hovrät (Suecia) c. Lindqvist, ap. 24.

¹⁹ STJ (Gran Sala), de 20 de mayo de 2003, asuntos acumulados C-465/00, C-138/01 y C-139/01, caso Österreichischer Rundfunk y otros, ap. 64.

poder del municipio, como el nombre o domicilio²⁰; información relativa a los perfiles creados en la red social por los clientes de ésta (los perfiles de usuario de las redes sociales)²¹; datos conseguidos por un detective privado²²; los datos que figuran en un registro del tiempo de trabajo que se refieren a los períodos de trabajo diario y a los períodos de descanso de cada trabajador²³; la imagen de una persona grabada por una cámara²⁴; los datos fiscales²⁵; datos que figuran en una minuta (nombre, fecha de nacimiento, nacionalidad, sexo, etnia, religión e idioma, etc.)²⁶; etc.

También debemos tomar por datos personales: la dirección de correo electrónico (siempre que en la misma dirección de correo electrónico aparezca el nombre de la persona física en cuestión), datos de localización (como la función de los datos de localización de un teléfono móvil), el identificador de una cookie, o el identificador de la publicidad del teléfono.

Por otro lado, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha considerado que son «datos relativos a la vida privada y familiar»: las comunicaciones escritas o habladas e imágenes²⁷, las filmaciones²⁸ o sonidos²⁹ de circuito cerrado de televisión, etc.

Resulta necesario mencionar que, a diferencia de en España y en la UE, en el TEDH (y en el CEDH) no existe el «derecho de protección de datos» como derecho autónomo; el TEDH únicamente analiza si ha habido vulneración o no del derecho al respeto a la vida privada y familiar (art. 8 del

²⁰ STJ (Sala Tercera), de 7 de mayo de 2009, asunto C-553/07, caso Rijkeboer, ap. 42.

²¹ STJUE (Sala Tercera), de 16 de febrero de 2012, asunto C-360/10, caso SABAM c. Netlog NV, ap. 49.

²² STJUE (Sala Tercera), de 7 de noviembre de 2013, asunto C-473/12, caso IPI, ap. 26.

²³ STJUE (Sala Tercera), de 30 de mayo de 2013, asunto C-342/12, caso Worten y ACT, ap. 19.

²⁴ STJUE (Sala Cuarta), de 11 de diciembre de 2014, asunto C-212/13, caso František Ryneš y Úřad pro ochranu osobních údajů, ap. 22.

²⁵ STJUE (Sala Segunda), de 27 de septiembre de 2017, asunto C-73/16, caso Peter Puškár y otros, ap. 41 y STJUE (Sala Tercera), de 1 de octubre de 2015, asunto C-201/14, caso Bara y otros, ap. 29.

²⁶ STJUE (Sala Tercera), de 17 de julio de 2014, asuntos acumulados C-141/12 y C-372/12, caso YS c. Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel S (C-141/12) y caso Minister voor Immigratie, Integratie en Asiel c. M y S (C-372/12), ap. 38.

²⁷ STEDH (Sección Tercera), de 24 de junio de 2004, asunto Von Hannover c. Alemania; STEDH (Sección Cuarta), de 11 de enero de 2005, asunto Sciacca c. Italia.

²⁸ STEDH (Sección Cuarta), de 28 de enero de 2003, asunto Peck c. el Reino Unido; STEDH (Sección Quinta), de 5 de octubre de 2010, asunto Köpke c. Alemania.

²⁹ STEDH (Sección Tercera), de 25 de septiembre de 2001, asunto P.G. y J.H. c. el Reino Unido, ap. 59 y 60; STEDH (Sección Segunda), de 20 de diciembre de 2005, asunto Wisse c. Francia.

CEDH), por lo que no hay «datos personales» *per se*, sino «datos relativos a la vida privada y familiar».

Por último, también la dirección de protocolo de internet (IP) de un ordenador, según el Tribunal Supremo (TS), son datos personales, ya que contienen información concerniente a personas físicas identificadas o identificables³⁰, siguiendo el mismo criterio que el TJUE, que ya lo venía declarando³¹ y ya confirmó dejando clara su posición al respecto³².

De igual modo se pronunció el TEDH, considerando las direcciones IP como «datos relativos a la vida privada y familiar»³³.

Los datos personales objeto de tutela, por lo tanto, serán toda aquella información sobre una persona física identificada o identificable (art. 4, apartado 1, del RGPD), es decir, todos aquellos que identifican o permitan identificar a cualquier persona³⁴. La información del dato personal debe, así, poder vincularse a una persona³⁵.

4. El «dato no personal»: ¿sin protección?

Dicho todo ello, interpretando el artículo 4, apartado 1, del RGPD *a contrario sensu*, el «dato no personal» será el que no identifique a una persona física o no proporcione elementos suficientes para averiguar la identidad de la persona física, o, también, no exista una probabilidad razonable de que se utilicen medios para identificar a una persona física.

³⁰ STS 3896/2014, de 3 de octubre, FJ 4º (rec. n.º 6153/2011) «estimamos que las direcciones IP son datos personales, en el sentido del artículo 3.a) LOPD y, como tales, se encuentran protegidos por las garantías establecidas por dicho texto legal para su tratamiento».

³¹ STJUE (Sala Tercera), de 24 de noviembre de 2011, asuntos acumulados C-468/10 y C-469/10, caso ASNEF y FECEMD y Administración del Estado y otros, y TJUE, Conclusiones del Abogado General, asuntos acumulados C-468/10 y C-469/10, caso ASNEF y FECEMD y Administración del Estado y otros, ap. 61.

³² STJUE (Sala Segunda), de 19 de octubre de 2016, asunto C-582/14, Patrick Breyer y Bundesrepublik Deutschland, ap. 47 a 49. En este caso el TJUE no es tan claro como el TS, pero concluye que todos los proveedores de servicios de medios *on line* pueden llegar a identificar a las personas físicas a través de las direcciones IP por el mero hecho de que existan mecanismos a través de los cuales los proveedores de acceso a Internet puedan llegar a proporcionar su identidad.

³³ STEDH (Sección Cuarta), de 24 de abril de 2018, asunto Benedik c. Eslovenia, n.º 62357/14, par. 130 a 134. En este caso, según el TJUE la información del abonado asociada a la dirección IP está bajo la protección de artículo 8 de la CEDH.

³⁴ STEDH, de 16 de febrero de 2000, Amann c. Suiza, n.º 27798/1995, par. 65; y STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 6º. También SAN de 24 de enero de 2003, n.º rec. 400/2001, FJ 5º.

³⁵ *Cfr.* Arias Pou, 2016: 118 y Piñar Mañas, 2010: 193 y 194.

Así, en esos casos estaremos ante un «dato no personal», fuera de la aplicación del RGPD. En este caso, por ejemplo, si se hiciera algún movimiento de estos datos, sería de aplicación el citado Reglamento (UE) 2018/1807, y no el RGPD, pero si fueran «personales», se aplicaría el RGPD.

El Reglamento (UE) 2018/1807, además, no ha definido precisamente el «dato no personal», sino que ha definido el «dato» desde una nota negativa: «datos» son «los datos que no sean datos personales tal como se definen en el artículo 4, punto 1, del Reglamento (UE) 2016/679» (art. 3).

No obstante, aunque se trate de un «dato no personal», no significa que no esté protegido, ya que, si bien su consideración como tal lo excluye del ámbito de protección del RGPD y del derecho a la protección de datos, no lo excluye del ámbito de protección de otros como el derecho a la intimidad, por lo que quedaría amparado por el derecho al respeto a la vida privada y familiar (art. 8 del CEDH), dentro de los «datos relativo a la vida privada y familiar».

IV. EL «DATO PERSONAL COMPUESTO»: LA TEORÍA DEL «DATO COMPUESTO» O «TEORÍA DEL PERFIL»

1. *El caso Digital Rights Ireland y Seitlinger y otros (2014)*

Debemos traer a este trabajo el caso *Digital Rights Ireland y Seitlinger y otros*³⁶ del año 2014. Esta resolución invalidó la Directiva de Conservación de Datos del año 2006³⁷ en su totalidad. No obstante, lo relevante a efectos de este análisis es la fundamentación jurídica del TJUE.

La sentencia que anulaba la mencionada Directiva, se basaba fundamentalmente en la vulneración de dos derechos fundamentales: el respeto de la vida privada y familiar (art. 7 de la CDFUE) y la protección de datos de carácter personal (art. 8).

En dicho pronunciamiento el TJUE estableció una doctrina de gran importancia que ha venido repitiendo: «Estos datos [datos de comunicaciones electrónicas], considerados en su conjunto, pueden permitir extraer conclusiones muy precisas sobre la vida privada de las personas cuyos datos se han conservado, como los hábitos de la vida cotidiana, los lugares de residencia permanentes o temporales, los desplazamientos diarios u otros, las

³⁶ STJUE (Gran Sala) de 8 de abril de 2014, asuntos acumulados C-293/12 y C-594/12, *Digital Rights Ireland y Seitlinger y otros*.

³⁷ Directiva 2006/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones y por la que se modifica la Directiva 2002/58/CE.

actividades realizadas, sus relaciones sociales y los círculos sociales que frecuentan»³⁸.

Ahí tenemos una idea de vital importancia respecto a la protección de datos: «considerados en su conjunto».

Esta sentencia de 2014 versaba sobre los datos relativos a las comunicaciones (o «metadatos»); es decir, todos aquellos que nos encontraremos cada vez que se produzca una comunicación electrónica³⁹ (una llamada telefónica, por ejemplo): fecha y hora de la comunicación, duración, destinatario, número marcado, lugar de la llamada, etc. Todos los que nos encontraremos en las comunicaciones encaminadas a través de una red de telecomunicaciones.

Como hemos mencionado en el anterior apartado, un «dato no personal» es el que no identifica ni permite identificar a una persona física y que no está bajo la protección del RGPD ni del artículo 8 del CDFUE. En este caso preciso la duración de una llamada telefónica («metadatos») es un «dato no personal», ya que él solo, por sí mismo, ni identifica ni permite identificar a una persona física.

Sin embargo —aquí es donde adquiere relevancia el pronunciamiento del TJUE—, todos los datos de tráfico «considerados en su conjunto» constituyen un «dato personal», ya que permiten identificar a una persona física.

De este modo, podemos estar ante un dato personal «simple» o «compuesto»: una dirección IP o número de teléfono (dato simple) que tiene un titular y sólo sería necesario comprobar quién es el titular —buscando el número de teléfono, por ejemplo, en los listines telefónicos⁴⁰ o en buscadores—, con lo que estaríamos hablando de una persona física identificable; o bien, otros datos de tráfico que «considerados en su conjunto» (fecha y hora de la comunicación, duración, etc.), permiten identificar a una persona física (el dato personal es el derivado del conjunto de estos datos de tráfico, como un «perfil»⁴¹).

³⁸ STJUE (Gran Sala) de 8 de abril de 2014, asuntos acumulados C-293/12 y C-594/12 *Digital Rights Ireland* y *Seitlinger* y otros, ap. 27. También: STJUE (Gran Sala), de 21 de diciembre de 2016, asuntos acumulados C-203/15 y C-698/15, *Tele2 Sverige AB* y *Secretary of State for the Home Department* y otros, ap. 99.

³⁹ Son «datos de tráfico»: «cualquier dato tratado a efectos de la conducción de una comunicación a través de una red de comunicaciones electrónicas o a efectos de la facturación de la misma», art. 2 de la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas), modificada en 2009.

⁴⁰ Listines telefónicos con números de teléfono particulares (conocidas popularmente como «Páginas Blancas») o con anuncios y teléfonos corporativos (conocidas popularmente como «Páginas Amarillas»).

⁴¹ Aunque lo denominemos «perfil», estamos en un caso distinto del concepto «elaboración de perfiles» del artículo 4, apartado 4, del RGPD; no debemos confundirlos. A efectos

Así, un sólo dato (duración de la llamada) no sería un dato personal («dato no personal») porque no permite identificar a una persona física, pero, «considerados en su conjunto» (la fecha, más la hora, más la duración, más el lugar, etc.), estaríamos ante una información sobre una persona física identificable.

2. El «dato personal compuesto»

Con el «dato personal compuesto», paradójicamente, tendremos varios «datos no personales» que conforman un «dato personal». Pasa, así, de estar fuera de la protección de datos, a estar bajo el ámbito de protección del RGPD y del artículo 8 de la CDFUE.

Por tanto, el «dato personal compuesto», será aquel que está compuesto por varios «datos no personales» (ya que no identifican ni permiten identificar a una persona física), pero que al considerarlos en su conjunto conforman un dato personal.

Esto tiene una relevancia máxima en el ámbito de los datos personales, ya que pueden darse fraudes de ley al RGPD, ya que, en este aspecto, encontramos un vacío legal o laguna legal en el reglamento.

Así, cogiendo como ejemplo un movimiento de estos datos, al tratarse de «datos no personales» sería de aplicación el Reglamento (UE) 2018/1807, excluyendo el RGPD y su régimen mucho más exigente y garantista.

Sin embargo, el «dato personal compuesto» es un dato personal, pero formado por «datos no personales»; ello puede dar lugar a hacer movimientos de «datos no personales» bajo la aplicación del Reglamento (UE) 2018/1807 («norma de cobertura»), cuando, en realidad, lo que se está produciendo es un movimiento ilícito, ya que el régimen aplicable es el del RGPD («norma eludible o soslayable»), al ser un dato personal.

De este modo, se daría la «fragmentación» del dato compuesto y su conversión a varios «datos no personales», eludiendo el RGPD, pero, en realidad, se estaría haciendo uso de datos personales.

Pero no es solamente aquella situación la única que puede darse, sino que también las empresas o los poderes públicos pueden hacer uso de estos datos a

del RGPD, por «elaboración de perfiles» debe enterarse «toda forma de tratamiento automatizado de datos personales consistente en utilizar datos personales para evaluar determinados aspectos personales de una persona física, en particular para analizar o predecir aspectos relativos al rendimiento profesional, situación económica, salud, preferencias personales, intereses, fiabilidad, comportamiento, ubicación o movimientos de dicha persona física» (art. 4, apartado 4, del RGPD). De este modo, se parte de «datos personales» para elaborar el perfil que evalúa distintos aspectos personales de una persona física. En cambio, en este caso, es diferente a ello, porque partimos de distintos «datos no personales» y conjuntamente conforman un «dato personal» que permite identificar a una persona física, y, además, conocer detalles muy precisos sobre la vida privada de la persona física en cuestión.

voluntad, porque jurídicamente, *de iure*, no son datos personales («datos no personales»), mas, *de facto*, sí lo son (no por sí mismos, sino su combinación).

En cambio, esta doctrina del TJUE abre la puerta a controlar dichas situaciones, para no dejar sin protección a la ciudadanía; en especial, para garantizarle a la persona el poder de controlar el flujo de informaciones (datos) que le concierne y de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y derecho del afectado⁴².

V. LOS «METADATOS», LA «AGREGACIÓN DE DATOS» Y SU CLAVE: «CONSIDERADOS EN SU CONJUNTO»

Esta cuestión en torno a los datos relativos a las comunicaciones (o «metadatos») ha sido puesto de relieve también por el Consejo de Derechos Humanos (CDH) de las Naciones Unidas: «la agregación de la información comúnmente conocida como «metadatos» puede incluso dar una mejor idea del comportamiento, las relaciones sociales, las preferencias privadas y la identidad de una persona que la información obtenida accediendo al contenido de una comunicación privada»⁴³.

Así, estarán en juego los «metadatos»: la información que «rodea» una llamada (en este caso); no obstante, va mucho más allá de las llamadas.

El consultor tecnológico estadounidense Edward Snowden definió «metadatos» como «registros de actividad»⁴⁴; es decir, todos aquellos datos que «rodean» una actividad (en el caso de una llamada, éstos serían: la fecha y hora, la duración el destinatario, etc.).

Los «metadatos», sin embargo, no está presentes únicamente en las comunicaciones electrónicas, sino en cualquier actividad: al sacar una fotografía (hora y fecha de la fotografía, lugar, tamaño de imagen, resolución y dimensiones, etc.), al publicar un tweet en Twitter (hora y fecha del tweet, lugar, cantidad de caracteres, etc.), al enviar un correo electrónico (hora y fecha, destinatario, etc.), al enviar un mensaje en WhatsApp, etc. Todos esos metadatos quedan registrados.

También la navegación (búsquedas) en Internet: el buscador utilizado, URL visitada, hora y fecha de la búsqueda, etc.

⁴² STC 17/2013, de 31 de enero, FJ 4º, y STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 6º, *in fine*.

⁴³ Véase: Consejo de Derechos Humanos (CDH) de las Naciones Unidas. Informe de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos sobre el derecho a la privacidad en la era digital, de 30 de junio de 2014, A/HRC/27/37, nº 19.

⁴⁴ *Cfr.* El tweet en la red social Twitter de Edward Snowden (@Snowden): «Are your readers having trouble understanding the term «metadata»? Replace it with «activity records.» That's what they are. #clarity» 11:15 p. m. • 2 nov. 2015. Accesible en: <https://twitter.com/Snowden/status/661305566967562240>

Como declaró el CDH, el problema aparecerá al hacer uso de la «agregación de datos», que se basa en recopilar esa información para preparar conjuntos de datos.

Así, las grandes cantidades de datos (de metadatos en este caso), y su transferencia al servidor del agregador, pueden conformar un perfil completo de una persona física e identificarla⁴⁵.

No obstante, los todo ello no identifica solamente a una persona física, sino que, también ofrece detalles muy íntimos sobre la vida privada de la persona física que se haya identificado: el destinatario de una llamada, o el lugar de una llamada, además de identificar a una persona, pueden decirnos qué aficiones tiene, dónde trabaja, quiénes son sus amigos o pareja, etc. Todo ello partiendo de los datos de las bases de datos de los registros de una comunicación electrónica (u otra: navegación *web*, etc.).

De este modo, un estudio realizado por Jonathan Mayer, Patrick Mutchler, y John C. Mitchell⁴⁶ demostró que únicamente con los metadatos de una llamada (sin el contenido), además de identificar a una persona, se podía saber que la persona en cuestión padecía esclerosis, tenía armas de fuego, o que había abortado⁴⁷.

Si bien todo, los metadatos son «datos no personales» y, por ello, están fuera de la aplicación del RGPD. Sin embargo, el TJUE abrió la puerta a aplicar el RGPD, ya que «considerados en su conjunto» constituyen un dato personal.

En términos generales, ya sea un metadato o cualquier otro dato, que éste no sea «personal» no significa que carezca de valor: dicha información

⁴⁵ Véase: Vartanian y Ledig, 2000.

⁴⁶ El estudio se encuentra en el siguiente trabajo: Mayer, Jonathan, Mutchler, Patrick y Mitchell, John C. 2016. «Evaluating the privacy properties of telephone metadata». *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America (PNAS)*, 113, n.º 20. <https://doi.org/10.1073/pnas.1508081113>

⁴⁷ En este caso, los resultados del estudio fueron los siguientes (*vid.* Mayer, Mutchler y Mitchell, 2016):

«i) El *participante A* mantuvo conversaciones con una farmacia especializada en atención crónica, un servicio para pacientes que coordina el manejo de afecciones graves, varias prácticas de neurología local y una línea directa farmacéutica para un medicamento recetado que se utiliza únicamente para controlar los síntomas y la progresión de múltiples remisiones y recaídas. esclerosis. [...];

iii) El *participante C* realizó llamadas frecuentes a un distribuidor local de armas de fuego que anuncia de manera destacada una especialidad en la plataforma de rifle semiautomático AR. También realizó largas llamadas a la línea directa de atención al cliente de un importante fabricante de armas de fuego; el fabricante produce una popular línea de rifles AR. [...];

v) La *participante E* hizo una larga llamada telefónica a su hermana una mañana temprano. Luego, 2 días después, llamó varias veces a una clínica de planificación familiar y de aborto (*Planned Parenthood clinic*) cercana. Dos semanas más tarde, realizó breves llamadas adicionales a la clínica de planificación familiar y de aborto, y realizó otra llamada breve un mes después».

seguirá teniendo un inmenso valor, aunque en ámbito jurídico no pueda ser calificado de «personal».

VI. EL CRUCE DE DATOS Y LA COMBINACIÓN DE DATOS

Como ya hemos mencionado, un único metadato no es un dato personal, pero al cruzarlo o combinarlo con otros metadatos de una actividad concreta permite identificar a una persona física y, además, conocer muchos detalles sobre su vida privada, conformando un dato personal.

En este aspecto, cobran relevancia el cruce de datos o la combinación de datos, al igual que la agregación de datos respecto a los metadatos.

El análisis de datos da lugar a muchas situaciones que amenazan nuestra privacidad, por ejemplo: hacer uso de algoritmos para construir una «ficha» personal de un sujeto en base a «datos no personales» (a efectos del RGPD) que éste deja al navegar por Internet, por ejemplo.

Así, haciendo uso de «datos no personales», se pueden combinar de modo que lleguen a identificar a una persona, y, también, saber dónde vive, dónde trabaja, con quién tiene relaciones de amistad o románticas, etc.

Únicamente es necesario para ello seguir el rastro de «datos no personales», combinarlos y ello construye, no solo «datos personales», sino conocer los detalles más íntimos de una persona.

El RGPD no ha regulado estos aspectos tan técnicos, pero sí les ha hecho mención. En su Considerando n.º 30 ha recogido que «las personas físicas pueden ser asociadas a identificadores en línea facilitados por sus dispositivos, aplicaciones, herramientas y protocolos, como direcciones de los protocolos de internet [dirección IP], identificadores de sesión en forma de *cookies* [cookie de identificación] u otros identificadores, como etiquetas de identificación por radiofrecuencia [RFID]». Como ya hemos mencionado, las citadas en dicho considerando son *per se* «datos personales».

No obstante, sigue el Considerando n.º 30, y establece que todo ello «puede dejar huellas que, en particular, al ser combinadas con identificadores únicos y otros datos recibidos por los servidores, pueden ser utilizadas para elaborar perfiles de las personas físicas e identificarlas».

Hablamos, por tanto, paradójicamente, de identificar a personas físicas a través de «datos no personales», lo cual escapa al RGPD. Es por ello que la puerta que abrió el TJUE en el año 2014 es de una relevancia máxima.

VII. LA ANONIMIZACIÓN DE DATOS: ¿FUNCIONA?

1. La «anonimización» y la «seudonimización»

En primer lugar, en lo que a la «anonimización» respecta, debemos distinguirla de la «seudonimización».

La «seudonimización» puede ser definida por un «medio camino» entre la «anonimización» y el «dato personal»; se trata de una técnica para ocultar identidades, y su finalidad es poder recopilar más datos sobre una misma persona sin necesidad de conocer su identidad⁴⁸.

Así, por «seudonimización», a efectos del RGPD, debemos entender: «el tratamiento de datos personales de manera tal que ya no puedan atribuirse a un interesado sin utilizar información adicional, siempre que dicha información adicional figure por separado y esté sujeta a medidas técnicas y organizativas destinadas a garantizar que los datos personales no se atribuyan a una persona física identificada o identificable» (art. 4, apartado 5, del RGPD).

De este modo, en la «seudonimización» no hay una disociación absoluta e irreversible, ya que también se almacenará información adicional a dichos datos (por separado y sujeta a estrictas medidas de seguridad), por lo con ésta última siempre se puede identificar al interesado. Por ello, el RGPD también recoge que se deberá mantener «por separado la información adicional para la atribución de los datos personales a una persona concreta» (Considerando n.º 29).

Así, todas las técnicas de seudonimización tendrán una información adicional aparte o método (v. g. una clave) adicional que permitirá identificar a la persona física que está detrás del dato seudonimizado⁴⁹.

De este modo, el RGPD establece una diferencia muy relevante la técnica de seudonimización y la de anonimización: la seudonimización, a diferencia de la anonimización, sí es considerada un «dato personal», ya que, mediante la información adicional, se puede llegar a identificar a una persona física, por lo que el dato es relativo a una persona física identificable (art. 4, apartado 1, del RGPD)⁵⁰.

Mediante esta técnica el reglamento quiere otorgar mayor protección a los interesados, porque, si bien se consideran datos personales, el acceso está restringido a determinadas personas autorizadas, lo cual reduce el riesgo en el tratamiento (*vid.* Considerando n.º 28). Además, el RGPD pretende incentivar el uso de esta técnica, mediante obligaciones menos estrictas en ciertos tratamientos⁵¹.

⁴⁸ Dictamen 4/2007 sobre el concepto de datos personales, del Grupo de Trabajo sobre Protección de Datos del artículo 29, de 20 de junio, p. 19.

⁴⁹ Las técnicas de seudonimización más utilizadas son las siguientes: el cifrado con clave secreta, la función hash, la función hash «con sal», la función con clave almacenada, el cifrado determinista o función hash con clave con borrado de clave, y la descomposición en tokens. *vid.* Dictamen 05/2014 sobre técnicas de anonimización, del Grupo de Trabajo sobre Protección de Datos del artículo 29, de 10 de abril de 2014, pp. 22 y 23.

⁵⁰ Así, debemos tener en cuenta también el Considerando n.º 26 del RGPD: «los datos personales seudonimizados, que cabría atribuir a una persona física mediante la utilización de información adicional, deben considerarse información sobre una persona física identificable».

⁵¹ Por ejemplo, en lo que respecta al tratamiento con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos, el RGPD permite hacer

2. La «anonimización»

Un dato «anonimizado» es aquel que no permita su identificación por el responsable del tratamiento de los datos o por cualquier otra persona⁵². Con la «anonimización» sí se da la disociación absoluta e irreversible; de este modo, esos datos no pueden asociarse con el interesado, es decir, con la persona física (ni identificarla).

La Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) ha definido el «proceso de anonimización» como «la ruptura de la cadena de identificación de las personas»⁵³; así, el objetivo es evitar la reidentificación de las personas, disociándose el dato de la persona física en cuestión.

El GT 29 ha declarado que el objetivo de la anonimización es impedir de forma irreversible la identificación del interesado; es decir, obtener una desidentificación irreversible⁵⁴.

Así, ha puesto el acento, específicamente sobre tres criterios o tres riesgos clave de la anonimización, que son los que pueden asegurar si se ha logrado la disociación y la desidentificación irreversible y absoluta: la «singularización», la «vinculabilidad» y la «inferencia» («riesgo de singularización», «riesgo de vinculabilidad» y «riesgo de inferencia»)⁵⁵.

No obstante, el GT 29 también se ha pronunciado sobre el riesgo implícito del proceso de anonimización, expresando que se ha de tener en cuenta la identificabilidad, el contexto y las circunstancias particulares de cada caso,

uso de los datos seudonimizados con finalidades distintas a la recogida (ello siempre con fines de archivo en interés público, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos), lo cual es inconcebible en el tratamiento ordinario. Cfr. art. 89.1 del RGPD.

⁵² Dictamen 4/2007 sobre el concepto de datos personales, del Grupo de Trabajo sobre Protección de Datos del artículo 29, de 20 de junio, p. 23.

⁵³ AEPD. 2019. «Orientaciones y garantías en los procedimientos de anonimización de datos personales», p. 2. <https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-09/guia-orientaciones-procedimientos-anonimizacion.pdf>

⁵⁴ Dictamen 05/2014 sobre técnicas de anonimización, del Grupo de Trabajo sobre Protección de Datos del artículo 29, de 10 de abril de 2014, p. 7.

⁵⁵ Dictamen 05/2014 sobre técnicas de anonimización, del Grupo de Trabajo sobre Protección de Datos del artículo 29, de 10 de abril de 2014, p. 12: «Singularización: la posibilidad de extraer de un conjunto de datos algunos registros (o todos los registros) que identifican a una persona.

Vinculabilidad: la capacidad de vincular como mínimo dos registros de un único interesado o de un grupo de interesados, ya sea en la misma base de datos o en dos bases de datos distintas. Si el atacante puede determinar (p. ej., mediante un análisis de correlación) que dos registros están asignados al mismo grupo de personas pero no puede singularizar a las personas en este grupo, entonces la técnica es resistente a la singularización, pero no a la vinculabilidad.

Inferencia: la posibilidad de deducir con una probabilidad significativa el valor de un atributo a partir de los valores de un conjunto de otros atributos»

no basta con eliminar los elementos que pueden servir para identificar directamente a una persona, sino que harán falta medidas adicionales para evitar dicha identificación⁵⁶.

Por su parte, la AEPD ha declarado que será suficiente que exista la mera posibilidad, incluso remota, de que, mediante la utilización, con carácter previo, coetáneo o posterior de cualquier medio (proceso informático, programa, herramienta del sistema, etc.), la información concerniente a los titulares de los datos pueda revelar la identidad de estos, para que quede plenamente sometida a la normativa en materia de protección de datos⁵⁷.

Por otro lado, la anonimización «absoluta» o la desidentificación irreversible «absoluta» tiene una restricción: el TJUE en el caso *College van burgemeester en wethouders van Rotterdam c. M.E.E. Rijkeboer*⁵⁸ de 2009 declaró que se deben conservar los datos en un formato identificable a fin de que puedan ejercerse, por ejemplo, los derechos de acceso por parte de los interesados⁵⁹. Y así lo ha remarcado el GT 29 expresando que la anonimización ha de ajustarse a las restricciones legales marcadas por el TJUE⁶⁰.

Por tanto, mantener la posibilidad de identificar a la persona conlleva que ese dato sea un dato personal, y, por ello, resulta aplicable el régimen del RGPD, y ello no casa del todo con la disociación «absoluta» y extrema que exige la anonimización.

Con todo, sí la anonimización consiste en la disociación irreversible del dato de la persona física en cuestión con la correspondiente desidentificación absoluta, pero el TJUE y el GT 29 han subrayado que se debe mantener una posibilidad de identificación para que el interesado pueda ejercer sus

⁵⁶ Dictamen 05/2014 sobre técnicas de anonimización, del Grupo de Trabajo sobre Protección de Datos del artículo 29, de 10 de abril de 2014, pp. 9 y ss.

⁵⁷ AEPD. Informe 0283/2008 de la Agencia Española de Protección de Datos. Accesible en: <https://www.aepd.es/es/documento/2008-0283.pdf>

⁵⁸ STJUE (Sala Tercera), de 7 de mayo de 2009, asunto C-553/07, *College van burgemeester en wethouders van Rotterdam c. M.E.E. Rijkeboer*.

⁵⁹ STJUE (Sala Tercera), de 7 de mayo de 2009, asunto C-553/07, *College van burgemeester en wethouders van Rotterdam c. M.E.E. Rijkeboer*, ap. 70: «El artículo 12, letra a), de la Directiva obliga a los Estados miembros a garantizar un derecho de acceso a la información sobre los destinatarios o categorías de destinatarios a quienes se comunican los datos y al contenido de la información comunicada, no sólo para el presente, sino también para el pasado. Corresponde a los Estados miembros fijar un plazo de conservación de dicha información, así como el acceso correlativo a ésta, guardando un justo equilibrio entre, por un lado, el interés del afectado en proteger su intimidad, concretamente a través de las distintas vías de intervención y de recurso previstas por la Directiva y, por otro, la carga que la obligación de dicha información puede representar para el responsable del tratamiento».

⁶⁰ Dictamen 05/2014 sobre técnicas de anonimización, del Grupo de Trabajo sobre Protección de Datos del artículo 29, de 10 de abril de 2014, p. 8.

derechos, no estaríamos ante una anonimización *per se*, sino ante una seudonimización.

Por otro lado, cierto es que si mediante la técnica de anonimización se consigue la disociación absoluta, sin ningún, absolutamente ningún resquicio para la reidentificación, ello supondría que no fuera un dato personal, al no poder identificarse a la persona física que hay detrás de aquél, y, por consiguiente, no sería de aplicación el RGPD, ni los derechos del interesado, ni la exigencia del TJUE; no obstante, como ya se ha mencionado, será suficiente que exista la mera posibilidad, incluso remota, de que los datos puedan revelar la identidad de la persona física, para que sea aplicable el RGPD, y los derechos del interesado, en cuyo caso se debería acudir a la seudonimización.

3. La «reidentificación»

Como hemos analizado, la anonimización tiene por objeto, y como razón de ser misma, la imposibilidad absoluta de «reidentificación» (al ser la base de aquélla la disociación del dato de la persona y la desidentificación irreversible).

Sin embargo, una anonimización diseñada defectuosamente da lugar a la posibilidad de reidentificar a las personas⁶¹, con lo que es aplicable el RGPD.

En el año 2000, un estudio de la Profesora de la Universidad de Harvard Latanya Sweeney analizó los datos del censo de EEUU de 1990, y descubrió que el 87,1 por ciento de la ciudadanía estadounidense se podía identificar de manera única combinando tres datos⁶²: su código postal de EEUU⁶³ (cinco dígitos), fecha de nacimiento (incluido el año), y sexo.

Pero, además, incluso con datos menos específicos se podía identificar a una persona: el 58,4 por ciento de la ciudadanía seguía siendo identificable con una combinación de ciudad⁶⁴, fecha de nacimiento y sexo; y el 18,1 por ciento con una combinación de condado, fecha de nacimiento y sexo

⁶¹ Como ejemplo de una anonimización diseñada defectuosamente véase: Dictamen 05/2014 sobre técnicas de anonimización, del Grupo de Trabajo sobre Protección de Datos del artículo 29, de 10 de abril de 2014, p. 19.

⁶² *Cfr.* Sweeney, 2000.

⁶³ Es importante matizar este dato, ya que dicho código postal de EEUU (*five-digit ZIP code*, en inglés) es mucho más específico que el CP en España: así, el ZIP estadounidense identifica también un segmento geográfico dentro de un área, como puede ser una manzana (*residential block* o, simplemente, *block*, en inglés), un grupo de apartamentos, un apartado postal, etc.

⁶⁴ En este caso la ciudad es menos específica que el ZIP estadounidense (*Cfr.* nota anterior).

—incluso un 0,04 por ciento con la combinación de condado, sexo, y mes y año de nacimiento—⁶⁵.

A ello se le añade un estudio del año 2006 de Philippe Golle que confirmaron los resultados del estudio de la Profesora Latanya Sweeney⁶⁶, si bien, en este caso, se analizó los datos del censo de EEUU del año 2000, por lo que hay una pequeña variación en el porcentaje⁶⁷.

La Profesora Latanya Sweeney trató de demostrar que la anonimización no aseguraba la imposibilidad absoluta de reidentificación. Y, en 1996, lo demostró de la siguiente manera⁶⁸:

«En Massachusetts, una agencia gubernamental aseguradora llamada *Group Insurance Commission (GIC)* contrató un seguro médico para los empleados estatales. A mitades de 1990, la agencia GIC publicó datos anónimos que mostraban las visitas al hospital de empleados estatales (registros de visitas al hospital), para que estuvieran disponibles a efectos de investigación.

Al eliminar los campos que contienen nombre, dirección, número de seguro social y otros «identificadores explícitos», dicha agencia asumió

⁶⁵ Sweeney, 2000: 30 y 31. Así, la autora concluyó lo siguiente: «*Experiment B reported that 87.1% (216 million of 248 million) of the population in the United States had characteristics that were likely made them unique based only on {5-digit ZIP, gender, date of birth}. [...] Experiment F reported that 58.4% of the population in the United States had characteristics that were likely made them unique based only on {Place, gender, date of birth}. [...] Experiment J reported that 18.1% of the population in the United States had characteristics that were likely made them unique based only on {County, gender, date of birth}. Experiment K reported that 0.04% of the population in the United States had characteristics that were likely made them unique based only on {County, gender, Month and year of birth}. Experiment L reported that 0.00004% of the population in the United States had characteristics that were likely made them unique based only on {County, gender, Year of birth}. Experiment M reported that 0.00000% of the population in the United States had characteristics that were likely made them unique based only on {County, gender, 2year age range}, but despite it being a very small number, it is not 0.*»

⁶⁶ Golle, 2006.

⁶⁷ Golle, 2006: 80. El autor explica que la variación se basa en los distintos censos (1990 y 2000) utilizados en ambos estudios: «*We show that in 2000, only 63% of the US population is uniquely identifiable by {gender, ZIP code, full date of birth}, whereas [10] found 87% uniquely identifiable by the same characteristics in 1990. Unfortunately, we lack detailed information about the methodology and data collection of [10], so we can offer no definite explanation for this discrepancy. We speculate however that the discrepancy might come in part from the fact that the 1990 census does not directly tabulate data by ZIP codes: Summary Tape File 1, which contains 100% of the 1990 census data, can not be queried by ZIP code. A smaller set of sample data from the 1990 census data, in Summary Tape File 3, can be queried by ZIP code, but gives only a coarser representation of the age distribution of individuals (ages are aggregated in 5 year intervals).*»

⁶⁸ Ohm, 2010: 1719 y 1720.

que había protegido la privacidad del paciente, a pesar de que todavía se incluían «casi cien atributos por» paciente y visita al hospital, incluido el trío crítico de código postal, fecha de nacimiento y sexo.

En el momento en que GIC dio a conocer los datos, William Weld, entonces gobernador de Massachusetts, aseguró al público que GIC había protegido la privacidad del paciente mediante la eliminación de identificadores. En respuesta, entonces, la Profesora Latanya Sweeney (estudiante de posgrado, por aquel entonces) comenzó a buscar los registros médicos del gobernador en los datos de GIC.

Sabía que el gobernador residía en Cambridge (Massachusetts) una ciudad de cincuenta y cuatro mil residentes y siete códigos postales. Por veinte dólares, compró las listas de votantes completas de la ciudad de Cambridge, una base de datos que contiene, entre otras cosas, el nombre, la dirección, el código postal, la fecha de nacimiento y el sexo de cada votante. Al combinar estos datos con los registros de GIC, Sweeney encontró al gobernador William Weld con facilidad. Solo seis personas en Cambridge compartieron su fecha de nacimiento; solo tres eran hombres, y de los tres, solo él vivía en su código postal. Sweeney envió los registros de salud del gobernador (incluidos diagnósticos y recetas) a su oficina».

De esta manera, la profesora Sweeney demostró al gobernador que estaba equivocado, al encontrar sus registros médicos en el conjunto de datos y enviárselos a su oficina. Después, en el citado estudio del año 2000, demostró que la reidentificación de datos supuestamente anonimizados era posible (como ya se ha visto).

Dicho supuesto mencionado es el denominado «anonimato k»⁶⁹, que es, en sí, una técnica de anonimización; una técnica de anonimización que puede dar lugar a la reidentificación, por lo que no cumpliría la exigencia básica de la anonimización: disociación irreversible e imposibilidad absoluta de reidentificación⁷⁰.

De este modo, en general, se ha afirmado que los datos que tradicionalmente no se consideran datos personales, aún se pueden usar para identificar a las personas combinando datos supuestamente anónimos con información externa⁷¹.

⁶⁹ Dictamen 05/2014 sobre técnicas de anonimización, del Grupo de Trabajo sobre Protección de Datos del artículo 29, de 10 de abril de 2014, p. 37 y ss.

⁷⁰ Sobre el modelo de protección de «anonimato k», en relación a los ataques y formas de evitar estos ataques, véase: Sweeney, 2002.

⁷¹ Ohm, 2010: 1723 y 1724. Así, el autor concluye que puede que todo sean datos personales para aquellos que tengan acceso a la información externa correcta («*These results suggest that maybe everything is personal identifying information (PII) to one who has access to the right outside information*»).

Ello responde a combinar o cruzar datos, con otros conseguidos de manera externa, lo cual hoy es más probable y fácil que nunca, especialmente por la información que ofrecen los motores de búsqueda, por ejemplo; ello supone un alto grado de lo que el GT 29 denomina «riesgo de la vinculabilidad».

Este es el caso del Instituto Nacional de Estadística (INE), el cual para miles de estudios estadísticos hace uso de datos anonimizados, pero existe un gran problema: el INE tiene miles de bases de datos de la ciudadanía que fácilmente puede cruzar o combinar con los datos supuestamente anonimizados (la denominada información externa).

Por tanto, la anonimización no es un espejismo, ni un mito. No obstante, que los datos recopilados se hayan anonimizado no significa que la privacidad de las personas en cuestión esté a salvo o que no haya ninguna posibilidad de reidentificar a las personas.

VIII. LA PERTENENCIA DEL DATO PERSONAL: ¿DE QUIÉN ES EL DATO?

En lo que respecta a la pertenencia del dato, ésta resulta una cuestión bastante debatida, desde el punto de vista jurídico como el filosófico.

En primer lugar, aunque le «demos» «nuestros» datos personales a un responsable del tratamiento para que los trate, los datos siguen siendo «nuestros», sólo los facilitamos para un fin predeterminado⁷². El hecho de que esos datos personales estén en posesión del correspondiente responsable del tratamiento, no lo convierte en «dueño» de esos datos ni de esa información; siguen siendo «nuestros».

En segundo lugar, tal como afirman algunos autores, cabe decir que cada uno es «dueño» de sus datos, en tanto en cuanto cada uno tiene el control y disposición absoluto de sus datos personales (por ello ha de dar su consentimiento para que se traten, o para que se exploten, etc.), pero eso no quiere decir que los datos personales sean, realmente, una «propiedad»⁷³.

Un dato personal, como puede ser un nombre y apellidos, puede ser de más de una persona, por lo que no es posible decir que hay un «derecho dominical» exclusivo sobre aquél.

Así, según se ha afirmado, una cosa es que esos datos identifiquen a una persona (y por eso se protegen), y otra cosa es que sean «nuestros» o «de nuestra propiedad»; así, no se protegen los datos en sí, sino que se protege la identidad, el honor y la intimidad de la persona que está detrás del dato⁷⁴. Por

⁷² Del Peso Navarro, 1998.

⁷³ Adsuara Varela, 2018.

⁷⁴ Adsuara Varela, 2018. En este caso, el autor lo explica de manera brillante de la siguiente manera: «Si alguien le preguntara a Angela Merkel cuál es su país, ella diría que

tanto, se debe entender que «los datos no son de nadie», y que «la pregunta clave no es «¿de quién son los datos?», sino «¿a quién afectan los datos?»»⁷⁵.

Otros sostienen, además, que considerar los datos como «privados», nos configura como «dueños» o «propietarios» de dichos datos, y ello puede derivar en un mercado, al tomarlos por objetos de comercio⁷⁶. Se ha considerado que «los datos también son una propiedad moral hasta que son extraídos, momento en el que tendrían que convertirse en un bien común»; así, «ser susceptibles de suministrar datos no nos convierte en sus dueños, sino en sus responsables»⁷⁷.

En todo ello, por otro lado, debemos tener en cuenta que un dato personal no es solo «nuestro»: el ADN contiene información genética de una persona y de sus familiares, un dato de geolocalización también es el dato de las personas que estén con la persona en cuestión, la dirección de residencia habitual es también el dato de los convivientes con dicha persona física, etc. Por ello, no somos «dueños» ni «propietarios» de «nuestros» datos personales; no nos «pertenecen», sino que nos «afectan».

Así, tenemos el control y disposición absoluta sobre un dato personal, en tanto en cuanto éste nos afecta al hacer posible nuestra identificación o la averiguación de detalles íntimos sobre nuestra vida privada. En cambio, no tenemos el control o disposición sobre ese mismo dato personal cuando éste afecte a otra persona y no a la persona que está decidiendo sobre aquél —si no, estaríamos decidiendo sobre la vida de otra persona—; es por ello, que no es posible hablar de «pertenencia» del dato, ya que, si no, daríamos una especie de «carta blanca» para destruir la esfera íntima o vida privada de otra persona, porque al tener un «dominio» sobre el dato, podríamos decidir sobre un dato que afecta a la vida privada de otra persona.

Todo ello sin tener en cuenta, asimismo, que la aceptación de una especie de «derecho dominical» sobre un dato personal nos llevaría directos al comercio de datos, al igual que al comercio de órganos humanos.

Por tanto, no se debe centrar el debate en la «pertenencia» del dato, sino en la «afectación» del dato; el objeto protegido no es (paradójicamente) el dato, sino la persona que hay detrás de éste —sujeto protegido—.

Alemania. ¿Pero eso quiere decir que Alemania es suya, en el sentido de propiedad? No, simplemente indica un vínculo entre un sujeto y un dato, pero el dato (Alemania) no es de nadie y está vinculado también a todos los que tienen esa nacionalidad. Cuando rellena un formulario y en la casilla del sexo pone mujer, ¿quiere decir que el dato mujer es suyo, de su propiedad o compartido con todas las mujeres? Y lo mismo podríamos decir de cualquier característica física: la altura, el peso, el color del pelo o de los ojos; datos que no son propiedad de nadie en exclusiva.

⁷⁵ *ibid.*

⁷⁶ Lafuente, 2020.

⁷⁷ *ibid.*

IX. ¿SON NUESTROS DATOS OBJETOS DE COMERCIO?

Teniendo en cuenta que, desde el punto de vista económico, estos datos tienen un enorme valor económico (ya que es de donde más beneficios pueden sacar las empresas), una cuestión interesante en relación a los datos personales es si pueden ser considerados objetos de comercio o no, desde el punto de vista jurídico.

Según se ha afirmado, puede que una empresa prestadora de un servicio obtenga beneficio económico de la cesión (para su tratamiento) de los datos personales que hagan sus clientes (vía publicidad de terceros, por ejemplo, que se ofrecerá sobre dichos datos personales), lo que supondría que hubiese dos prestaciones por parte de ambas partes contractuales (cliente-empresa / interesado-responsable del tratamiento): la del servicio y la cesión de los datos que lo permite⁷⁸.

El RGPD ha recogido el «consentimiento del interesado» como una mera «manifestación de voluntad» (art. 4, apartado 11, del RGPD), pero no ha previsto el consentimiento en los casos que los datos personales puedan ser considerados objeto contractual.

Esta naturaleza jurídica resulta, cuanto menos, discutible. Si consideramos que tiene una naturaleza estrictamente contractual, desde una perspectiva *iusprivatista*, convertiríamos los datos personales en objetos puramente de consumo y mercantiles y, al estar éstos bajo la protección de los poderes públicos según el mandato del artículo 18.4 de la CE, el 8 de la CDFUE y el 16 del TFUE, no podemos considerarlos como objetos exclusivamente privados, ya que, si así fuera, los poderes públicos no tendrían obligación de control sobre ellos y el mercado predominaría en una materia tan sensible como nuestros datos de carácter personal.

Hablamos, en casos como el de la «prestación de servicios a cambio de privacidad» (cuando ya se esté pagando dicho servicio por el cliente).

En relación con este aspecto, el CEPD ha declarado que para que el consentimiento se manifieste libremente, en términos del RGPD, el acceso a los servicios y funcionalidades no puede supeditarse a que el usuario preste su consentimiento al almacenamiento de información, o al acceso a la información ya almacenada, en el equipo terminal del usuario (las denominadas «barreras de cookies»)⁷⁹. Por ello, tal como declaró el GT 29 también, la no aceptación de las cookies no puede llevar la denegación total del servicio, ya que, si no, el consentimiento no se daría de forma libre⁸⁰.

⁷⁸ Aparicio Vaquero, 2015: 207 y 208. En este caso preciso, el autor se refiere especialmente a los servicios de la Sociedad de la Información en relación a los datos personales.

⁷⁹ Directrices 5/2020 sobre el consentimiento en el sentido del Reglamento (UE) 2016/679, del Comité Europeo de Protección de Datos, de 4 de mayo de 2020, p. 11.

⁸⁰ Documento de Trabajo 02/2013 que proporciona orientación sobre cómo obtener el consentimiento para las cookies, del Grupo de Trabajo sobre Protección de Datos del ar-

Así, según la AEPD, no se puede denegar el servicio en caso de no aceptación de las cookies, pero sí se puede ofrecer una alternativa de servicio para el caso de no aceptación de las cookies^{81,82}.

De este modo, no es posible que un prestador de servicio (que ya se está pagando por el cliente) utilice, además, los datos personales del cliente como contraprestación, ya que en ese caso obtendría un rédito económico de la contraprestación económica por parte del cliente por la prestación del servicio, por un lado, y de el uso de sus datos personales, por otro. Así, un servicio de la Sociedad de la Información, por ejemplo, prestado normalmente a título oneroso⁸³, deberá basar dicha onerosidad o en la contraprestación económica o en el uso de los datos personales; ambas resultarían muy gravoso para la persona en cuestión⁸⁴.

Por otro lado, además, es difícilmente creíble que sea una función legítima de quien suministra un servicio —para lo cual el interesado les ha facilitado sus datos— comerciar con éstos; ello excede con mucho la finalidad⁸⁵.

X. CONCLUSIONES

En primer lugar debemos decir que la regulación actual del RGPD en relación a lo que es un dato personal, ha seguido el esquema básico que siguieron sus antecesoras: «toda información sobre una persona física identificada o identificable»; un concepto que es muy amplio según el TJUE. Tal consideración de «datos personal» traerá la aplicación del RGPD y estar en el ámbito de la protección de datos. A ello se le añaden los «datos relativos a la vida privada y familiar» (TEDH).

En segundo lugar, tenemos el «dato no personal», que ha sido definido desde una nota negativa (todos son datos, menos los que son aquellos que son

título 29, de 2 de octubre de 2013, p. 3.

⁸¹ AEPD. 2020. «Guía sobre el uso de las cookies», p. 30. <https://www.aepd.es/sites/default/files/2020-07/guia-cookies.pdf>

⁸² La AEPD pone el ejemplo de supuestos en los que la denegación de acceso impediría el ejercicio de un derecho legalmente reconocido al usuario, por ser, por ejemplo, el acceso a un sitio web el único medio facilitado al usuario para ejercitar tal derecho.

⁸³ Esta es la definición que da la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico en su artículo 1 en relación a los servicios de la Sociedad de la Información («todo servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario»).

⁸⁴ Aparicio Vaquero defiende que dicha onerosidad de los SSI, en los casos en los que el servicio sea (aparentemente) «gratuito», se basa en el uso de nuestros datos personales, de ahí que, aunque en principio parezca «gratuito», en servicio en realidad, es a título oneroso. Vid. Aparicio Vaquero, 2015: 207 y 208.

⁸⁵ Del Peso Navarro, 1998.

datos personales). No obstante no debemos olvidar que, si bien éstos no quedarán bajo la aplicación del RGPD, ello no significa que quedarán sin protección ninguna, al quedar bajo el ámbito del derecho al respeto a la vida privada y familiar.

En tercer lugar, tenemos los metadatos y la agregación: datos no personales que están presentes en toda actividad y que mediante la agregación pueden identificar a una persona física, y, además, dar detalles concisos sobre su vida privada. Por ello, los pronunciamientos del TJUE adquieren gran relevancia al declarar que dichos datos no personales «considerados en su conjunto» son un dato personal. Ahí es donde aparecerá la teoría del «dato personal compuesto» o «teoría del perfil».

Dicho «dato personal compuesto» será curiosamente un dato personal construido a partir de distintos datos no personales (de su combinación), una especie de «dato personal no personal». Ello puede dar lugar a hacer usos o transferencias ilícitas de dichos datos por parte de empresas o Estados, al no ser datos personales *de iure*, pero sí *de facto*. Por ello, ahí cobrará su mayor relevancia la doctrina del TJUE sobre los datos personales compuestos.

Que un dato no sea «personal» no significa que carezca de valor: dicha información seguirá teniendo un inmenso valor, aunque en ámbito jurídico no pueda ser calificado de «personal» (salvo por la doctrina del TJUE). Es cierto, no obstante, que el TJUE debería profundizar más en dicha doctrina, para abrir la doctrina de los metadatos a todos aquellos datos no personales que puedan constituir un dato personal, y, por su parte, el RGPD debería hacer lo propio.

En cuarto lugar tenemos la anonimización y la seudonimización, o los datos anonimizados y los datos seudonimizados. Éstos son datos personales, ya que uniendo la información adicional al dato seudonimizado se puede llegar a identificar a una persona; aquéllos, en cambio, no son datos personales.

No obstante, la base de la anonimización será la disociación irreversible y la imposibilidad absoluta de reidentificación, y ello, a veces, puede fallar, por lo que no sería ya un dato anonimizado, sino un mero dato personal sujeto al RGPD. Así, que los datos recopilados se hayan anonimizado no significa que la privacidad de las personas en cuestión esté a salvo o que no haya ninguna posibilidad de reidentificar a las personas. Cualquier resquicio de reidentificación, incluso el más mínimo o remoto, nos lleva a la aplicación del reglamento.

En quinto lugar, en lo que respecta a la pertenencia del dato personal, debemos hablar no de «pertenencia» del dato, sino en la «afectación» del dato, ya que lo que se protege es la persona que está detrás, no el mismo dato. No podemos considerar el dato como algo privado sobre el cual tenemos un dominio exclusivo; el dato no nos pertenece, ya que, si no, ello nos daría poder sobre la esfera íntima de otras personas que tienen el mismo dato que el nuestro.

Por último, en cuanto a considerar nuestros datos objeto de comercio, no hay una respuesta clara en el Derecho; sin embargo, sí podemos decir que en los servicios onerosos, la onerosidad deberá recaer o sobre el rédito económico sacado del uso de nuestros datos personales o sobre la contraprestación económica del cliente a cambio del servicio, pero no ambas, y, además, no podemos considerar nuestros datos como objeto de comercio.

En general, cabe mencionar que el «mundo de los datos» (en este caso el su dimensión jurídica) es extenso, y se plantean miles y miles de cuestiones jurídicas, éticas y filosóficas. Cierto es que el RGPD ha sentado un pilar fundamental en aquél, pero sigue habiendo algún vacío, como los que hemos mencionado en el presente trabajo, en los que el dato «puede escapársenos».

Concluimos pues que en el «mundo de los datos» el hoy siempre será el ayer, y que a veces el Derecho no puede prever todos los avances que se dan a diario, pero, al menos, lo debe intentar: está en juego la privacidad de la ciudadanía.

XI. BIBLIOGRAFIA

- ADSUARA VARELA, Borja. 2018. «¿Nuestros datos son realmente nuestros?». *EL PAÍS Retina: transformación digital y tecnología*. Acceso el 28 de noviembre de 2019. https://retina.elpais.com/retina/2018/02/14/tendencias/1518586501_637288.html
- APARICIO VAQUERO, Juan Pablo. 2015. «Cuestiones de Derecho aplicable y responsabilidad de los prestadores de servicios de red social y de sus usuarios». En *En torno a la privacidad y la protección de datos en la sociedad de la información*, coordinado por Juan Pablo Aparicio Vaquero y Alfredo Batuecas Caletrio, 187-231. Granada: Colmares.
- ARIAS POU, María. 2016. «Definiciones a efectos del reglamento general de protección de datos». En *Reglamento general de protección de datos. Hacia un nuevo modelo europeo de protección de datos*, dirigido por José Luis Piñar Mañas, y coordinado por María Álvarez Caro y Miguel Recio Gayo, 115-134. Madrid: Reus.
- ARZO SANTIESTEBAN, Xabier. 2010. *Videovigilancia, seguridad ciudadana y derechos fundamentales*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Civitas.
- DEL PESO NAVARRO, Emilio. 1998. «¿De quién son nuestros datos». *Revista En Línea Informática, Informáticos Europeos Expertos (IEE)*, n.º 19. <http://www.iee.es/pages/bases/articulos/hemeroteca/derint004.html>
- GOLLE, Philippe. 2006. «Revisiting the Uniqueness of Simple Demographics in the U.S. Population». *Proceedings of the Fifth ACM Workshop on Privacy in Electronic Society (WPES)*, '06, 77-80. <https://doi.org/10.1145/1179601.1179615>
- LAFUENTE, Antonio. 2020. «Cuerpo común y soberanía tecnológica». *Ctxt*, n.º 261. Acceso el 28 de noviembre de 2019. <https://ctxt.es/es/20200601/Firmas/32582/cuerpo-tecnologia-datos-control-coronavirus-futuro-antonio-lafuente.htm>

- MAYER, Jonathan, MUTCHLER, PATRICK Y MITCHELL, John C. 2016. «Evaluating the privacy properties of telephone metadata». *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America (PNAS)*, 113, n.º 20. <https://doi.org/10.1073/pnas.1508081113>
- OHM, Paul. 2010. «Broken Promises of Privacy: Responding to the Surprising Failure of Anonymization». *UCLA Law Review*, Vol. 57: 1701-1777. <https://ssrn.com/abstract=1450006>
- PIÑAR MAÑAS, José Luis. 2010. «Concepto de datos de carácter personal: Título I. Disposiciones Generales. artículo 3». En *Comentario a la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal*, dirigido por Antonio Troncoso Reigada, 183-213. Madrid: Civitas.
- RALLO LOMBARTE, Artemi. 2017. «De la ‘libertad informática’ a la constitucionalización de nuevos derechos digitales (1978-2018)». *Revista de derecho político*, n.º 100: 639-669. <https://doi.org/10.5944/rdp.100.2017.20713>
- SWEENEY, Latanya. 1997. «Weaving Technology and Policy Together to Maintain Confidentiality». *Journal of Law, Medicine & Ethics*, 25 (2-3): 98-110. <https://doi.org/10.1111/j.1748-720X.1997.tb01885.x>
- 2000. «Uniqueness of Simple Demographics in the U.S. Population». *Laboratory for Int'l Data Privacy* (Carnegie Mellon University), Working Paper LI-DAP-WP4.
- 2002. «k-anonymity: a model for protecting privacy». *International Journal on Uncertainty, Fuzziness and Knowledge-based Systems*, 10 (5): 557-570. <https://doi.org/10.1142/S0218488502001648>
- VARTANIAN, Thomas P. y LEDIG, Robert H. 2000. «Scrape It, Scrub it and Show It: The Battle Over Data Aggregation». <http://www.ffhsj.combancomail/bmarts/aba-art.htm>

LA CONTRIBUCIÓN DE LAS REFORMAS PROTESTANTES EN LA APARICIÓN DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES

*The protestant reform's contribution on the appearance of
rights and freedoms*

Cecilia Rosado-Villaverde

Profesora Contratada Doctora de Derecho Constitucional
Universidad Rey Juan Carlos

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-69\(1\)-2021pp241-277](http://dx.doi.org/10.18543/ed-69(1)-2021pp241-277)

Recibido: 15.04.2021

Aceptado: 18.06.2021

Resumen

Nuestras actuales democracias son herederas de muchos de los fundamentos y nociones que se consolidaron durante los Estados liberales. Pero en la formación de estos estados influyeron diferentes aspectos que fueron trascendentales en el nacimiento de la organización política liberal. Uno de ellos fue el hecho o factor religioso. Se puede observar que las religiones extendidas en Europa y en Estados Unidos tuvieron cierta influencia, en mayor o menor medida, en los principios inspiradores que se reconocen en nuestros textos constitucionales. En este trabajo se pretende poner de relieve la relevancia que las Reformas protestantes tuvieron en el nacimiento de la libertad religiosa y de pensamiento, pero también en la propia concepción de las Declaraciones de derechos de finales del siglo XVIII.

Palabras clave

Tolerancia, Libertad religiosa, Protestantismo, derechos y libertades, individualismo.

Abstract

Our current democracies are inheritors of many of the bases and notions that were consolidated during the liberal States. But the formation of these states was influenced by different aspects that were transcendental in the birth of the liberal political organization. One of them was the religious factor. It can be observed that the religions that spread across Europe and the United States have had a certain influence, to a greater or lesser extent, on the inspiring principles that are included in our constitutional texts. The aim of this work is to highlight the relevance that the Protestant Reforms had in the birth of religious freedom, but also in the very conception of the Bill of Rights of the late eighteenth century.

Keywords

Tolerance, Religious freedom, Protestantism, Rights and freedoms, individualism.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: LA INFLUENCIA DE LA RELIGIÓN EN EL NACIMIENTO DE LAS SOCIEDADES EUROPEAS MODERNAS. II. BREVE APUNTE SOBRE EL PAPEL DEL HECHO RELIGIOSO DURANTE LA EDAD MEDIA. III. LA REVOLUCIÓN PROTESTANTE Y SU INCIDENCIA EN EL MARCO POLÍTICO EUROPEO. IV. EL SINUOSO CAMINO DE LA FORMALIZACIÓN DE LOS DERECHOS EN ESTADOS UNIDOS Y SU RELACIÓN CON LAS REFORMAS PROTESTANTES. V. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

«La Religión, entonces, de cada hombre debe dejarse a la convicción y conciencia de cada hombre; y todo hombre tiene el derecho de ejercerlo según lo dicten estos. Este derecho es por naturaleza un derecho inalienable. Es inalienable, porque las opiniones de los hombres, que dependen sólo de la evidencia contemplada por sus propias mentes, no pueden seguir los dictados de otros hombres: es inalienable también, porque lo que aquí es un derecho para con los hombres, es un deber para con el Creador». (Madison, *Memorial and Remonstrance against Religious Assessments*, 1785)¹.

I. INTRODUCCIÓN: LA INFLUENCIA DE LA RELIGIÓN EN EL NACIMIENTO DE LAS SOCIEDADES EUROPEAS MODERNAS

El siglo XVIII se conoce constitucionalmente como el siglo de las revoluciones liberales y el momento del cambio del Antiguo Régimen al inicio de los futuros estados democráticos. Uno de los hitos más importantes de esta transformación es el nacimiento de los derechos y libertades y su plasmación en declaraciones. Eso no significa que en los periodos anteriores no hubiera derechos, todo lo contrario, existen numerosos antecedentes de reconocimiento de éstos. Así, se pueden citar, entre otros ejemplos, el *Fuero de León* (1017-1020) (González Díez y González Hernández, 2018) o la *Carta Magna* de 1215 (Satústregui Gil-Delgado, 2009, 244-262). Ambos textos hablaban ya del respeto a la propiedad privada de los nobles o la protección de los súbditos. Pero, y sin obviar la gran importancia de todos los documentos precedentes sobre esta cuestión, en estas líneas se busca analizar algunos de los eventos más inmediatos que marcaron la filosofía que hay detrás de la configuración de los derechos entre el siglo XVII y el siglo XVIII, que se convirtieron en piedra angular de los estados liberales y de su progreso hacia los estados democráticos actuales.

¹ Consultado en <https://founders.archives.gov/documents/Madison/01-08-02-0163>

La dificultad para abarcar en su totalidad los elementos que influyeron en la aparición de uno de los hechos más destacados de nuestras sociedades contemporáneas es claro cuando se ahonda en este asunto. En unas pocas páginas resulta muy difícil tratar todos los aspectos que afectaron a la aparición y consolidación de los derechos y, por ello, el propósito de este artículo es esbozar alguno de ellos para poder entender cómo la relación de aspectos filosóficos, teológicos, políticos, sociológicos, educativos, bélicos, institucionales o históricos ha influido en su conformación. Tampoco es el objetivo de estas líneas recoger fielmente un tránsito histórico completo de lo sucedido durante varios siglos.

La aparición de las Reformas protestantes durante el siglo XVI marcó profundamente el devenir de la historia política y social de Europa y de los Estados Unidos de América y fue esencial para la creación y consolidación de los derechos del siglo XVIII. Los beneficios y aportaciones a nuestras democracias son palpables y evidentes, aunque no hay que olvidar que todo hecho también tiene su cara B. No se trata de ensalzar este movimiento, ni de desdeñar otras evoluciones religiosas. Tampoco pretende ser este un trabajo teológico. Se trata de entender, desde una visión constitucional, cuál fue la contribución de las Reformas protestantes en el impulso de la creación y consolidación de nuestros derechos y libertades. En este sentido, lo que trato de explicar es la revolución que produjo la aparición del protestantismo para la Europa medieval y su ruptura con la Iglesia Católica y las consecuencias que todo ello trajo en el desarrollo de los Estados liberales.

El protestantismo, siguiendo el halo que había comenzado el humanismo a finales del siglo XV, desarrolló su doctrina en torno a la idea de tolerancia. Dicha reflexión no era nueva, ya en los albores del cristianismo se hablaba de ella. Pero el gran triunfo de este nuevo movimiento religioso supuso que el concepto de tolerancia no desapareciera más del debate religioso y constitucional² y derivara en el nacimiento de algunas de las primeras libertades: la de conciencia, la religiosa y la ideológica. Por supuesto, la consolidación de la tolerancia y su importancia en el debate constitucional no se debió únicamente a las revoluciones protestantes. Sin duda alguna, la Ilustración fue sustancial en cuanto a la conceptualización de la tolerancia. Una de las obras más importantes en esta área fue *Los Escritos sobre la tolerancia*, de John Locke (Locke, 1999), cuya aportación ha sido clave en el desarrollo y consolidación de la tolerancia y de los derechos y libertades.

A lo largo de la historia del cristianismo, las rupturas han sido constantes y nuevos cambios hicieron evolucionar las doctrinas religiosas. La aparición del protestantismo no terminó con dichas rupturas, aunque el Cisma del siglo

² Aunque siempre existan regímenes, religiones y ciclos históricos en los que la oscuridad total se posara en la tolerancia y en la humanidad.

XVI destacó por su gran expansión y afectación a otros ámbitos de la vida de los Estados. Pero años, décadas y siglos después, el cristianismo ha seguido evolucionando y amoldándose a la sociedad con la que compartía su presente. De hecho, la propia doctrina protestante ha cambiado desde su nacimiento, en algunos casos abanderando la insignia de libertad y tolerancia, pero en otros casos no ha sido así ya que la historia de numerosas religiones está afectada por la existencia de movimientos más conservadores e incluso, intransigentes, y el protestantismo no se libra de esta circunstancia (Filoramo, 2001, 459; Flavel, 2018; Ortega y Medina, 2013)³.

En los Estados Unidos de América, la libertad religiosa aparece regulada en sus declaraciones en los primeros artículos. De ahí que este trabajo, aunque busque hablar de los derechos y libertades de manera amplia, en algunas ocasiones se centre más específicamente en esta libertad. No es un análisis exhaustivo de ella pero sí quiero explicar cómo a través de la evolución del hecho religioso y más adelante de la libertad religiosa, podemos observar algunas de las características que comparten todos los derechos. Además, la libertad religiosa se reconoce en muchas ocasiones como la puerta de entrada al reconocimiento de otros derechos y libertades (Souto Paz y Souto Galván, 2010, 29-40).

Para comprender la teoría del Estado es significativo entender cómo han funcionado las instituciones religiosas ya que han sido parte, durante muchos siglos, del juego político de los países. Así, en muchas ocasiones la identidad del poder político y eclesiástico ha sido prácticamente total. La separación de la Iglesia y el Estado tardó mucho en aparecer y aunque algunos de los elementos de dicha separación se encuentran en las reformas protestantes, también es cierto que el pensamiento ilustrado y la argumentación liberal fueron los protagonistas definitivos de tal separación, necesaria para avanzar hacia estados más democráticos.

II. BREVE APUNTE SOBRE EL PAPEL DEL HECHO RELIGIOSO DURANTE LA EDAD MEDIA

El cristianismo, que había sido duramente perseguido por el Imperio Romano desde su aparición, cambió su situación cuando el Emperador

³ Es el caso del puritanismo a mitad del siglo XVIII en las trece colonias Americanas. El puritanismo deriva del Calvinismo y nace en Inglaterra. Resulta sumamente complicado y une de manera consciente la religión con la política. Una de las características de este movimiento religioso es «una purificación de la religión cristiana más radical que la llevada a cabo por el anglicanismo, eliminando todo residuo papal, no sólo parte de él»; entienden que en el parlamento, órgano que representa a la soberanía nacional, Dios también manifiesta su voluntad; reclaman la autonomía de la comunidad cristiana en cada localidad con respecto al poder político y al poder religioso.

Constantino (306-337) se convirtió a este credo. Con el Emperador Teodosio (379-395), se transformó en la religión oficial del Estado ostentando desde entonces el monopolio de la fe⁴. En los años anteriores a este reconocimiento, durante su persecución, los cristianos defendieron y reivindicaron la libertad de conciencia (Mitre, 2010, 9)⁵. Es decir, ya en los primeros tiempos del cristianismo la libertad de conciencia fue un punto básico de su teología y filosofía.

Transformarse en la iglesia oficial también supuso que el nexo con el poder político se volviera profundo y sólido (Teja, 2006, 63-81). Tanto el Derecho Civil como el Derecho Penal de los años del Imperio de Teodosio estaban influidos por la moral cristiana. Además, el sistema jerárquico heredado de los romanos por la Iglesia Católica comienza ahora a delinearse. El emperador es, a su vez, el «obispo externo» que forma parte de la organización eclesiástica y su misión es defender la unidad y la ortodoxia del cristianismo (Filoramo, Massenzio, Raveri y Scarpi, 2012, 162)⁶. Y los obispos⁷ empiezan también a ocuparse de funciones civiles (Filoramo, 2001, 104). De esta forma, lo que se produce es la mutua dependencia entre Iglesia y Estado.

La separación del Imperio romano en el Imperio bizantino de Oriente y en la fragmentación bárbara del Imperio romano de Occidente, trae consigo las primeras diferencias oficiales dentro del cristianismo, que finalmente culminarían en el Cisma de Oriente (1054) cuando se produjo la fragmentación en dos Iglesias. Estos movimientos dentro del cristianismo tienen directa relación con la estrategia política que se da en cada momento del periplo histórico. Así como cambian los centros de poder, la sociedad o el sistema económico, también la religión va adaptándose. Por ello la historia del cristianismo no transcurre aislada de la política ni de la sociedad que se da entre los siglos v y xv en Europa, más bien es parte inseparable de ella.

El hecho religioso tuvo un papel muy importante en Europa durante la Edad Media. Su relación con el poder político en cada una de las etapas medievales

⁴ Lo hace a través del Edicto de Tesalónica en el año 380.

⁵ En un primer momento el cristianismo no fue perseguido especialmente por el Imperio romano, que lo veía como una secta del judaísmo y, por tanto, permitía su existencia. Pero el objetivo de convertirse en una religión universal, su mensaje teológico y político, y la expansión que comenzó a mostrar, provocó que a mediados del siglo III comenzara la persecución de sus seguidores. Con el Edicto de Milán del año 313, Constantino estableció la libertad de cultos en el Imperio.

⁶ La palabra ortodoxia deriva del griego «orthos» y significa justo, recto, y «doxa», que significa opinión o doctrina. En el cristianismo se consolida el concepto de ortodoxia «como un conjunto de ideas, garantizadas por la fe en la tradición, que considera vana verborrea las opiniones de los adversarios».

⁷ Estos obispos provenían del estamento de la nobleza, que a su vez era el estamento del cual salían las personas que ocupaban las altas magistraturas en el Imperio.

y su influencia cultural y social fue palpable en países como Francia, los territorios germanos (después unidos en el Sacro Imperio) e incluso en Gran Bretaña (Harding, 1993, 50-67). Pero además, una de las características básicas de la Iglesia fue su actuación, desde la Alta Edad Media, como «la nueva fuerza unitaria» (Mitre, 2010, 37). Frente a la diseminación del poder político entre reyes y señores feudales, la Iglesia mantuvo una única organización que se extendía por toda Europa, donde la jerarquía del poder se establecía de manera clara y eficaz con el Obispo de Roma a la cabeza, el Papa. Además, desde esta época poseía un Derecho eclesiástico unificado y algunos de sus miembros eran también señores feudales que administraban las tierras. Por lo que respecta a su estrategia política, sobre todo durante la alta Edad Media, la Iglesia defendió, en la mayoría de los casos, la autoridad y legitimidad del Rey frente a los señores feudales. Aunque esta maniobra dio sus frutos, es verdad que no siempre tuvo el éxito pretendido⁸.

Pero es sin duda durante los últimos cinco siglos de la Edad Media que las cosas en el cristianismo comenzaron a cambiar. El Gran Cisma, que separó definitivamente la Iglesia católica y la Iglesia ortodoxa fue el punto de inflexión para la religión en este momento histórico. Varios aspectos de esta separación fueron muy relevantes. En primer lugar, se produjeron distinciones tanto en la ortodoxia como en su propia organización institucional. Por un lado, en Oriente se consolidó una identificación entre Iglesia-Estado, mientras que en Occidente se abogó por una unión de ambas, sin olvidar que el poder temporal no podía ser igual que el poder espiritual. En segundo término, esta separación supuso el primer gran golpe a la unidad cristiana. Anteriormente ya había habido diferencias en el seno de la Iglesia sobre cómo interpretar la palabra de Jesús y sobre cómo organizarse, pero esta fue la primera gran separación que vivió la fe cristiana. No sería la última (Filoramo, 2001, 45)⁹. Sin embargo, no

⁸ De hecho el siglo X es conocido como el siglo de Hierro en la Iglesia de Occidente. La autoridad imperial de Roma dejó de apoyar a la Sede Apostólica y supuso que ésta se viera sometida a los distintos señores feudales y príncipes que intervenían de forma tiránica en la elección de los obispos de Roma. En siglo y medio fueron elegidos más de una treintena de Papas impuestos por las casas nobiliarias.

⁹ Es el caso de la crisis arriana producida en el siglo IV. El arrianismo nace en Alejandría, cuando el monje Arrio en el año 320 d. C, aproximadamente, comienza a difundir, tomando como punto de origen la doctrina trinitaria, que Padre, Hijo y Espíritu Santo son diferentes entre sí y además, existe una subordinación en orden descendente (el Hijo no es coetáneo del Padre, ni fue engendrado por éste). Este movimiento tuvo un importante número de seguidores provocando numerosas controversias dentro de la Iglesia. El obispo de Alejandría, Alejandro, por orden del emperador Constantino, convocó el concilio de Nicea en el año 325. En dicha reunión se condenó a Arrio y se decretó el principio trinitario en el que «Cristo es Hijo de Dios, y ha sido engendrado de la sustancia del Padre, así que es consustancial a él».

volvería a sufrir una ruptura de estas dimensiones, o de dimensiones mayores, hasta el siglo XVI. La tercera cuestión es que dicha ruptura marcó los límites de ambas Iglesias (Filoramo, 2001, 103)¹⁰.

En cuanto a su relación con el poder político, los reyes respetaban el orden creado por Dios, y además no existía una separación entre Iglesia y Estado. No obstante, se produjeron numerosos enfrentamientos entre los reyes y el Papa, que perdió parte de su poder político en los conflictos bajo-medievales (Aguilera Barchet, 2011, 130-182; Mitre, 2010, 149-150)¹¹. De hecho, el papado se enfrentó con algunos monarcas en una lucha de poder que trajo consigo que a principios del siglo XIV coexistieran tres papas durante la confrontación de los Cien años, apoyados políticamente por las monarquías medievales (Mitre, 2010, 307-314)¹². Aun así, el catolicismo se asienta como la única religión oficial de muchos países europeos, como en el Sacro Imperio Romano Germánico. En la política interna de la Iglesia católica, hay que mencionar que a partir del siglo XIII comienza el diseño de un

¹⁰ Así, la de Occidente o católica se fundamenta sobre una estructura institucional muy bien organizada que sigue los mandatos del principio de jerarquía, en contraste con la Iglesia ortodoxa. Fue el pontífice Gregorio VII el que impulsó la formación de esta estructura eclesiástica, centralista y leal al Obispo de Roma, que es superior tanto a nivel teocrático como sobre los poderes temporales. Así, la Iglesia católica se coloca en el mundo divino y en el mundo político terrenal.

¹¹ Por ejemplo, El monarca Enrique IV, que pugnaba por el poder real del Imperio y que no estaba de acuerdo con la supremacía pontificia, comenzó una cruenta batalla con Gregorio VII. Esta lucha que duró más de una década es una muestra de las relaciones complicadas que tenían algunos de los reyes con el Papado a nivel político. La paz de esta batalla llegó con los sucesores de Enrique IV y Gregorio VII, aunque no fue suficiente para terminar definitivamente con el conflicto. El Papa Calixto II y Enrique V firmaron la paz en el Concordato de Worms en 1122. Además, estos acontecimientos están íntimamente relacionados con la deriva política que siglos después tomarán las Reformas Protestantes en los territorios germánicos.

¹² Asimismo, las pugnas entre el papado y los monarcas siguieron. Las fuerzas se mantenían bastante equilibradas (Francia, Escocia, Aragón, Castilla y la Italia meridional apoyaban a Clemente VII mientras que a Urbano VI le apoyaban Inglaterra, Italia central y septentrional, Alemania, Flandes y algo más tarde, Portugal) y, por tanto, la solución no fue sencilla, pero se planteó que lo mejor sería convocar un nuevo Concilio. El planteamiento de que el Concilio sería la solución al conflicto fue tomando fuerza a través de diferentes teóricos, como Marsilio de Padua, y monarcas cansados de la situación. Estos autores argumentaron, sin despreciar el poder del pontífice, que el Concilio estuviera por encima de cualquier miembro eclesiástico. Este razonamiento venía de otro más profundo que mantenía que un Papa se podía equivocar mientras que la Iglesia romana representada en su conjunto por sus miembros a través de un Concilio no se equivocaría. En 1413 se convocó el nuevo Concilio que finalizaría con la situación bicéfala de la Iglesia –e incluso tricéfala-. Finalmente, en noviembre de 1417 se eligió al Papa Martín V para toda la comunidad católica.

cambio cuyo objetivo fue afianzar una «auténtica vida apostólica» basada en los propósitos de mendicidad y en la vuelta a la predicación del Evangelio. Todo ello buscaba acallar las voces críticas que se alzaban desde hacía décadas en su seno y que podían crear elementos que distorsionaran la unidad religiosa que tan importante era dentro las estrategias políticas medievales (Duby, 2007, 13-39).

Aunque el Cisma de Oriente y Occidente había llegado a su fin, sus consecuencias negativas en la sociedad europea fueron significativas y no desaparecieron con el Concilio que eligió al nuevo Papa. Los abusos eclesiásticos a la población, su situación privilegiada como señores feudales, sus continuas luchas de poder con los monarcas, sus intereses en la política de los reinos y la búsqueda constante de recursos económicos son algunos de los elementos que actuaron como caldo de cultivo para lo que vendría al inicio del siglo XVI (Wickham, 2017, 161-191).

En el interin entre el paso de la Edad Media a la Edad moderna (S. XV), se produjeron decisivas transformaciones¹³ que más adelante se vieron cristalizadas en los Estados modernos que aparecieron tras el fin del largo período medieval. Una de ellas se produjo en el ámbito filosófico. Apareció el humanismo que representaba la rama del pensamiento que situaba al hombre en el centro. Esta era, y es, una teoría antropocéntrica donde el ser humano es la medida de todas las cosas¹⁴, y se basa en la razón, la experiencia y la observación. Esta doctrina dejó de seguir la teoría principal medieval donde Dios era el centro de todo lo que sucedía. Reconoció virtudes humanas como el prestigio, el poder o la gloria que no eran admitidos como tales por la Iglesia

¹³ Dos de estas transformaciones estaban relacionadas de manera directa con las reformas protestantes. En primer término, el campo científico. Aparecieron nuevos inventos, como la imprenta en 1440 (Johannes Gutenberg) que supuso un profundo cambio cultural en la sociedad. Esta herramienta trajo consigo la apertura y la expansión de los textos al gran público y el cambio en los hábitos de lectura (Vázquez Medel, 2010, 15-33), se empezaron a producir libros en lenguas distintas al latín y nuevas obras comenzaron a escribirse y a duplicarse. Uno de los libros más reproducidos fue la Biblia. Así, muchos creyentes conocieron la palabra de Cristo no sólo a través de los curas y eclesiásticos, sino directamente a través de las escrituras sagradas. Cuando el conocimiento es directo, no sólo a través de la palabra de otro, se puede ampliar el campo del entendimiento y se puede razonar y profundizar sobre lo leído.

¹⁴ Uno de los pensadores humanistas más destacado fue Erasmo de Rotterdam (1466-1536). Sus críticas a la teología y su aversión al poder autoritario fueron dos rasgos muy característicos de él. Sus obras fueron esenciales para el pensamiento intelectual europeo y base para las reformas protestantes, aunque él nunca se definió claramente en ninguna de las posturas cristianas que convivieron durante su vida. Nunca fue protestante y aunque criticó a la Iglesia católica también estaba en desacuerdo con alguna de las ideas de las nuevas confesiones. Siempre buscó un equilibrio entre el cristianismo protestante y el católico.

y por su doctrina de Dios como centro de todo. Puso de manifiesto que la fe ya no era patrimonio de Dios sino que pertenecía al hombre. La idea de tolerancia subyacía en todas sus hipótesis porque la confianza se la otorgaba al hombre, que era capaz de decidir sobre su vida y de resolver sus propios problemas y dificultades. Le cedió al individuo la capacidad de actuar de manera autónoma y, por tanto, a no vivir enraizado en las nociones y supersticiones religiosas impuestas por el orden establecido. En cuestiones de fe, el hombre también se convirtió en un ser autónomo para decidir. Además, la aparición de esta doctrina filosófica, que nace en Italia a partir de la segunda mitad del siglo XIV¹⁵, afectó a otros espacios como la educación o la organización social, más allá de la argumentación teórica.

Las ideas humanistas pusieron de relieve que la sociedad debía buscar, en primer término, el bienestar del ser humano y la organización de la sociedad tenía que centrarse en este punto. En la educación, el modelo empezó a cambiar desde una educación ligada a la religión y a la filosofía teocéntrica hacia una enseñanza más centrada en el individualismo de los alumnos y en una formación más práctica, para que luego la pudieran aplicar a su vida civil y política.¹⁶ Además, también se apoyó en la cultura y la sociedad griega y romana que fueron el modelo a seguir. La aparición del humanismo fue fundamental en la evolución de la separación entre la fe y la razón, es decir, la separación entre el catolicismo y la filosofía y la ciencia. Dicha rama del conocimiento fue una de las claves que plantaron la semilla de las Reformas protestantes del siglo XVI.

III. LA REVOLUCIÓN PROTESTANTE Y SU INCIDENCIA EN EL MARCO POLÍTICO EUROPEO

Con la caída de Constantinopla a manos de los turcos otomanos (1453) aparece un nuevo modelo organizativo del poder que se centraliza en los monarcas, que pasan a dirigir Estados absolutistas. Entramos en el periodo

¹⁵ El humanismo nace en Italia junto con el Renacimiento que se extenderá durante los siglos XV y XVI por Europa. Este Renacimiento, al igual que el humanismo, posan su mirada en la cultura clásica griega y romana que tomarán como modelos de perfección. El Renacimiento se centrará en el arte y la literatura, mientras el humanismo lo hará en la educación, la cultura, la ciencia, la filosofía y la política. Estos dos movimientos no serán compartimentos estancos sino que se retroalimentarán.

¹⁶ El humanismo nace en Italia junto con el Renacimiento que se extenderá durante los siglos XV y XVI por Europa. Este Renacimiento, al igual que el humanismo, posan su mirada en la cultura clásica griega y romana que tomarán como modelos de perfección. El Renacimiento se centrará en el arte y la literatura, mientras el humanismo lo hará en la educación, la cultura, la ciencia, la filosofía y la política. Estos dos movimientos no serán compartimentos estancos sino que se retroalimentarán.

conocido como la Edad moderna que se extiende durante los siglos XVI, XVII y XVIII.

La Iglesia católica vivía un momento de crisis que continuaba desde tiempo atrás. A nivel institucional esta crisis era más que evidente, con numerosos Concilios celebrados durante el siglo XV que no parecían conseguir el objetivo de reformarla. El último Concilio Lateranense V (1512-1517) dejó al descubierto la difícil tarea de unir otra vez la institución y la doctrina católica y puso en evidencia la ruptura entre el alto y el bajo Clero, debido a los abusos y la corrupción de gran parte de los primeros (Filoramo, 2001, 474-475). Pero a nivel espiritual, también existían grandes diferencias doctrinales dentro de la institución eclesiástica con respecto a las condiciones de la fe. Se estaba predicando con la vuelta al cristianismo primitivo. Todo ello venía de los antecedentes medievales del agustinismo¹⁷ que propugnaba por el cumplimiento de las consignas de pobreza, obediencia y austeridad, y de la vía mística. La irrupción del humanismo¹⁸ en la cultura, la sociedad y educación, también afectó a la doctrina católica.

En el parámetro político, el gran poder en la Tierra del Papa trajo consecuencias adversas en la relación con algunos de los reyes que miraban con descontento la concentración de la influencia del Obispo de Roma en los asuntos que iban más allá del plano de la fe. La Iglesia actuaba como un auténtico Estado y movía sus fichas en el tablero de ajedrez del poder europeo. La corrupción que existía dentro de la Institución papal y los escándalos surgidos en su seno habían recibido las críticas más feroces incluso de los teólogos de la conciliación que empezaban a apoyar que el Concilio debía ser la autoridad superior, incluso por encima del Papa (Suárez Villegas, 2010, 174-175). Por su parte, el cambio en el plano económico muestra la gran diferencia entre la economía monetaria de la ciudad, madre incipiente del capitalismo, y la economía campesina ligada a la agricultura y estancada en su crecimiento, que también tiene su reflejo en el alto y bajo Clero.

Todos estos componentes cristalizaron en lo que se conoce como la Reforma protestante que supuso una auténtica revolución eclesiástica en la Europa Occidental dominada durante toda la Edad Media por la Iglesia católica (Gaarder, Hellern y Notaker, 2016, 213-214). A esta Reforma se la conoce como «el movimiento de renovación evangélica surgido en Alemania en la segunda década del siglo XVI y promovido por el monje agustino Martín

¹⁷ San Agustín, entre otras muchas cosas, establecía que la naturaleza del ser humano estaba afectada por el pecado original y que esta perjudicaba tanto a su entendimiento como a su voluntad. Dicho concepto es compartido, en parte, por reformadores como Lutero.

¹⁸ Juan Calvino, una de las grandes figuras de las Reformas Protestantes, estaba formado en el Humanismo.

Lutero (1483-1546)» (Filoramo, Massenzio, Raveri y Scarpi, 2012, 167). Los y las expertas manejan la fecha de 1517 como inicio de esta Reforma, cuando Lutero publicó sus noventa y cinco *Tesis* en la víspera de Todos los Santos, y la fecha de 1564 como final de este período, con la muerte de Juan Calvino (1509-1564) (Márquez Carrasco, 2010, 256).

Pero a la Reforma protestante se le puede otorgar perfectamente la denominación de «Reformas» ya que no surgió de un único pensamiento sino que diferentes autores con un proyecto común fueron después diferenciándose en cuestiones doctrinales, espirituales, institucionales e incluso de interrelación con la sociedad. Este es un movimiento muy complejo que tiene cuatro características principales: es internacional, multiforme, unitario, en cuanto a su núcleo esencial, y constante (Filoramo, 2001, 452-456). Es internacional porque surgió en varios puntos de Europa y más adelante se expandió por muchas de las regiones colonizadas en ese momento. Hay que señalar que aunque Lutero fue el que tuvo la iniciativa, lo cierto es que en otras zonas de Europa aparecieron simultáneamente rupturas religiosas y filosóficas de este tipo.

Asimismo, es una corriente multiforme ya que «la reforma clásica» (Filoramo, Massenzio, Raveri y Scarpi, 2012, 180-181)¹⁹ nació pluriforme. «Desde un principio su pluralidad fue congénita y caracterizó su unidad, profunda por una parte y precaria por otra» (Filoramo, 2001, 453). En el inicio, los autores reformistas tuvieron diferentes visiones en cuanto a la doctrina a seguir y todo lo que ello implicaba. Esta situación llevó a la aparición de diversos protestantismos (Márquez Carrasco, 2010, 256; Rivera García, 2010, 210-211; Filoramo, Massenzio, Raveri y Scarpi, 2012, 169-170)²⁰ con

¹⁹ El Anglicanismo, que se inserta dentro de los Protestantismos, tiene sus propias reglas de nacimiento. Está unido a la figura del rey Enrique VIII (1509-1547). Surge por razones políticas y personales del monarca más que por razones teológicas o ideológicas. La separación de Inglaterra de la doctrina romana no responde a que Enrique VIII fuera un luterano o protestante convencido, sino a su enfrentamiento con el Papa por su divorcio con Catalina de Aragón. De hecho polemizó con las hipótesis de Lutero e incluso persiguió a los evangelistas ingleses durante la década de los años veinte del siglo XVI. La iglesia anglicana establece, tanto por mandato real como parlamentario, que el rey es el «jefe supremo en la tierra», creando una Iglesia nacional. Esta confesión mantenía una gran semejanza con la dogmática y la liturgia católica, pero predicaba la separación con la jerarquía de la Iglesia romana. De todas maneras, fue la puerta de entrada, en este Estado, de numerosas confesiones protestantes. Más adelante esta fe evolucionó compaginando elementos católicos, luteranos y calvinistas. La historia religiosa inglesa es altamente recomendable, sumamente compleja y decisiva para numerosos acontecimientos de la realidad constitucional y parlamentaria inglesa.

²⁰ Las Reformas Protestantes fueron pluriformes y multiformes. Los diferentes autores de esta doctrina que divergieron en los razonamientos primigenios de Lutero llevaron a la práctica la heterogeneidad de las distintas visiones cristianas de la Reforma que fue-

una raíz común pero con elementos divergentes. La pluriformidad conllevaba la defensa del principio de la libertad de conciencia desde el ámbito religioso ya que ante los distintos protestantismos era necesario un respeto común. Este elemento multiforme también se evidenció en las concepciones políticas que manejaban los protestantes, ya que este movimiento reformador llevó sus convicciones más allá de la teología, con el fin de establecer una sociedad y un estado diferente basado en su fe. Es verdad que no instituyó una teoría política sistematizada, homogénea e igualitaria entre todos sus miembros y con un razonamiento claro. Tanto es así que los propios autores fueron variando, en ocasiones, sus planteamientos sobre cuestiones básicas en cuanto a la forma de organización del poder.

ron trasladadas a diferentes territorios. Además de Lutero, Calvino (1509-1564) fue el otro gran referente del movimiento. Este autor ginebrino que fue uno de los principales en cuanto a la implantación de la reforma y su posterior difusión, escribió la Biblia de Ginebra en 1560, y tiene una explicación que concuerda en muchos puntos en Lutero, pero también difiere en muchas de las cuestiones primordiales de las argumentaciones del autor alemán. Se le conoce por haber establecido la jerarquía eclesiástica más eficaz dentro de las confesiones protestantes. Sus concepciones se expandieron a otros lugares como Francia, Países Bajos, Escocia y las trece colonias americanas, aunque cada región y sus fieles adaptaron las reflexiones de Calvino a sus propias circunstancias culturales, sociales, territoriales y políticas; lo que muestra la gran heterogeneidad del Protestantismo. Muchos autores lo definen como el político de la Reforma. Desde luego la complejidad teológica y jurídica de Calvino es apabullante y sumamente enriquecedora, y a nivel espiritual tuvo un gran papel, suya es la idea de la voluntad divina y de la predestinación de los hombres. En cuanto a su conceptualización política, defendía la concepción de una sociedad reformadora; es decir, lejos de fundar sociedades aisladas de creyentes sin relación con el resto de los espacios de la convivencia social, Calvino defiende el respeto a las instituciones temporales, a las instituciones políticas, sin sacralizarlas. En esta misma línea, no es un separatista Iglesia/Estado en sentido estricto, ya que entiende que el poder político y las leyes derivadas de él son parte del ámbito terrenal y no tienen una dimensión divina, pero éstas sí deben buscar los objetivos de Dios, que son la justicia y el bien común a través de la equidad y la caridad.

Pero otros pensadores también desarrollaron distintas doctrinas protestantes, como por ejemplo Ulrich Zwinglio (1484-1531), que fue discípulo de Lutero e implantó la Reforma en Suiza. A pesar de compartir muchos análisis con su maestro, también evolucionó en cuanto a su razonamiento y llevó a posiciones más radicales elementos como la prohibición y el repudio de las imágenes. Además, a este autor se le reconoce la creación de una Iglesia más ordenada e independiente del poder político que la luterana.

Los anabaptistas formaron el ala más radical dentro del Protestantismo ya que estaban en contra de la religión de masas. Ellos creían en comunidades cerradas y en fieles que no podían participar en la vida pública y política del Estado. Y además, estaban en contra el bautismo infantil. Alguno de los autores más destacados fueron Guillermo Reublin y Juan Brötl.

No obstante, este también es un movimiento unitario ya que su núcleo esencial ha sido compartido por todos los credos derivados de esta doctrina religiosa: la palabra de Dios es la única que renueva y la única capaz de alcanzar la salvación a través de la fe en Cristo. Es decir, para esta doctrina religiosa la única autoridad es la Biblia²¹, descartando la tradición. Sólo ella contiene la palabra de Dios y, por tanto, su autoridad es superior a la autoridad de la Iglesia y a la del Papa. Así, las Reformas protestantes pusieron en jaque a la organización institucional eclesiástica. Eliminó a los intermediarios de la palabra de Dios, como los Santos y la Virgen que dejaron de ser objetos de devoción para ser modelos a seguir, y otorgó una función principal a los laicos, esto es, a los creyentes no ordenados, que tenían prohibido la lectura de la Biblia por la Iglesia Católica (Filoramo, Massenzio, Raveri y Scarpi, 2012, 168-169).

Finalmente, es un movimiento constante porque aunque su punto de partida comenzó en 1517, estamos ante una corriente cristiana que ha ido creciendo a lo largo de los siglos y ha ido cambiando según evolucionaba la sociedad. Además, diferentes formas de protestantismo han ido apareciendo desde la Reforma en adelante, en sentido estricto. Igualmente, existen interesantes precedentes como John Wyclif (1320-1384), que ya difundía en el siglo XIV que la voluntad de Dios era accesible a todo el mundo a través de la Biblia (Wyclif, 1382).

Este credo no sólo hablaba de religión, espiritualidad y fe, sino que también tuvo repercusión en la rama filosófica y humanista, tratando tanto la naturaleza del ser humano, las características de la sociedad, la ciencia y el poder en sí mismo (Suárez Villegas, 2010, 165-168). Sin olvidar su trascendencia religiosa y su visión de Dios, piedra angular de su existencia, debemos entender que sus incursiones en otros espacios de pensamiento y práctica afectaron de manera trascendental a la sociedad del siglo XVI que salía de la premodernidad y empezaba a adentrarse en la modernidad. Los postulados que conformaban al individuo durante la Edad Media comenzaron a ser sustituidos por nuevos valores que estarían en la base de los individuos protagonistas de las revoluciones liberarles de los siglos XVII y XVIII.

Uno de los elementos de la filosofía reformadora, en todas sus doctrinas, fue su visión de la palabra de Dios, es decir, el nexo de los fieles con el «Creador» debía ser individual y por tanto directo, sin intermediarios. Para conseguir esa relación directa había que profundizar en la lectura de la Biblia que era donde venía la palabra del Señor. Esta idea, que en realidad volvía al cristianismo primitivo, fue absolutamente revolucionaria en esta época

²¹ Para Lutero era fundamental estudiar profundamente el griego y el hebreo como lenguas originales de la Biblia, de hecho sigue siendo parte la formación de los sacerdotes luteranos.

porque amenazaba a la autoridad eclesiástica católica y a su interpretación de las Sagradas Escrituras. Durante la Edad Media, la población conocía la palabra del «Salvador» a través de las interpretaciones del Clero y de la máxima autoridad de éste. El protestantismo criticó que el catolicismo de esta época estuviera muy alejado de la fe y se hubiera instalado en tradiciones religiosas que nada tenían que ver con la raíz de la creencia cristiana y que eran utilizadas en el propio beneficio de la institución, no de los fieles. Por ello, utilizaron la educación para instruir a la comunidad en el conocimiento directo de las Escrituras. La invención de la imprenta apoyó este modelo. Además, supuso la alfabetización de muchas personas que, al tener mayor conocimiento, participaban de forma más activa en su círculo religioso pero también en el social (Suárez Villegas, 2010, 166-173). La simplificación de los oficios religiosos, haciéndolos más accesibles para la comunidad, también fue uno de los puntos fuertes de esta Reforma.

Unida a todas estas nociones se desarrolló otro argumento. El poder de la Iglesia Católica era tan vasto que se había expandido también hacia el ámbito civil de los Estados o territorios. Así, la no separación Iglesia/Estado era tal que las personas podían comprar «indulgencias» para perdonar sus pecados, incluso si éste coincidía con un delito civil. Ello traía consigo una situación de desigualdad clara, las personas con posibilidades económicas podían acceder a esta clase de justicia mientras que el estamento social más pobre no tenía acceso ni al perdón divino y a su salvación, ni a la condonación civil de sus delitos. La Reforma criticaba la concentración del poder moral, económico y político de esta Institución.

Los reformadores sostenían que todas las actividades profesionales eran igual de importantes para Dios y no había diferencias entre los fieles por razón de su trabajo. Ello suponía que el sacerdocio no estaba por encima del resto de actividades profesionales, era una función más dentro de la Iglesia, pero en ningún caso creaba dos categorías distintas de creyentes. Estaban en contra de la autoridad moral del clero católico. Los hombres sólo eran responsables antes Dios, por tanto el Clero no podía exigirles responsabilidad de ningún tipo, ni espiritual y moral, ni por supuesto civil. Los pensadores protestantes criticaban la jerarquía católica y defendían un valioso papel de la comunidad frente al rol de las autoridades, que suponía poner en entredicho la soberanía del Papa (Márquez Carrasco, 2010, 256).

Como bien dice Juan Carlos Sánchez Villegas, «la Reforma protestante es ante todo una crítica a un catolicismo caduco e institucionalizado que había degenerado en burdas formas de dominación social a través de sus prerrogativas religiosas. La religión convertida en servidumbres que rindiesen los méritos suficientes para ser merecedor de la gracia divina. Esta será la idea contra la que combatirán todos los reformadores, que presentan la fe como una acción de Dios en la persona, un regalo que otorga capacidad de percibir

la vida con una fuerza renovada que genera un cambio en su naturaleza» (Suárez Villegas, 2010, 167). Este autor defiende una reflexión que resulta muy esclarecedora: la Reforma planteó una «Iglesia invisible» que se sustentaba en la fe de las personas practicantes, frente a la «Iglesia visible» y organizada bajo una fuerte estructura jerárquica que con el devenir de los tiempos se había empapado de los defectos desarrollados por la ambición del poder.

Pero las consecuencias de esta argumentación van más allá. La vida del creyente según los reformadores no era una vida pasiva donde se realizaban obras para buscar la gracia del «Creador», sino que debía seguir un modelo justo, un modelo de vida protestante, y para eso las personas tenían que convertirse en sujetos activos de su propia vida. Y este argumento se trasladaba al espacio social y político, donde también se debía seguir este prototipo reformador. Para conseguirlo era necesario que los seres humanos pudieran desarrollar en libertad su fe, esto es, era indispensable que se respetara su conciencia como individuo. Así, la libertad y el individualismo se convirtieron en elementos inapelables para desarrollar la fe protestante en todos los espacios de la vida (Troeltsch, 1958, 17-18).

Como ya hemos visto, el sacerdocio no existía de la misma manera que en la Iglesia católica. Para el protestantismo era la comunidad de fieles en su conjunto la que tomaba las decisiones sobre la dirección y la gestión de su vida espiritual. Es decir, determinaban conjuntamente sus resoluciones, basadas en la libre asociación de sus miembros. Dicha doctrina es precedente del argumento liberal que fundamenta la organización política de un estado en un pacto entre ciudadanos iguales²².

Planeaba también el asunto de que la Iglesia no podía situarse fuera de lo que pasaba en las sociedades –no desde la injerencia católica, donde se había llegado a una corrupción también del poder civil y político–, sino que con las acciones de todos y cada uno de los miembros de la institución eclesiástica había que reformar la sociedad. Y aunque no estamos ante la separación estricta Iglesia/Estado tal y como la conocemos actualmente, sí se muestra una concepción profunda y distinta de cómo la religión debe afectar y estar presente en todos los ámbitos de un país. Pero muchos reformadores abogaban por la disociación entre la comunidad política y la comunidad religiosa, en cuanto a sus funciones. Según Juan Carlos Suárez Villegas, los cristianos tenían como objetivo vital «convertir su fe en el motor activo frente a una sociedad que le impida vivir con valores cristianos», y dicha forma compleja de entender la correlación del individuo con la Iglesia, «como una asociación

²² Esta teoría liberal que cambió la forma de organización política del mundo moderno pero que también tuvo grandes contradicciones ya que en la práctica ese pacto entre ciudadanos iguales no era universal. En el concepto de ciudadanía no se incluían ni a las mujeres, una gran parte de la sociedad, ni a los esclavos.

voluntaria de creyentes», afectaba también al concepto de «participación política y, por ende, a la noción de ciudadano» (Suárez Villegas, 2010, 180).

Desde este punto de vista, Calvino hizo una reflexión sobre la separación del poder temporal y el poder espiritual desde las raíces de la libre conciencia. Para este autor la dimensión interior del pensamiento del individuo dependía de la trascendencia, de Dios, y por esa razón quedaba excluido de la injerencia de las leyes políticas exteriores y no divinas, defendiendo la conceptualización de los derechos subjetivos (Troeltsch, 1958, 22-ss.). Además, el siguiente paso en la deducción de Calvino fue que esa defensa de la libertad de conciencia evolucionara hacia la protección de la libertad de cultos, sobre todo porque durante muchos años estaba prohibido profesar el credo reformador de Calvino. Hubo que esperar hasta 1648 para que fuera permitida (Suárez Villegas, 2010, 215-220). Esta defensa de la libertad de cultos se basaba fuertemente en la noción de tolerancia como posibilidad de elegir la fe. Frente al monopolio cristiano de la Iglesia católica se abogaba por abrir el abanico a la hora de elegir otros cultos. Ahora bien, no entraba en la tolerancia ni en la libre elección de que los individuos pudieran optar por ser ateos o laicos, que no tuvieran una religión (Peces-Barba Martínez, 1989, 61). Es por eso que todavía no estamos ante una plena libertad de conciencia y religiosa, tal como se entiende hoy en día. La concepción de tolerancia es mucho más adecuada para este momento histórico y social. Todo ello nos lleva hacia el argumento de que los protestantes utilizaron su dogma como un núcleo intocable por el poder político, convirtiendo su identidad religiosa en un límite a dicho poder estatal. En este mismo sentido, y en lógica con la lucha y con los acontecimientos que rodearon a esta Reforma, la libertad para decidir sobre la fe del ser humano debía ser también inquebrantable.

Finalmente, los pensadores de este movimiento como Calvino o Lutero también razonaron sobre la resistencia al abuso y al exceso del poder del rey. Ellos eran defensores del *ius resistendi*²³, no del tiranicidio. Estos autores propugnaban que el pueblo debía reflexionar sobre cómo habían acabado en esa situación. Este *ius resistendi* se configuraba como un derecho que poseía la sociedad para enfrentarse legítimamente al poder político temporal, encarnado en una autoridad —el rey—, cuando hubiera llevado a cabo conductas que se consideraran ilegítimas (Carvajal, 2000, 343-346; Hancock, 1989, 27;

²³ Este *ius resistendi* no nace con el protestantismo, sino que existe anteriormente en la filosofía política de Occidente. Ya autores medievales como Guillermo de Ockham y Marsilio de Padua tuvieron una importante contribución en este concepto. Además, este derecho a la resistencia se configura como uno de los fundamentos reconocidos en las declaraciones de derechos de los estados liberales. Así se produjo en la Revolución francesa, que se constitucionaliza como un derecho natural e inalienable, en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano.

Carvajal, 1992, 78-79). Pero sobre todo, ambos defendían que otros poderes intermedios, antes de llegar al monarca o al emperador, tenían la responsabilidad de acabar con dicha realidad. Esta cuestión se puso en práctica en el Imperio germano, donde los príncipes alemanes fueron instados, y así lo hicieron, a luchar contra el Emperador Carlos V para defender la libertad de elección de la fe por parte de la ciudadanía (Edelmayer, 2001, 152-153).

Una de las claves de estas Reformas no fue el protestantismo en sí, por lo menos desde la óptica de la organización del poder, sino la ruptura con la Iglesia católica. Ello acarreó consecuencias en el panorama político europeo que se entremezcló con el conflicto religioso. Lutero, tras la publicación de sus noventa y cinco *Tesis*, fue perseguido por la Iglesia católica y la bula papal *Exsurge Domine*, publicada el 15 de junio de 1520 por el Papa León X, buscaba la retractación en cuanto a sus hipótesis. La quema de dicha bula por parte del protagonista de la misma supuso su excomulgación el 3 de enero de 1521²⁴. La protección del príncipe de Sajonia, Federico el Sabio, consiguió evitar su condena.

A partir de este momento el luteranismo comienza a divulgarse por el Imperio. Por un lado, muchos príncipes vieron con buenos ojos este carácter rupturista del nuevo cristianismo, pero dicho espíritu también fue acogido por los sectores más descontentos de la sociedad. La baja nobleza y el campesinado germano basaron sus acciones en estas nuevas hipótesis para iniciar revueltas contra príncipes y contra el Emperador que tuvieron un fin muy sangriento²⁵. Lutero fue contrario a estos movimientos del pueblo y giró su mirada hacia los príncipes alemanes en el razonamiento de que la Iglesia y el Estado no iban separados y la primera tenía la responsabilidad de activar el sentido cristiano en la vida social y política de una ciudad (Filoramo, Masenzio, Raveri, Scarpì, 2012, 170), y de un reino. En 1535 cincuenta y una ciudades libres alemanas habían implantado la Reforma. La visión del hombre como un ser legítimo con las cualidades necesarias para desarrollar sus creencias, más allá de lo que dijera una organización institucional religiosa, dio también poder al individuo como ser político para participar en la sociedad por razón de su fe (Suárez Villegas, 2010, 166). Esta idea fue utilizada por los príncipes para reivindicar el poder político frente al Emperador.

Como la Reforma no sólo surgió con Lutero, otros pensadores europeos, impulsados por su arranque, emprendieron también una lucha de implantación política de los distintos movimientos protestantes. Es el caso de Estrasburgo con Martín Bocero, Zúrich con Zuinglio, o Ginebra con Juan Calvino. Otros lugares donde la Reforma se propagó y se implantó con distinto ritmo fueron Suecia, Noruega o Escocia. Desde luego cada ciudad, reino y región

²⁴ Bula papal *Decet Romanun Pontificem*.

²⁵ «La revuelta de los caballeros», de 1522, y la «guerra campesina» de 1524 a 1525.

tuvo su propio contexto y sus propios elementos que marcaron las diferencias entre unos y otros, y por tanto no hubo una uniformidad estricta en la expansión de este movimiento ni en la relación que nació después de su implantación con la Iglesia católica.

Todo este apoyo a las Iglesias de la Reforma trajo consigo el divorcio con la organización católica. Aun así, los príncipes alemanes buscaron una conciliación religiosa con el fin de mantener la paz entre las diferentes regiones del Imperio. Se celebraron coloquios y dietas que tenían como objetivo resolver las diferencias entre las distintas confesiones reformadoras, así como acercar el protestantismo y el catolicismo en una convivencia pacífica. Pero la confrontación llegó con las guerras religiosas que afectaron al Imperio en la lucha entre Carlos V y los príncipes germanos, pero que también tuvieron consecuencias en otros lugares del continente europeo. La paz de Ausburgo de 1555 puso sobre el tapete la división confesional de Europa, y se reconocieron la católica y la luterana. En esta paz se estableció el principio *cuius regio eius religio*, el que gobierna una región o un territorio determina cuál es su religión. No se reconocía la libre actuación religiosa de los individuos, sólo se reconocía la del príncipe. Así, sus súbditos debían profesar la misma confesión que quien los gobernara. No obstante, también se instauraba el derecho de aquellas personas que no profesaran la religión del príncipe a emigrar. Estamos aquí ante un concepto primitivo de tolerancia, que fue un primer paso importante para poder seguir el camino hacia la futura libertad religiosa.

Sin embargo Europa, aunque había dado pasos, seguía sin reconocer numerosas doctrinas protestantes que tenían su implantación entre la sociedad de algunas ciudades y que no podían ser ignoradas debido a su relevancia religiosa y política. Habrá que esperar hasta el final de la confrontación de los Treinta años (1618-1648), con la firma de la Paz de Westfalia, para que se produjera el reconocimiento de la Iglesia calvinista. La historia nos muestra que en esta lucha por el reconocimiento confesional no siempre las dos grandes Iglesias protestantes actuaron conforme a lo que predicaban para ellas. Durante el siglo XVI fueron apareciendo diferentes grupos que entendían la Reforma y el cristianismo desde una visión distinta a la católica, a la protestante y a la calvinista. Estas comunidades fueron perseguidas incansablemente por las tres Iglesias establecidas. Es el caso de los baptistas o los socinianos, entre otros (Kamen, 1987, 22-72). Sucede entonces con estas doctrinas lo mismo que sucedió con la fe católica y con la luterana en sus orígenes: cuando eran proscritas por el poder establecido (el Imperio Romano, el Sacro Imperio Romano Germánico o la propia Iglesia Católica) defendían fehacientemente la tolerancia y la libre elección de culto. Pero cuando se aunaron con el poder, en el Imperio romano o con los príncipes alemanes, persiguieron a todos aquellos que no pensarán y actuarán como ellos, ya que

en el núcleo de esta actuación se encontraba el pensamiento de ser las únicas Iglesias verdaderas.

Mientras, comenzó un movimiento dentro de la organización católica que buscaba frenar el avance de estas nuevas confesiones. A dicho movimiento se le conoce como la Contrarreforma. La irrupción del protestantismo, en sentido amplio, supuso un cisma religioso para la Europa católica que dividió no sólo a la cristiandad sino también a las sociedades. Fue con la celebración del Concilio Ecuménico de Trento, en 1545, que se quiso iniciar el camino reformador de la Institución apostólica y romana. Varias cuestiones fueron tratadas. Entre ellas, la reestructuración de la organización eclesiástica, la transformación de las órdenes religiosas volviendo a la tradición, y la renovación moral e intelectual del Clero con el fin de acabar con la corrupción que había asolado a esta Iglesia durante gran parte de la Edad Media. Este Concilio también ratificó la supremacía papal frente a otros órganos como la asamblea de los obispos (Pesch, 2002, 267-281). En este Concilio se trató, en numerosas de sus sesiones, la cuestión del protestantismo y la posibilidad de mantener un diálogo con sus defensores, hecho que finalmente no llegó a materializarse. Uno de los protagonistas políticos destacados en este Concilio, fue Carlos I de España y V de Alemania (Letocha, 2005, 3-34).

Fue la Paz de Westfalia, y sus Tratados, los que trajeron consigo la igualdad de la confesión católica, luterana y calvinista, además del nacimiento de un nuevo tipo de relaciones internacionales entre los estados y del desarrollo del primer modelo capitalista. Además se estableció la posibilidad de que aquellas personas no pertenecientes a ninguna de estas tres organizaciones religiosas pudieran, de manera privada, realizar los actos de aquella fe que dictara su conciencia. Así, los Tratados reconocían el principio de tolerancia, en este caso de cultos. Marcó el inicio hacia la futura pluralidad religiosa confesional en el viejo continente y en otros territorios. Porque la Guerra de los Treinta años, que se produjo por diferentes motivos territoriales, de poder y económicos, también tuvo un fuerte componente religioso y cultural. La división europea entre protestantes y católicos fue una de las causas principales de este conflicto bélico (Márquez Carrasco, 2010, 260-262)²⁶.

²⁶ Dicha contienda comenzó en el Imperio Romano Germánico, gobernado por la Dinastía de los Hausburgo, fuertemente católica, que quería, entre otras razones geopolíticas, dominar el territorio a nivel religioso. Pero fueron interviniendo distintos países que eligieron bando dependiendo de si apoyaban al Protestantismo o al Catolicismo. Con respecto a la primera confesión religiosa, apoyaron a los príncipes alemanes países como Dinamarca, Suecia, Provincias Unidas (Holanda en su gran mayoría) e Inglaterra. Del lado católico se situó el Imperio español. Francia se unió a la liga protestante, a pesar de ser católica, porque sus motivos principales para entrar en la contienda no versaban sobre religión.

Esta Paz aseguraba el respeto de cultos religiosos en todo el Imperio proclamando por escrito la tolerancia religiosa, la libertad de conciencia y la libertad de culto. Unido a ello, se puede dilucidar que se produce un debilitamiento del Imperio²⁷, porque como proyecto político empezaba a tambalearse dando paso a estados hegemónicos, basados en el concepto de soberanía de Hobbes (Hobbes, 2014, 153-178) o Bodino (Bodino, 1997, 54-65). Asimismo, su nueva posición arrastró a la Iglesia católica que veía como sus aliados más significativos, el Imperio Germano y el Imperio español, perdían posiciones dentro del tablero político y económico europeo. Y así, la Contrarreforma también se vio afectada negativamente por esta Paz de Westfalia. Igualmente, el centro neurálgico del continente se trasladó hacia el norte, hacia la actual Holanda y la Inglaterra de corte protestante, centro que antes estaba más ubicado en las regiones católicas (Márquez Carrasco, 2010, 264-266). Es por todo ello que lo que se origina con estos Tratados de Paz es conocido como «paradigma Westfaliano», es decir, el nacimiento de los Estados nacionales soberanos (Toscano Franca Filho, 2006, 100-104).

IV. EL SINUOSO CAMINO DE LA FORMALIZACIÓN DE LOS DERECHOS EN ESTADOS UNIDOS Y SU RELACIÓN CON LAS REFORMAS PROTESTANTES

Desde la segunda mitad del siglo xvii y durante toda la siguiente etapa, los diversos cambios que habían comenzado un siglo antes continuarán su andadura hasta cristalizar en las revoluciones liberales. El razonamiento ilustrado que inundará este momento con su fundamentación en la razón y la ciencia, la separación y el equilibrio de poderes y el concepto de ley como la voluntad general del pueblo²⁸ estarán en la base del futuro estado liberal

²⁷ La Paz de Westfalia también supuso la autonomía de los príncipes alemanes dentro del Imperio. Podían elegir su religión pero también tenían capacidad para negociar y crear acuerdos con otros Estados, siempre y cuando no fueran en contra del propio Imperio. Esta situación de autonomía y competencia propia siendo parte de un Imperio es el antecedente del federalismo que se instaura más adelante en el Estado alemán.

²⁸ La ilustración se basa en la razón, es decir, para desterrar el oscurantismo, el despotismo y el absolutismo de otras épocas debemos utilizar la razón y debe ser la máxima para poder entender el mundo donde vivimos. Y ello supone que si utilizamos nuestra razón podremos ser por fin libres y a la vez ser responsables de nuestras actuaciones. Lo que nos diferencia de otros seres vivos justamente es esa razón. Así que se dan dos procesos: uno de racionalización y otro de emancipación, las personas dejan de ser menores de edad dirigidos por un monarca absoluto. Y como consecuencia de esto último, las sociedades en su conjunto comienzan a funcionar basándose en principios racionales y aceptados de manera universal. Dejan de regirse por la autoridad despótica o por las verdades divinas.

(Barrero Ortega, 2000, 94) y en el nacimiento, por primera vez, de auténticos derechos individuales, subjetivos y de fundamentación universalista. La idea de tolerancia (Locke, 1999) formará parte de la estructura dogmática de la libertad religiosa que se configurará en estos siglos y que será una de las importantes puertas de entrada de los demás derechos y de su sistematización en declaraciones (Böckenförde, 1994, 44-63; Peces-Barba Martínez, 1993, 405; Barrero Ortega, 2000, 95)²⁹. Asimismo, el afianzamiento del *ius resistendi* y su nexa con la libertad ideológica formará parte de los postulados liberales (Carvajal, 1992, 88-94).

Es ahora también el momento en el que el individualismo que ya se venía anunciando desde el ámbito reformador, entendiendo la relación de Dios directamente con el ser humano y la importancia de cómo viven su creencia religiosa, toma una dimensión más amplia y supera el nivel de la fe para saltar a los espacios políticos. La relación con el estado se produce directamente entre el individuo y este, sin que pase por la sociedad entendida como una comunidad sin identificación personal de sus miembros.

Este nexa se plantea a través del pacto entre el ser humano y el poder, donde las personas deciden dotarse de un régimen político de manera libre. Son ellas las que establecen cómo se organizarán políticamente y quiénes representarán a los tres poderes del Estado. Desaparece la concepción del poder divino y se implanta la concepción de que son los hombres y también las mujeres –aunque no todos los autores están de acuerdo con la libertad y la racionalidad de ellas– las que deciden sobre su propio presente y futuro. Se conocen como las teorías contractualistas. Asimismo, estos pensadores confirman la existencia de los derechos y libertades de las personas, que son inherentes a ellas y que no pueden ser arrebatados o eliminados ni siquiera por el poder estatal.

Otro de los hechos destacables fue la secularización que se produce en estos siglos. Ya observamos que en la etapa medieval, prácticamente todos los espacios de la vida estaban inundados por los valores y principios religiosos y por el poder que la Iglesia ejercía en la política y el Derecho. La llegada de los reformadores y la irrupción de la racionalidad, y del valor del método experimental y científico, provocaron el alejamiento de la costumbre y la superstición anterior. Pero esta reflexión sobre la secularización afectó en gran medida al poder político y a la correlación entre la Iglesia y el Estado (Berger, 1983, 123-ss.).

²⁹ Varios autores establecen que el nacimiento de la libertad religiosa no surge de un puro y único pensamiento racional, sino que surge de los acontecimientos históricos que se sucedieron con y tras las Reformas Protestantes. Será después de estos acontecimientos cuando se dote a la libertad religiosa de una argumentación racional.

La noción de tolerancia tiene entre el siglo XVI y el siglo XVII un momento de debate crucial compuesto tanto por fundamentos teóricos como por fundamentos históricos que se dieron en esa fase. La semilla de la tolerancia fue uno de los gérmenes que desembocó en el liberalismo que se extendió por el mundo contemporáneo entre los siglos XVIII y XIX (Russel, 2010, 150-ss.) ya que, entre otras cosas, se configuró como un símbolo frente a las intromisiones del poder político en la actuación del individuo. Uno de los hechos que tuvieron consecuencias directas con respecto a la concepción de la tolerancia fueron las luchas de religión (Barrero Ortega, 2000, 102-103)³⁰. Éstas se alargaron hasta la Paz de Westfalia y produjeron un gran hastío para la sociedad y los gobernantes del momento. Por tanto, la búsqueda de la tolerancia y de la transigencia en aquellos territorios donde los conflictos religiosos se vivieron durante décadas, fue un gran aliado para buscar el restablecimiento de aspectos cotidianos propios de una vida estatal más o menos ordenada.

Los pensadores ilustrados fueron más allá del concepto de tolerancia reclamado durante los siglos anteriores (Voltaire, 2013, 48-50). Ya no creían en una tolerancia que sólo buscaba la no persecución de las religiones cristianas o la simple aceptación de las mismas. Es ahora cuando se empiezan a deslizar hacia la configuración de la libertad de conciencia y religiosa (Locke, 1999). Gregorio Peces-Barba establece cinco elementos para entender, en este primer momento histórico, cuál es el contenido que se puede desprender de estos derechos. Primeramente, era un derecho de autonomía en el que nadie podía interferir en la conciencia del individuo que la practicaba. En segundo término, sólo se protegía la conciencia religiosa, no había cabida para los ateos o los laicos. En tercer lugar, este derecho actuaba frente al poder político, pero también iba a actuar frente a las tres grandes Iglesias establecidas oficialmente desde la Paz de Westfalia –y la anglicana dentro de la Calvinista-. En cuarto y quinto término, aunque seguía prevaleciendo el derecho individual a la libertad religiosa, se reconoció de manera limitada la libertad de culto, aunque dependía de cada Estado (Peces-Barba Martínez, 1989, 62).

La puesta en práctica de la libertad de conciencia y la libertad religiosa sólo pudo llevarse a cabo con el planteamiento de la separación Iglesia/Estado. La Reforma otorgó autonomía al creyente frente al poder político, pero eso no significó la defensa por parte de los luteranos, calvinistas y resto de protestantes de esta separación. Aunque dependiendo de qué comunidad o confesión, podía haber una intención más o menos alejada de sus actuaciones

³⁰ Así, en 1578 Guillermo d'Orange intentó crear un acuerdo con España para reconocer equitativamente a las confesiones católica y protestante, y aunque no tuvo éxito y la división religiosa en las Provincias Unidas continuó a través de enfrentamientos bélicos, es un ejemplo de la búsqueda de tolerancia religiosa.

religiosas y de sus organizaciones eclesiásticas con respecto al poder estatal, pero no se abogó por una separación rigurosa³¹. Habrá que esperar a la llegada de la filosofía ilustrada para que aquellos componentes reformadores que podían conjugarse perfectamente con la separación entre el poder temporal y el poder espiritual tuvieran éxito.

No obstante, no fue un camino sencillo ya que las tres Iglesias reconocidas no estaban de acuerdo con ello. De un lado, la Iglesia católica no reconoció ni aceptó la concepción ilustrada y se enrocó en el tradicionalismo, rechazando la libertad religiosa y la aconfesionalidad del Estado³². Pero las Iglesias protestantes tampoco querían perder su rol en el poder político de aquellos estados que habían acogido que el Jefe del mismo fuera también la cabeza de la Iglesia³³. Ello trajo consigo que la libertad de conciencia y religiosa que comenzó a plantear la Ilustración y que se expandió con el liberalismo, no fuera aceptada en un primer momento por las mencionadas Instituciones eclesiásticas. A pesar de ello, se implantó en la filosofía de estos siglos que sólo una separación de este calibre podía conseguir que se ejerciera la libertad de conciencia y la libertad religiosa (Souto Paz y Souto Galván, 2010, 23-24; Peces-Barba Martínez, 1989, 62-64).

La doctrina que había detrás de la libertad de creencias tuvo una especial relevancia en las trece colonias americanas de Inglaterra. La Ilustración y sus postulados y la influencia protestante en los derechos y libertades no se produjo en exclusiva en Estados Unidos. Gran Bretaña o Francia son países que tuvieron también revoluciones liberales y en los que podemos encontrar muchos de los elementos que se dieron en este Estado. No obstante, he decidido centrarme en este momento en Estados Unidos para mostrar un ejemplo de país en el que se puede apreciar la influencia de las Revoluciones protestantes en la configuración de la libertad religiosa y del resto de libertades y derechos, en mayor o menor medida. Desde luego, no es el único modelo, pero sirve para plasmar algunas de las cuestiones que han sido expuestas en los apartados anteriores. De ahí su desarrollo en estas líneas.

Desde finales del siglo XVII y durante todo el siguiente siglo, numerosos sucesos acontecieron en América del Norte. Entre ellos, el incremento exponencial de su población, que se debía al crecimiento vegetativo de la misma

³¹ De hecho Lutero no era partidaria de ella.

³² Habrá que esperar hasta la celebración del Concilio Vaticano II en 1965 para que la Iglesia Católica reconociera la libertad religiosa y la aconfesionalidad estatal.

³³ De hecho la aconfesionalidad en muchos Estados protestantes ha sido muy complicada o todavía no se ha producido. Aunque también es cierto que dicha vinculación Iglesia/Estado se ha compaginado con el respeto de otros cultos y actualmente no hay, en principio, Estado democrático que no reconozca el derecho a la libertad religiosa, independientemente de su Iglesia nacional.

y al gran flujo de inmigración que se produjo a partir de este momento. Más de medio millón de presos británicos³⁴ y de ingleses e irlandeses con poca capacidad económica acudieron a estos nuevos territorios a trabajar como sirvientes en régimen de esclavitud durante cuatro años. Con respecto a la inmigración que se encontraba en condiciones de libertad, empezaron a llegar no sólo ingleses sino también europeos de otros países que, en muchos casos, eran perseguidos en sus regiones de origen por sus creencias religiosas. Más de cien mil alemanes luteranos, más de doscientos mil escoceses presbiterianos, pero también suizos, judíos y hugonotes franceses (Bosch, 2011, 2-4). Las ideas de los pensadores europeos como John Locke o Roger Williams también llegaron al Nuevo Mundo para formar parte de la filosofía y de la gestión política de esta región (Celador Aragón, 2001, 49). La influencia política y filosófica inglesa también fue crucial en las colonias americanas. El documento *Petition of Rights* de 1628, y su reconocimiento de derechos, o el *Bill of Rights* de 1688, que recoge los postulados que se consiguieron tras la Revolución Gloriosa, fueron inherentes a las teorías liberales que se desarrollaron en este territorio (Baylin, 1972, 60-ss.; Holmes, 1986).

Se produjo aquí una apertura religiosa trascendental. Pero la historia de estas colonias no es lineal, en este sentido. Los primeros colonos profesaban en su mayoría la doctrina protestante conocida como puritanismo, nacida de las argumentaciones de Calvino (Vázquez Gómez, 2009, 147-182). Ya desde el inicio de estas colonias la filosofía reformadora se respiraba entre sus habitantes y su gobierno, donde los creyentes eran sujetos activos de la vida política y social de la comunidad y debían actuar conforme a su fe. En Connecticut, en 1638 se aprobaron las Órdenes Fundamentales que reflejaban estas cuestiones³⁵. En este aspecto, la Iglesia puritana que se asentó en

³⁴ Que durante todo el siglo XVIII se sustituyeron por esclavos traídos de África.

³⁵ Fragmento de las Órdenes Fundamentales de Connecticut de 1638: «Puesto que le ha agrado al Dios todopoderoso, por la sabia disposición de su divina providencia, ordenar y disponer de las cosas en forma tal que nosotros, los habitantes y residentes de Windsor, Hartford y Wethersfield, estamos ahora residiendo y morando a la orilla del río de Conectecotte y en las tierras allí colindantes; y sabiéndose bien que donde la gente se reúne la palabra de Dios exige que, para mantener la paz y la unión de dicha gente, debiera haber un gobierno disciplinado y apropiado, establecido conforme a [la palabra de] Dios, para que organice y disponga los asuntos de la gente en todas las situaciones tal como la ocasión requiera; por eso, nosotros mismos nos asociamos y unimos para ser como un estado público o comunidad, y en nuestro propio nombre y en el de nuestros sucesores, y en el de todos aquellos que se unan a nosotros en cualquier momento de ahora en adelante, ingresamos juntos en una alianza y confederación para mantener y preservar la libertad y la pureza del evangelio de nuestro Señor Jesús que ahora profesamos, así como también la disciplina de las Iglesias que, conforme a la verdad de dicho evangelio, se practica ahora entre nosotros, así como también para ser guiados y gober-

esta zona del mundo rechazó la presencia en el mismo lugar de otras congregaciones o doctrinas religiosas (Souto Paz y Souto Galván, 2010, 25), de tal manera que la discrepancia con la Iglesia oficial podía significar el exilio o un delito castigado con la privación de libertad (Celador Aragón, 2001, 51).

La Institución ortodoxa anglicana, instalada en las colonias, también practicaba esta intolerancia. Por otro lado, también en estos años del siglo XVII se incorporaron textos normativos que reunían contradicciones en materia de religión. Por ejemplo, las Normas Fundamentales de Carolina de 1669 establecían la Iglesia de Inglaterra como única y verdadera religión nacional³⁶, para en los siguientes preceptos proclamar la libertad individual de conciencia y el derecho a crear Iglesias (Peces-Barba Martínez, 1989, 60). En Maryland, fundada por católicos, se aprobó en su Asamblea el Acta de Tolerancia que estableció el libre ejercicio de la libertad religiosa y el reconocimiento de la libertad de conciencia religiosa, aunque este derecho no se aplicaba a las personas ateas que podían ser perseguidas por ello. La persecución de ateos también se recogía en Massachusetts, a través de su Cuerpo de Libertades de la Bahía de Massachusetts (Vázquez Gómez, 2009, 154-160), o en Carolina. Por su parte, en Pennsylvania, fundada por cuáqueros, o en Rhode Island (Williams, 2004, 80-131)³⁷ se recogían las disposiciones más liberales y tolerantes en esta materia, ya que se reconoció que las personas debían ser respetadas en cuanto a su opinión religiosa, pudiendo disfrutar con libertad de sus pensamientos y juicios (Jellinek, 2000, 93-95). Así, en Rhode Island se reconoció la libertad religiosa para cristianos, judíos, turcos y paganos. Una cuestión esencial aquí fue que todos los habitantes debían obedecer las leyes dictadas sólo en cuestiones civiles; de este modo, la religión no debía ser parte de la legislación aprobada (Asimov, 2012, 139-141; James, 1999, 33-ss.).

La llegada de muchos inmigrantes a las trece colonias pertenecientes a otros grupos religiosos fue desbordando paulatinamente las férreas posturas de prohibición de libertad que se vivían en algunos emplazamientos y

nados en nuestros asuntos civiles según las leyes, reglas, órdenes y decretos que se hagan, ordenen y decreten como sigue».

³⁶ La Iglesia de Inglaterra se asentó mayoritariamente como la Iglesia oficial en las colonias del Sur.

³⁷ Rhode Island fue creada por Roger Williams (aunque ya se conocía anteriormente, pero no se denominaba de esta manera), un importante teólogo que defendió la tolerancia y la separación Iglesia/Estado y defensor de los nativos americanos. Su llegada a este territorio se produjo tras su expulsión de Massachusetts por sus creencias religiosas. Sus ideas religiosas en materia de libertad y sus profundas creencias democráticas se pueden apreciar en la creación de Providence como zona de libertad de culto. Permitió la libertad religiosa desde su inicio. Él era baptista y se le atribuye su implicación en la creación de las primeras Iglesias baptistas en Estados Unidos (1636).

ayudaron a afianzar la tolerancia y la libertad de creencias en aquellos otros donde ya desde finales del siglo XVII se recogían en sus documentos jurídicos de convivencia. Además, surge en pleno siglo XVIII el primer Gran Despertar (*Great Awakening*) que no era otra cosa que la explosión de religiones por todo el territorio. Numerosos evangelistas que no pertenecían a las Iglesias dominantes y oficiales recorrían las regiones proclamando sus ideas y buscando fieles que se adhirieran a sus reflexiones y a su forma de ver la vida. Ello supuso la aparición de numerosas congregaciones que rompieron definitivamente con el concepto de una estructura eclesiástica única, dominante o nacional. Además, muchos de los adeptos que ganaron estos predicadores eran personas pobres que acudían seducidas por el discurso contra la autoridad y contra la acumulación de los bienes. Se hicieron eco de demandas de carácter social que afectaban a la situación económica de los más desfavorecidos, exceptuando a los y a las esclavas (Bosch, 2011, 4; Celador Aragón, 2001, 51).

Por otro lado, existía diferenciación social y económica. Aunque algunos autores mantengan que había igualdad entre los norteamericanos (García Portela, 2014, 53), lo cierto es que la diferencia económica era muy importante y así se demostró en las distintas revueltas rurales que se produjeron desde 1740 (Bosch, 2011, 3). Lo que resulta más ajustado a la realidad es que en esta zona del mundo se conjugaron diversos factores que propiciaron el germen de los principios ilustrados y liberales que estaban en el centro de la ideología revolucionaria que impulsó la independencia de los Estados Unidos de América. Uno de los aspectos que ayudó a todo este proceso fue la influencia del protestantismo en la política y en el ámbito social (García Trujillo, 1997, 474). Sus argumentos contra el poder absoluto, el apoyo a las teorías pactistas, su conocimiento de las hipótesis ilustradas y la libertad de conciencia fueron sustanciales (Tocqueville, 1978, 57)³⁸. Por ejemplo, el concepto de libertad de conciencia y de libertad religiosa se convirtió en parte de la ideología política revolucionaria de la región (Souto Paz y Souto Galván, 2010, 25-26).

Tanto es así que el hecho religioso tuvo una gran influencia en la Guerra de Independencia de los Estados Unidos de América. Las colonias que profesaban la oficialidad de la Iglesia anglicana defendieron a la metrópoli. Sin embargo, aquéllas que apoyaban otras confesiones religiosas se unieron para conseguir independizarse del sometimiento inglés. Estos territorios dejaron atrás sus diferencias religiosas para unirse en una causa común, y ello favoreció la ampliación del concepto de libertad religiosa. Antes se entendía como una libertad que se aplicaba de manera exclusiva al grupo religioso que

³⁸ Tocqueville mantenía que «el puritanismo no era solamente una doctrina religiosa; se confundía en varios puntos con las teorías democráticas y republicanas más absolutas».

la proponía, sin embargo en este momento se empieza a configurar como un derecho que puede ser ejercido por todas las personas que conforman esa sociedad (Celador Aragón, 2001, 39). Pero la evolución de la tolerancia y la libertad religiosa fue zigzagueante y evolucionó a lo largo de los años de la lucha armada. Al inicio del enfrentamiento de Independencia, algunas colonias comenzaron a proponer cambios legislativos que tenían como objetivo derrocar a las Iglesias oficiales en dichas regiones, pero con el paso de los años y la intensificación de la batalla, la libertad religiosa se conformó como una de las reivindicaciones expresadas frente al gobierno inglés (Mora Mérida, 1992, 39).

Asimismo, es en plena batalla cuando las colonias, basándose en el auto-gobierno por el que estaban luchando, comenzaron a redactar auténticas declaraciones de derechos donde se introdujo la protección de los mismos, así como las tesis liberales que avanzaban por las tierras americanas. La aprobación de estas declaraciones comenzó en 1776 pero se alargó en el tiempo más allá de la finalización de la contienda bélica. La influencia de los documentos jurídicos ingleses del siglo xvii –como el *Petition of Rights* o el *Bill of Rights* (Baylin, 1972, 60-ss; Holmes, 1986)– en la redacción de estas declaraciones fue palmaria. Las declaraciones norteamericanas recogían la libertad religiosa como el primer derecho a proteger y lo situaban en la posición en la que se configuraba en ese momento: un derecho que abría las puertas a otros derechos naturales, individuales, inalienables y exigibles al Estado (Aparisi Miralles, 1990, 214-216). La manera de regular este derecho no fue homogénea en toda la región y dependiendo de lo previsto en cada uno de los Estados de EEUU se puede distinguir la amplitud de la libertad religiosa y también la existencia o no de la separación Iglesia/Estado.

En numerosas ocasiones, la configuración más extensa de una libertad religiosa iba acompañada de una separación más estricta entre el poder político y el poder religioso. Esta diferencia es mucho más profunda de lo que parece ya que queda anclada a la propia visión ideológica y filosófica de los redactores de los *Bill of Rights* y de las constituciones estatales. Cuando las colonias circunscribían su libertad religiosa meramente a las personas que creían en una fe, estaba detrás la doctrina del inglés John Locke (Locke, 1999, 90) que entendía que dicha libertad no debía reconocerse ni para las personas católicas ni para las personas ateas. En cuanto a la separación entre la esfera política y la religiosa, este autor proponía una distinción clara (Celador Aragón, 2001, 68). Por su parte, Jefferson (Jefferson, 2014, 100-ss.) y Madison (Madison, 2005, 83-ss.) siempre mantuvieron el carácter universal de esta libertad, explicando de manera expresa que los no creyentes y las personas ateas debían estar incluidas en el alcance y en el contenido de este derecho. Por supuesto defendían una tajante separación entre la Iglesia y el

Estado (Celador Aragón, 1998, 29-33). Sus principios se reflejaron en las regiones más progresistas en cuanto a este punto.

Aunque cada declaración de derechos o constitución de los Estados tiene su propia redacción sobre esta materia se pueden agrupar, en su gran mayoría, en dos grandes grupos. Primeramente, nos encontramos con aquellas circunscripciones estatales que poseían una configuración más conservadora sobre la libertad religiosa y la libertad de conciencia. Aquí, se recogía esta libertad únicamente para los fieles. Ello supuso que no se constituyó un derecho de manera universal; así, esta redacción se acercaba a la discriminación por razón de religión e incluso de opinión e ideología. Además, no se establecía una verdadera separación Iglesia /Estado ya que en sus artículos se preveía la creación de un impuesto para las confesiones religiosas³⁹. En el caso de Massachusetts se estableció la confesionalidad cristiana de este Estado. El artículo II de su Constitución (1780) dice que *«Todos los hombres en sociedad tienen el derecho, así como la obligación, de rendir culto públicamente y en las fiestas establecidas al Ser Supremo, al gran Creador y Protector del universo. Y ningún ciudadano será perjudicado, molestado o impedido, en su persona, libertad o bienes, por rendir culto a Dios en la manera y momento más conformes con su propia conciencia o según su confesión o sentimientos religiosos siempre que no altere la paz pública o impida el culto religioso de otros»*⁴⁰.

Como punto intermedio entre los dos grandes grupos de protección de la libertad religiosa se encuentra el Estado de Georgia que en su Constitución de 1789 estableció la libertad religiosa sólo para los fieles, aunque no recoge la obligación de pagar un impuesto ni financiar ninguna confesión. Por tanto, podríamos decir que los límites de la separación Iglesia/Estado se encuentran más definidos que en los ejemplos anteriores, aunque esta separación no resulte perfecta debido al propio alcance de la mencionada libertad religiosa.

Finalmente se encuentran aquellos territorios que protegían la libertad religiosa de manera universal. En muchos de estos Estados se proclamó expresamente la libertad de conciencia unida a la religiosa. En esta misma línea se planteó la separación Iglesia/Estado, basada en el principio de igualdad con respecto a todas las confesiones que podían existir y ejercitarse⁴¹.

³⁹ Es el caso del Estado de Maryland en su Declaración de Derechos de la Constitución de Maryland (1776), Massachusetts en su Constitución (1780) y New Hampshire en su Constitución (1784).

⁴⁰ Traducción consultada en <http://ocw.uc3m.es/historia-del-derecho/historia-del-constitucionalismo-americano/otros-recursos-2/tema-2-las-constituciones-revolucionarias/constitucion-de-la-comunidad-de-massachusetts-2013-1780-fragmentos/view>

⁴¹ En esta línea se encuentran el Estado de Carolina del Norte con su Constitución de 1776, Pennsylvania con su Declaración de derechos de 1776, New Jersey con su Consti-

Esta separación se observa en la prohibición de la imposición obligatoria de pagar una tasa a las confesiones religiosas, porque en muchos casos se establecía que no habría Iglesia oficial en el estado. Además, aquellas personas que no fueran protestantes podían ejercer cargos civiles o públicos (Thorpe, 1909, 2788-3090). Esta cuestión está revestida de una gran importancia ya que durante muchos años, en la Metrópoli, las personas podían ser discriminadas en razón a sus creencias religiosas para ejercer cargos en la Administración Pública. Ejemplo de ello es el *Act of Settlement* (1701) que prohibía que los católicos pudieran ser reyes de Inglaterra e incluso que ostentaran cualquier cargo público. Dicha ley no fue eliminada hasta el siglo XIX (Mau-rois, 2015, 337-355). Por ello, para los Estados americanos mencionados en este párrafo, era sustancial la concepción de la estricta separación del espacio político y el de la fe para conseguir la libertad y la igualdad. Un ejemplo de ello es el artículo 38 de la Constitución de Nueva York de 1777 que decía que «*estamos obligados, como consecuencia del principio de libertad racional, no sólo a expulsar a la tiranía civil, sino también a configurarnos como los guardianes y los defensores contra la opresión espiritual y la intolerancia*» (Celador Aragón, 2001, 57).

Pero sin duda es la Declaración de Derechos del Buen Pueblo de Virginia, de 12 de junio de 1776, uno de los documentos más destacados de la historia contemporánea en materia de derechos y libertades (Williams, 2004, 150-203)⁴². La libertad religiosa se recoge en su artículo XVI: «*Que la religión, o las obligaciones que tenemos con nuestro Creador, y la manera de cumplirlas, sólo pueden estar dirigidas por la razón y la convicción, no por la fuerza o la violencia; y, por tanto, todos los hombres tienen idéntico derecho al libre ejercicio de la religión, según los dictados de la conciencia; y que es deber mutuo de todos el practicar la indulgencia, el amor y la caridad cristianas*»⁴³. Este precepto expresa la igualdad de culto y basa la libertad religiosa en la de conciencia. Empero, no indica claramente la prohibición del pago de un impuesto para las Iglesias. Este punto refleja que los límites separación Iglesia/Estado eran más difusos que en otros territorios (Weber y Gilbert, 1981, 10-15).

Tras esta declaración se encuentra la filosofía de Jefferson pero también su influencia directa, ya que a partir de 1769 fue representante de la Cámara de los Ciudadanos de Virginia. Su autoridad hizo que este Estado avanzara con respecto a la proclamación de la libertad religiosa y de la separación

tución de 1776, Delaware también con su Constitución de 1776 y New York que aprobó su Constitución en 1777.

⁴² La influencia del pensamiento y de los postulados de Roger Williams se observa en esta Declaración.

⁴³ Consultado en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2698/21.pdf>

entre la política y la fe pocos años después de la aprobación de su Declaración. Tras varios debates y nuevos documentos⁴⁴, se aprobó *The Bill for Establishing Religious Freedom* en 1786, también obra de Jefferson. Lo esencial del texto fue que, como explica Oscar Celador, se acabó con la tradición que mantenía que la neutralidad estatal suponía impulsar aquella religión que profesara la gran parte de la ciudadanía. Así, se terminó con la financiación pública de las Iglesias y sus actividades y se estableció el principio de separación Iglesia/Estado. Además se proclamó la libertad religiosa como un derecho inalienable, un derecho individual de carácter universal que se implantaba para todos los ciudadanos, más allá de los propios creyentes (Celador Aragón, 2001, 58-59).

Hay que destacar también la célebre Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América, de 4 de julio de 1776. A nivel de derechos proclamaba la universalidad de los mismos. Eso suponía que no tenía una vocación localista sino una vocación mucho más amplia, aunque en la práctica –y esto sucede con los documentos jurídicos de carácter universal que se han estudiado anteriormente– excluyeran a gran parte de la población como las mujeres o los esclavos. De igual modo, se amparaba la configuración inalienable de los derechos y el fundamento de que el gobierno tenía como objetivo garantizar las libertades de las personas. Para que el poder político pudiera garantizar estos derechos individuales se necesitaba la no interferencia de otras instituciones que corrieran el riesgo de quebrar este importante principio, concretamente la no interferencia de las Instituciones religiosas. Si no había separación Iglesia/Estado, ¿cómo era posible que el gobierno garantizara las libertades, y la libertad religiosa, de los individuos? El poder político discurría por caminos distintos a los de la estructura eclesiástica (Jellinek, 2000, 105-114). Y la revolución de las trece colonias consolidó esta idea que se refleja claramente no sólo en la Declaración de Independencia sino también en la Constitución federal aprobada en 1787 y modificada en 1791 para recoger las primeras diez enmiendas (Souto paz y Souto Galván, 2010, 28-29)⁴⁵.

Esta Constitución federal tenía que ser ratificada por al menos nueve Estados para que pudiera entrar en vigor (Borden, 1967, 83-111). Ocho

⁴⁴ Los debates sobre la libertad religiosa continuaron más allá de la aprobación de esta Declaración como demuestra la propuesta en 1784 del *Bill Establishing a Provision for Teachers of the Christian Religion*, de corte pro-cristiano y que finalmente no se aprobó; y en 1785, en contraposición al primer documento, Madison planteó sus razonamientos en el *Memorial and Remonstrance Against Religious Assessments*.

⁴⁵ En la primera Enmienda se recogen dos cláusulas primordiales en este sentido, la «*Establishment Clause*» que prohíbe establecer una religión oficial en el Estado, y la «*Free Exercise Clause*» que proclama el libre ejercicio de la religión.

meses tardaron en ratificarla el mínimo requerido, y más de dos años en que la llevaran a cabo todos y cada uno de los Estados de EEUU⁴⁶. Unida a esta ratificación sobrevolaba el debate de la declaración de derechos federal. En un principio, los representantes reunidos en la Convención Constitucional, en 1787, no se plantearon realmente la inclusión de un *Bill of Rights* en la Carta Magna ya que cada Estado tenía su propia declaración y las competencias legislativas de la federación no incluían los derechos y libertades. New Hampshire, New York, Massachusetts, Rhode Island y Carolina del Norte exigieron su inclusión en el ámbito federal para ratificar el texto constitucional.

La defensa de la exclusiva regulación estatal de los derechos se atomizó a través del partido federalista que argumentaba que la Federación poseía una competencia legislativa muy limitada en esta materia. Por su parte, el partido republicano defendió la introducción constitucional de los mismos ya que era necesaria la existencia del *Bill* constitucional federal para limitar y controlar el poder político en este nivel (Levy, 1986, 107-120). Igualmente defendían que había numerosos Estados que no habían aprobado una declaración propia y que algunas de las regulaciones existentes eran demasiado precarias (Celador Aragón, 2001, 64-65; Terradas, 1990, 21-ss.). Finalmente, el primer Parlamento estadounidense (1789) cumplió la promesa de reformar la Constitución para introducir la famosa Declaración de derechos. James Madison, en representación del primer Gobierno federal la presentó en el Congreso y fue aprobada y ratificada el 15 de diciembre de 1791 en las Diez primeras Enmiendas de la Constitución.

La primera enmienda proclama que «*El Congreso no hará ley alguna por la que adopte una religión como oficial del Estado o se prohíba practicarla libremente, o que coarte la libertad de palabra o de imprenta, o el derecho del pueblo para reunirse pacíficamente y para pedir al gobierno la reparación de agravios*»⁴⁷. Dicho artículo nace del consenso entre las distintas fuerzas políticas parlamentarias que tuvieron que ponerse de acuerdo en el contenido final de la libertad religiosa. En esta redacción hubo dos temas sustanciales que dibujaron el debate planteado en torno a esta libertad. En primer lugar, mantener la separación Iglesia/Estado que ya se había expresado claramente en la Declaración de Independencia de 1776. Por otro lado, la propia conceptualización de la libertad religiosa y la de conciencia. Las libertades de expresión, reunión y prensa incluidas en este precepto se deben a Madison que siempre entendió la importancia de la conexión existente entre ellas (Saldaña, 2006, 259-290; Celador Aragón, 2001, 68-72). Este autor

⁴⁶ New Hampshire fue el famoso noveno Estado que ratificó el texto constitucional el 21 de junio de 1788.

⁴⁷ Consultado en <https://www.archives.gov/espanol/constitucion>

buscaba que la protección de estas libertades no se circunscribiera únicamente a las opiniones sino también a las acciones. Asimismo, concibió a estos derechos inalienables como el pilar donde se asentaba la democracia de los Estados Unidos de América (McConnell, 1989, 1480-1503).

V. CONCLUSIONES

El hecho religioso forma parte de la historia constitucional de nuestros Estados de Derecho. Todas las religiones han influido, en mayor o menos medida, en varias de las nociones recogidas en nuestras Cartas Magnas. Sin embargo, algunos acontecimientos como las Reformas protestantes tuvieron una gran relevancia para las sociedades y sus transformaciones a lo largo de varios siglos. Pero estas Reformas no hubieran sido posibles sin el proceso que sufrió el cristianismo en la Edad Media.

Tras la caída del Imperio romano de Occidente comienza una profunda transformación que llevará a Europa hacia la época medieval, donde la vida espiritual ocupa un lugar destacado. Este periodo fue, sin duda, un momento crucial para el progreso del futuro modelo de organización estatal, a pesar de su oscurantismo y su opacidad. O quizás justamente por ello es posible hablar hoy en día de Estados democráticos. Las batallas, las luchas de poder, pero también los diferentes conflictos teóricos y las inquietudes que comenzaron a surgir, sobre todo a partir de la Baja Edad Media, son parte integrante de los cambios que se originaron posteriormente y que prepararon a la sociedad para el cambio religioso que culminó en el siglo XVI⁴⁸.

Los reformadores buscaban impulsar una metamorfosis en la esfera de la fe, pero también en otros niveles como el social o el político. Sus fundamentos se configuraron desde una óptica espiritual, sin embargo, su concepción de la comunicación directa de los creyentes con Dios se vio reflejada en el individualismo que, más tarde, sería parte de las teorías ilustradas y liberales. Lo mismo sucedió con sus hipótesis basadas en la vida desde una óptica justa como parte inseparable de la esencia humana y no desde la perspectiva de que la justicia se basaba en acciones necesarias para buscar el perdón del «Señor». También sus opiniones sobre cómo se debía ejercer el poder afectaron al marco filosófico y jurídico de la época.

Las teorías protestantes proclamaron la idea de tolerancia y, en consecuencia, la libertad para elegir la fe religiosa a la que unirse sin ser perseguido. Este planteamiento estuvo unido a la ulterior aparición de la libertad de conciencia y religiosa. No era una reflexión completamente nueva ya que el cristianismo primitivo se había hecho eco de ella, no obstante, fue esta la

⁴⁸ No se puede entender el Protestantismo sin la Inquisición, el agustinismo, la posición de los Papas en el tablero estratégico europeo, o sin el humanismo y la imprenta.

oportunidad para que su consolidación. Dicha tolerancia no siempre tuvo el éxito pretendido y en Europa se sucedieron numerosos enfrentamientos bélicos donde el hecho religioso formaba parte del conflicto. La importancia de los postulados ilustrados en la conceptualización de la tolerancia es también esencial para entender después cómo se consolidaron la libertad religiosa e ideológica.

Este credo traspasó las fronteras del viejo continente que quedó dividido entre el norte protestante y el sur católico. La persecución religiosa en Europa fue una de las razones que propulsaron la emigración hacia América del Norte, pertenecientes a Gran Bretaña. Su forma de entender la religión fue también parte sustancial del trayecto que llevó hacia los derechos y libertades. La búsqueda de una vida donde poder ejercer la fe elegida de manera libre se propagó por esta región. Así, numerosas iglesias y cultos aparecieron a lo largo y ancho del territorio, mezclando religión con política y demandas sociales de las personas más desfavorecidas.

No obstante, esta cuestión tampoco tuvo un camino fácil en este lugar del mundo ya que diversas organizaciones religiosas y, en concreto, aquellas derivadas del protestantismo no siempre consagraron su teoría de la tolerancia. Así, lo que predicaban en este sentido no fue parte de sus actuaciones en muchas ocasiones. Tanto en Europa como en América, numerosos cultos fueron perseguidos por las Iglesias protestantes más grandes, como el luteranismo o el puritanismo. Diferentes hechos intransigentes se vivieron a lo largo de los años y de los continentes. Las contradicciones forman parte de los seres humanos, de las sociedades y de las religiones, y los reformadores y sus creencias no se libraron de ellas.

Todo ello fue parte de los antecedentes, junto con la Ilustración y los principios liberales, de la aparición de los derechos y libertades a finales del siglo XVIII (Böckenförde, 1994, 44-63). La libertad religiosa jugó aquí una función principal ya que la demanda constante de tolerancia, libertad religiosa y de culto abrió la senda a que se reconocieran otras libertades como la de pensamiento o la de prensa. Es más, en numerosas declaraciones estadounidenses esta libertad religiosa se recoge en sus primeros artículos. La configuración de esta libertad en América del Norte se basaba en que era un «tipo especial del ejercicio del derecho de libertad ideológica» (Celador Aragón, 2001, 48).

La aparición de las confesiones protestantes tuvo un importante papel en el avance del ámbito teórico y del Derecho, pero sobre todo ayudó a romper con la unidad religiosa medieval. La pluralidad de iglesias y cultos en el cristianismo, que comenzó a partir de su aparición, supuso la imparable marcha hacia la libertad religiosa. Numerosas tesis expuestas por los autores reformadores se unieron a la senda del pensamiento crítico y lo fomentaron. Tanto las acciones de los protestantes y el establecimiento de sus Iglesias, como el desarrollo filosófico de sus reflexiones, contribuyeron a la conformación de

los principios que sustentan hoy en día nuestras democracias (Peces-Barba, 2001, 23).

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILERA BARCHET, B. (2011). *Entre Estado y nación*, Paris: Instituto de Estudios Jurídicos Internacionales y Université Paris-Est.
- APARISI MIRALLES. (1990). «La Declaración de Independencia Americana de 1776 y los Derechos del Hombre». *Revista de Estudios Políticos*, Vol. 70.
- ASIMOV, I. (2012). *La formación de América del Norte. Desde los tiempos primitivos hasta 1763*. Madrid: Alianza.
- BARRERO ORTEGA, A. (2000). «Origen y actuación de la libertad religiosa». *Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Año V, julio/diciembre.
- BAYLIN, B. (1972). *The Ideological Origins of the American Revolutions*. Cambridge: Harvard University Press.
- BERGER, P. L. (1983). *Para una teoría sociológica de la religión*. Barcelona: Kairós.
- BODINO, J. (1997). *Los Seis Libros de la República*. Madrid: Tecnos.
- BÖCKENFÖRDE, E-W. (1994). *Escritos sobre derechos fundamentales*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft.
- BORDEN, M. (1967). *Parties and Politics in the Early Republic, 1789-1815*. Wheeling : Harlan Davison.
- BOSCH, A. (2011). *Historia de Estados Unidos. 1776-1945*. Barcelona: Crítica, Barcelona.
- CARVAJAL, P. (2000). «El derecho de resistencia en la teología política de Juan Calvino». *Revista de Estudios histórico-jurídicos*, nº22, Valparaíso.
- (1992). «Derecho de resistencia, derecho de revolución, desobediencia civil. Una perspectiva histórica de interpretación: la formación del derecho público y de la ciencia política en la temprana Edad Moderna». *Revista de Estudios Políticos*, nº 76.
- CELADOR ARAGÓN, O. (2001). «Libertad religiosa y revoluciones ilustradas». En PECES-BARBA MARTINEZ, G., FERNÁNDEZ GARCÍA, E., y DE ASÍS ROIG, R. F. *Historia de los derechos fundamentales, Tomo II: Siglo XVIII, Volumen II, la filosofía de los derechos humanos*. Madrid: Dykinson, Madrid.
- (1998). *El Estatuto Jurídico de las Confesiones religiosas en el Ordenamiento Jurídico estadounidense*. Madrid: Dykinson.
- DE TOCQUEVILLE, A. (1978). *La democracia en América*. México-Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- DUBY, G. (2007). *Europa en la Edad Media*. Barcelona: Paidós.
- EDELMAYER, F. (2001). «Carlos V y la quiebra del humanismo político en Europea (1530-1558)». En MARTÍNEZ MILLAR, J. (coord.). *Congreso internacional, Madrid 3-6 de julio de 2000. Vol. I*. Madrid: Sociedad Estatal para la conmemoración de los centenarios de Felipe II y Carlos V.
- FILORAMO, G., MASSENZIO, M., RAVERI, M., y SCARPI, P. (2012). *Historia de las religiones*. Barcelona: Crítica.
- (1993). *Diccionario de las Religiones*. Madrid: AKAL.

- FLAVEL, J. (2018). *El misterio de la Providencia. La manera de obrar de Dios*, Teología para Vivir. Clásicos Reformados.
- GAARDER, J., HELLERN, V., y NOTAKER, H. (2016). *El libro de las religiones*. Madrid: Siruela.
- GARCÍA PORTELA, L. (2014). «La Revolución Americana: una revuelta desde y contra Inglaterra. Un ensayo sobre sus orígenes ideológicos». *Revista Historia Autónoma*, nº 5.
- GARCÍA TRUJILLO, M. B. (1997). «El modelo americano de protección de los derechos fundamentales: primeras formulaciones». *Anuario de la Facultad de Derecho*, número 19, Universidad de Extremadura.
- GONZÁLEZ DíEZ, E. (dir.) y GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, E. (2018). *Las Cortes de León: cuna del parlamentarismo*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- HANCOCK, R. (1989). *Calvino and the foundations of modern politics*. Ithaca: Cornell University Press.
- HARDING, A. (1993). *England in the Thirteenth Century*. Cambridge : Cambridge University Press.
- HOBBS, T. (2014). *Leviatán. O la materia, forma y poder de un Estado eclesiástico y civil*. Madrid: Alianza Editorial.
- HOLMES, G. (1986). *Politics, Religion and Society in England. 1679-1742*. London: The Hambledon Press.
- JAMES, S. V. (1999). *John Clarke and his Legacies. Religion and Law in Colonial Rhode Island 1638-1750*. Pennsylvania : Penn State University Press.
- JEFFERSON, T. (2014). *Escritos políticos: declaración de independencia, autobiografía, epistolario*. Madrid: Tecnos.
- JELLINEK, G. (2000). *La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- KAMEN, H. (1987). *Alianza y desarrollo en la Europa moderna*. Madrid: Alianza Editorial.
- LETOCHA, D. (2005). «La autoridad de la conciencia ante el Concilio de Trento». *Ideas y Valores*, vol. 54, núm. 127, abril.
- LEVY, L. (1986). *Constitutional Opinions. Aspects of the Bill of Rights*. Oxford: Oxford University Press.
- LOCKE, J. (1999). *Escritos sobre la tolerancia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- MADISON, J. (2005). *República y libertad*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005.
- MÁRQUEZ CARRASCO, C. (2010). «Reforma, capitalismo y estados modernos en la Europa anterior a Westfalia». En SUÁREZ VILLEGAS, J. C. (ed.), *Reforma protestante y libertades en Europa*, Madrid: Dykinson.
- MAUROIS, A. (2015). *Historia de Inglaterra*. Barcelona: Ariel Historia.
- MCCONNELL, M. W. (1989). «The Origins and Historical Understanding of Free Exercise of Religion». *Harvard Law Review*, Vol. 103.
- MITRE, E. (2010). «Descomposición del orden romano (siglo IV). El cristianismo». En CLARAMUNT, S, PORTELA. E, GONZÁLEZ. M, y MITRE. E. (2010). *Historia de la Edad Media*. Barcelona: Ariel Historia.

- MORA MÉRIDA, J. L. (1992). *Iglesia y Religión en los Estados Unidos y Canadá*. Madrid: Mapfre.
- ORTEGA Y MEDINA, J. A. (2013). *La evangelización puritana en Norteamérica. De-
lendi sunt indi*. México: Universidad Autónoma de México. Instituto de Investi-
gaciones Históricas.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. (1989). «Algunas reflexiones sobre la libertad ideológi-
ca y religiosa». IBÁN PÉREZ, C., (coord.). *Libertad y derecho fundamental de
libertad religiosa (Arcos de la Frontera, 1 y 2 de febrero de 1989)*, Madrid: Edi-
toriales de Derecho Reunidas EDERSA.
- (1993). *Derecho y Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Polí-
ticos y Constitucionales.
- PESCH, O. H. (2002). «La respuesta del Concilio de Trento: 1545-1563». *Selecciones
de teología*, nº 164.
- RIVERA GARCÍA, A. (2010). «El pensamiento jurídico-político de Calvino y el moder-
no Estado de derecho». SUÁREZ VILLEGAS, J. C. (ed.), *Reforma protestante
y libertades en Europa*, Madrid: Dykinson.
- RUSSELL, B. (2010). *Historia de la Filosofía Occidental, Tomo II*. Madrid: Espasa
libros.
- SALDAÑA, M. N. (2006). «La gestación de la primera enmienda: «founding period»
y «original meaning»». *Historia Constitucional*, nº 7.
- SATÚSTREGUI GIL-DELGADO, M. (2009). «La Magna Carta: realidad y mito del cons-
titucionalismo pactista medieval». *Historia Constitucional*, nº 10.
- SOUTO PAZ, J. A., y SOUTO GALVÁN, C. (2010). *El derecho de libertad de creencias*.
Madrid: Marcial Pons, Madrid.
- SUÁREZ VILLEGAS, J. C. (2010). «Teología y política en la reforma protestante». En
SUÁREZ VILLEGAS, J. C. (ed.), *Reforma protestante y libertades en Europa*,
Madrid: Dykinson.
- TEJA, R. (2006). «El poder de la Iglesia Imperial: el mito de Constantino y el Papado
romano». *Studia Historica. Historia antigua*, nº 24.
- TERRADAS, I. (1990). *Revolución y Religiosidad*. Valencia: Alfons el Magnánim.
- THORPE, F. (1909). *The Federal and State Constitutions, Colonial Charters, and
other Organic Laws*. Washington: Government Printing Office.
- TOSCANO FRANCA FILHO, M. (2006). «Historia y razón del paradigma Westfaliano».
Revista de Estudios Políticos, núm. 131, enero-marzo.
- TROELTSCH, E. (1958). *El protestantismo y el mundo moderno*. México: Fondo de
Cultura Económica.
- VÁZQUEZ GÓMEZ, R. (2009). «El poder político y la religión en el puritanismo: la
Colonia americana de la Bahía de Massachusetts». *Revista Española de Derecho
Constitucional*, núm. 86, mayo-agosto.
- VOLTAIRE (2013). *Tratado sobre la tolerancia*. Barcelona: Austral.
- WEBER, P., y GILBERT, D. (1981). *Private Churches and Public Money*. Connecticut:
Greenwood Press.
- WICKHAM, C. (2007). *Europa en la Edad Media*. Barcelona: Crítica.
- WILLIAMS, R. (2004). *El sangriento dogma de la persecución por causa de concien-
cia*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- WYCLIF, J. (1382), *Triálogo entre la Verdad, la Mentira y la Prudencia (Trialogus)*.

Recensiones

COELLO DE PORTUGAL MARTÍNEZ DEL PERAL, José María. *La Jefatura del Estado*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2020, 251 pp. ISBN 978-84-1345-873-1.

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-69\(1\)-2021pp281-286](http://dx.doi.org/10.18543/ed-69(1)-2021pp281-286)

I.

La Jefatura del Estado como institución propia del derecho público surge en 1837 de la mano de Wilhem Eduard Albrecht quien, al igual que sus homólogos de la extraordinaria Escuela alemana de Derecho Público, aplica las doctrinas de la personalidad jurídica provenientes del derecho privado al Estado y las sitúa en una institución que detenta su manifestación jurídica última, logrando bifurcar la representación política de la jurídica, residenciando la primera en el Parlamento y encarnando la segunda en un nuevo actor jurídico-político: la Jefatura del Estado.

Esta institución, de singularísimo interés, expresa el proceso evolutivo del Estado en el siempre difícil tránsito del Estado absolutista al Estado constitucional, racionalizando la naturaleza jurídica del Estado para construir un nuevo sujeto que, cupular como primera magistratura del Estado, personifica como actor jurídico-político su permanencia y representatividad. No es, en ese sentido, un actor político, sino netamente jurídico con

limitadas –y contadas– funciones políticas.

Su concreta institucionalización –monárquica o republicana–, aun aportando diversos perfiles y matices, en nada desluce su conceptualización como primera magistratura del Estado. Es más, pluraliza su significado sin mermar su significado en un Estado constitucional: la personificación jurídica del Estado mismo. Una personificación que ha superado modelos y regímenes, perviviendo en todos ellos de forma sustancialmente orgánica, revelando así que su «desnudez política» es el síntoma que su buena salud predica: un órgano cabal, pasivo políticamente en cuanto a su competencia, pero activo en su sustrato jurídico. En definitiva, nada más y nada menos que el Estado mismo.

II.

El libro de José María Coello, profesor contratado doctor de Derecho Constitucional de la Universidad Complutense de Madrid, asume en esta obra una tarea ingente: afrontar,

por vez primera en una obra única y compacta, un estudio sólido y riguroso de la naturaleza histórico-jurídica que justifica el surgimiento de la Jefatura del Estado como institución de derecho constitucional.

A lo largo de doce capítulos de amena y ágil lectura, el autor desgrana el instituto desde una óptica integral, abordando el nacimiento, el desarrollo histórico, sus características, clases y elementos esenciales, sus funciones y acceso, su dotación y protección para, finalmente, realizar un análisis crítico-dogmático que deslinda el instituto de la jefatura del Estado en la perspectiva del derecho constitucional de la que se realiza en el ámbito del derecho internacional público.

En relación con su génesis, el profesor Coello parte de una relevante premisa, y es que no existe *«un concepto jurídico que la defina, sino solo una intuición acerca de sus rasgos externos, identificándola simplemente por su situación en la cúpula del Estado o por las funciones constitucionales que asume en cada régimen, olvidando así su verdadera esencia histórica, política y jurídica»*. Una cuestión que se ha manifestado de forma preclara en los diversos análisis de la institución que, consciente o inconscientemente, se alejan del concepto para centrarse en sus diversas manifestaciones y, concretamente, en las formas republicana y monárquica en las que necesariamente se manifiesta.

El autor, en ese sentido, expone el devenir jurídico del concepto partiendo de la propia biografía personal de su creador, Wilhem Eduard Albrecht, quien, asumiendo las teorías sobre la

personalidad jurídica de Savigny, de quien era discípulo, las aplicará directamente al Estado, lo que supondrá *«una garantía de percepción del Estado como un ente único en su conjunto y limitado en su poder, sin propiciar su sublimación –antesala de su absolutización– a través de la existencia de una personalidad moral; de racionalización de la burocracia estatal a través de una distribución formal de las competencias y procedimientos»*. Junto a ello, y como consecuencia necesaria, Albrecht dará un paso ulterior, y es el diseño *«de una nueva instancia jurídicamente representativa de su conjunto»*. Surge así la doble representación de la personalidad del Estado, desgajando la representación política –que corresponde al Parlamento–, de su representación jurídica –que, desde ese momento, recae en un jefe de Estado constitucional–. Albrecht, no obstante, hereda de Kant el término propuesto para la Jefatura del Estado –*Staatssoberhaupt*– proveniente de la obra del alemán en 1784 *¿Qué es la Ilustración?* Una obra capital que influenciará de modo significativo a los iupublicistas alemanes a lo largo de todo el siglo XIX.

Interesante y audaz, pero dogmáticamente imprescindible, es la aportación que hace el autor afrontando el desafío de definir la magistratura, que sintetiza como *«Institución jurídica que situada en la cúspide de la organización política del Estado constitucional, asume forma orgánica dentro del mismo y, dotada de legitimidad democrática y racionalidad jurídica, representa formalmente la personalidad jurídica del Estado constitucional, su soberanía política, su*

integridad territorial y la dependencia de todos los poderes estatales de un mismo pueblo y de un mismo poder constituyente».

Esta definición permite entender el proceso evolutivo y su desarrollo histórico, que naturalmente parte de la monarquía absoluta o, más bien, con su ocaso definitivo, permitiendo la transformación constitucional de la monarquía. Una profunda transformación que, sin embargo, como acertadamente explica el autor, supuso que *«la institución frente a la cual se edificó el Estado revolucionario va a ser, paradójicamente, uno de sus nuevos referentes, uno de sus más notables factores de estabilización e incluso en muchos casos, su más clara simbolización».* Su conversión en poder moderador, en suma, permitió su supervivencia y consolidación al margen de su concreta institucionalización como sujeto electivo o hereditario. Esto es, que el surgimiento, a finales del siglo XIX, de «monarcas presidenciales», apoya esta mutación político-jurídica que, no obstante, presenta un claro matiz de notable calado que explica el profesor Coello y que afecta a su legitimidad: *«la del Presidente emana de la elección, la del Monarca constitucional emana directamente de la Constitución que da forma al poder del conjunto del Estado».* Los poderes, en ambos casos, son sustancialmente homogéneos, con las notables y explicables excepciones de los regímenes presidenciales o semipresidenciales aunque, evidentemente, y pese a la aparente confusión entre la jefatura del Estado y la del Ejecutivo en dichos regímenes, resulta perceptible la neta distinción constitucional entre

ambas funciones aunque se residen orgánicamente en la misma persona. La Jefatura del Estado, siempre y en todo caso, existe porque *«algún órgano tiene necesariamente que representar la personalidad jurídica del Estado constitucional».*

Los caracteres que la institución reviste, para el autor, se pueden resumir en cuatro órdenes: su naturaleza orgánica –esto es, que con carácter previo se exige una *«existencia jurídica, así como un procedimiento igualmente objetivado y jurídicamente delimitado de acceso y abandono de estas funciones»*–, su carácter necesario –*«el Estado constitucional precisa de manera necesaria la existencia de un órgano constitucional que represente jurídicamente de forma unitaria o conjunta al Estado, recayendo esta función sobre la jefatura del Estado»*–, y permanente –*«la Jefatura del Estado como órgano representativo está necesariamente dotada de una permanencia que se identifica con la permanencia del conjunto del Estado constitucional y con la existencia con carácter estable y sin solución de continuidad de su funcionamiento, al margen de que se renueve periódicamente»*–, además de genérico –en el seno de la jefatura del Estado *«cabén numerosas formas y tipos específicos»*–.

Respecto a las clases, y más allá de su concreta forma monárquica o republicana, singular o plural, electiva o hereditaria, temporalmente limitada o potencialmente vitalicia, hay un hecho sustantivo y vertebrador de la misma, indisociable de su naturaleza y que justifica su existencia: su carácter constitucional. Así, para el

profesor Coello, «*Lo esencial para que exista Jefatura del Estado es que exista un verdadero Estado constitucional con los Poderes divididos, una sujeción de todos los Poderes a Derecho y sobre ellos una magistratura encargada de ejercer la representación jurídica del Estado por atribución constitucional, por medio de un órgano debidamente racionalizado y legitimado*». Por ello, en suma, «*todo Estado constitucional es, desde este punto de vista, republicano y no pierde su condición de tal por el hecho de que su Jefe de Estado se denomine Rey*».

Sus funciones, derivadas de su función sustancialmente ordenadora, se manifiestan en tres definidos ámbitos, sin perjuicio de la ya resaltada función genérica de ostentar la más alta representación jurídica del Estado que permite que, en palabras del autor, «*mediante la intervención del Jefe del Estado, el Derecho puede producir el milagro de la imputación del acto de un concreto Poder estatal al conjunto del Estado constitucional*». Una función que se deslinda de forma precisa de la representación política, que corresponde al Parlamento. Esos ámbitos son la función de integración entre la sociedad y el Estado –«*es un órgano constitucional cuyo titular tiene la delicada y trascendental función de representar los valores constitucionales*»–, la función de integración simbólica de los territorios –«*una Jefatura del Estado fuertemente representativa (...), constituye un importante elemento de cohesión unificadora aunque no necesariamente centralizadora*»–, sin perjuicio de otras concretas manifestaciones de su

funcionalidad, como la Jefatura de las Fuerzas Armadas –recordando la experiencia española el 23-F, el profesor Coello recuerda que «*en situaciones de intento de alteración del orden constitucional, el papel del Jefe del Estado como su representante jurídico máximo y a un tiempo más alto mando simbólico del Ejército puede coadyuvar o incluso ser determinante para la evitación de la alteración por la fuerza del orden constitucional*»–, o el conferimiento de empleos civiles y militares del Estado o el ejercicio del derecho de gracia.

III.

La naturaleza de la Jefatura del Estado, al margen de la concreta forma jurídico-constitucional que adopte, –republicana o monárquica–, reviste una relevante importancia en la historia del constitucionalismo.

Una importancia que surge en el siglo XIX, con la paulatina evolución de las monarquías decimonónicas, traduciéndose en el nacimiento de una magistratura capital para forjar un modelo constitucional presidido por el Estado de Derecho gracias a la racionalización jurídica de una institución que había mutado de la personificación del Estado absolutista hasta constituirse en epítome del Estado constitucional pero que, sin embargo, no puede considerarse heredera directa de ella.

Es, en suma, y en palabras del propio autor, un «*órgano de relevancia constitucional en el sentido de que la Jefatura del Estado, solo puede estar presente en el seno del Estado*

constitucional y jamás en un estado autocrático».

La obra del profesor Coello de Portugal, en suma, resulta de indudable interés por la profundidad de su análisis, por la perspectiva rigurosa que afronta y por los sutiles matices

en los que, a modo de panóptico histórico-jurídico, el autor destila un estudio que no descuida ningún aspecto relevante de la que se ha situado, *ex constitutione*, como la primera magistratura de nuestro Estado constitucional.

David Delgado Ramos

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Constitucional
Universidad Rey Juan Carlos.

MARTÍNEZ PATÓN, Víctor (Compilador), *Conversaciones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Análisis de 10 años*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2021, 342 pp., ISBN 978-84-123154-2-4.

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-69\(1\)-2021pp287-291](http://dx.doi.org/10.18543/ed-69(1)-2021pp287-291)

Conversar y dialogar, que no son exactamente lo mismo, son prácticas en claro desuso que generan empero numerosos efectos benéficos. En la era de los monólogos, a los que nos tiene acostumbrado un poder político cada vez en manos de gente menos preparada, escuchar a los que más saben y, también, a aquellos que quizás no saben tanto pero que ocupan o han ocupado posiciones de poder desde las que tomar decisiones que proyectan sus efectos sobre ámbitos regulatorios, parece más necesario que nunca. El diálogo siempre aporta más, ya que, a través de una discusión racional, a vueltas ilustrada, seremos capaces de contrastar o refutar hipótesis, y lo más importante, darnos cuenta de lo equivocados que estábamos, introducir matices en nuestro discurso a futuro o incluso ver reforzados nuestros argumentos.

La iniciativa del Doctor Martínez Patón en la obra que tengo el placer de reseñar es en realidad el reflejo de conversaciones previas, que ahora se comparten y se ofrecen al gran público en abierto, y que se concreta en la

recolección de la opinión y las observaciones de los coautores de la obra, como si se tratara de un trabajo periodístico que reúne a aquellos que a su vez han sido actores o piezas clave en la configuración legal o en el asentamiento jurisprudencial de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en España.

Quién suscribe estas líneas debe advertir al lector del enorme desafío al que tuvo que enfrentarse el compilador y, también, la decana editorial J. M. Bosch Editor, que se lanzó a publicar y editar una obra muy poco común entre juristas. No se trata ni de una monografía ni de una obra colectiva; de hecho, es un libro que no es propio *stricto sensu* de la Academia; no es un trabajo académico. Sin embargo, lo anterior no debe confundirse con una valoración negativa, antes al contrario. No puedo dejar de agradecer en este sentido la visión de los codirectores de la Colección Penalcrim, los doctores Alfredo Abadías Selma y Miguel Bustos Rubio, por su compromiso para auspiciar dentro de su

prestigioso sello¹, un libro con una propuesta y un desarrollo tan singular, lo que convierte su beneplácito para publicar la obra en una operación audaz y arriesgada, a partes iguales. Y ya se sabe que, si no se asumen riesgos, no se consiguen resultados.

Se trata de un conglomerado de conversaciones con los ex ministros de justicia Juan Alberto Belloch, José María Michavila, Juan Fernando López Aguilar, Mariano Fernández Bermejo, Francisco Caamaño, Alberto Ruiz-Gallardón y Rafael Catalá, y con el titular actual el citado Ministerio, Juan Carlos Campo Moreno. No necesitan presentación alguna, pues se trata de responsables políticos que protagonizaron la introducción con calzador de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en nuestro sistema penal, antropológico por naturaleza. A las opiniones de quienes ejercieron el poder con capacidad normativa creadora, se suma el análisis de jueces y magistrados que han participado significativamente en su adecuación por vía jurisprudencial. En ese ámbito encontramos las aportaciones de indubitado valor de Alejandro Abascal, Miguel Colmenero, Manuel García-Castellón, Ángel Luis Hurtado, Vicente Magro, Andrés Martínez Arrieta, Antonio del Moral y Julián Sánchez Melgar.

Conversaciones, lo que no debe confundirse con debate o raciocinio. Debatir implicaría discutir un tema

con opiniones diferentes. Un debate que se produce siempre entre iguales claro está, con aportaciones cruzadas y, a veces quizá, unas discusiones que en caso de haber-se producido resultarían de sumo interés al lector que, sin embargo, no las encontrará en la obra reseñada. El doctor Martínez Patón huye deliberadamente de ese modelo por razones que no se aducen explícitamente en el libro, pero que un servidor conoce tras una conversación directa con el compilador que resulta muy reveladora. Con criterio, este busca ser lo más aséptico posible, no participar ni tan sólo originar debate, y se limita a reproducir las consideraciones y argumentos que los expertos hacen sobre la materia, que impulsa o incentiva exclusivamente mediante preguntas muy meditadas y cuidadosamente preparadas. Precisamente por este mismo motivo la obra no dispone de una introducción², pues no hay método jurídico alguno, y tampoco nada que introducir mas allá de una amable invitación a que pasen y lean. Los efectos de ese planteamiento también son acordes con la ausencia de conclusiones.

En cambio, es el prologuista, la prodigiosa pluma del magistrado Manuel Marchena, la que resume, explica y da coherencia a la obra. Lo hace con las notas que lo caracterizan: lenguaje directo, concisión y claridad. La simplicidad es la complejidad bien resuelta, y son pocos los que dominan esa

¹ Como acreditan los numerosos títulos publicados dentro de la citada colección a lo largo de 2020 y 2021, y muy especialmente, la calidad de estos.

² Si dispone el trabajo de un apartado intitulado «Introducción», empero no coincide con el contenido, que son más bien unos agradecimientos.

virtud. No es de extrañar entonces que el propio compilador con excelso criterio haya hecho suyas las palabras del prologuista para trasladarlas y ocupar en exclusiva la contraportada del libro.

El resultado, en lo sustantivo, es brillante, digno de resaltar. La obra puede dividirse claramente en dos bloques. El primero, el relativo a las entrevistas a los responsables políticos, que sugiere muchas ideas, más propias del debate político-criminal. El relato de los responsables ministeriales debe leerse en clave política, lo que ayuda a comprender la evolución político-legislativa hasta nuestros días, por lo que se refiere a la idea de que las empresas y corporaciones sean sujetos penales y los efectos que esto proyecta, también, sobre el proceso penal.

En el segundo bloque la obra cobra mucha vida, más fuerza y energía. Pues al final, ya se sabe, la Ley dice lo que los jueces dicen que la Ley dice. El libro recoge en este apartado las conversaciones que el autor ha tenido con miembros de la judicatura que, por razones ligadas a su función jurisdiccional, han vivido muy de cerca la aplicación práctica del art. 31 bis del Código Penal. Esta parte o bloque es sin lugar a duda la contribución más significativa y relevante de la obra, por el valor que aportan las contribuciones de los coautores, cuya valoración tiene un significado especial, en la medida que es en el ámbito de la casación penal en el que se están perfilando, con vocación de uniformidad, los presupuestos para la exigencia de responsabilidad penal a las personas jurídicas.

De ese modo, rápidamente se advierte una tendencia generalizada, compartida por todos los entrevistados. Cuando se introduce la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en 2010, el escepticismo o rechazo a la medida contaba con más partidarios que detractores tanto en la doctrina como en los principales operadores jurídicos. Sin embargo, con el paso del tiempo se acepta su utilidad e incluso la funcionalidad de algunos planes de cumplimiento normativo, aún con el sabor agríndice que deja constatar que, en perspectiva comparada, modelos como el italiano o alemán, han sido capaces de conjugar con mayor fortuna la responsabilidad, que no penal, de las personas jurídicas, con un sistema penal antropológico y aceptando el pragmatismo de la persecución del delito de naturaleza socioeconómica en la era digital.

El magistrado Julián Sánchez Melgar se refiere al rechazo apriorístico y al escepticismo inicial; Andrés Martínez Arrieta, por su parte, lo enmarca en la peligrosa tendencia expansionista del derecho penal que puede leerse, indica, como una arista más del populismo punitivo o bien como parte de un discurso creciente sobre el legítimo ejercicio de la defensa social; Miguel Colmenero se refiere a la quiebra tan notable de los principios tradicionales de nuestro derecho; Antonio Del Moral recuerda su pronóstico inicial de escasa utilidad; mientras Alejandro Abascal, consideramos, de forma muy atinada y preclara, advierte de la terrible ambivalencia de una reforma que no gozó de la suficiente reflexión ni debate doctrinal, y prueba de ello es que hemos tenido que esperar una

jurisprudencia pacífica del Tribunal Supremo para sentar algo tan esencial como es el fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Es el mismo fundamento que hoy hace que la carga de la prueba de los planes de cumplimiento normativo correspondan a la acusación y al Ministerio Fiscal. Menudo despropósito, pues en las salas de justicia nadie habrá visto nunca que sea la acusación la que lleva a juicio una prueba de la inimputabilidad del acusado. Es evidente que es un elemento del delito y que una persona inimputable no responde, pero no le corresponde a la acusación su prueba. Resulta imposible comprender porque sí le resultaría exigible este extremo en relación con los planes de cumplimiento. Lo anterior ejemplifica que muchas son las cuestiones pendientes o mal resueltas en torno a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, especialmente aquellas de índole procesal y que tienen que ver con el derecho de defensa de un sujeto penal que al fin y al cabo no deja de ser una mera ficción jurídica.

Sea como fuere, y como decíamos, el escepticismo o rechazo apriorístico se transforma, al cabo de una década, en una valoración más positiva, cercana a la aceptación. La responsabilidad penal de las personas jurídicas ha venido para quedarse en nuestro modelo. En este sentido, el magistrado Vicente Magro Servet ofrece una visión disruptiva que recuerda que las empresas deberían visualizar los planes de cumplimiento normativo no como un gasto sino como una inversión de presente y futuro. Por su parte, Ángel

Hurtado se plantea como pudimos tardar tanto a reconocer las personas jurídicas como sujeto jurídico-penal y Manuel García Castellón hace hincapié en la función de prevención del delito y su eficacia en la práctica.

De nuevo, se trata de una pequeña muestra de las contribuciones de indudable valor que el lector encontrará con la lectura de un libro único. El mérito del doctor Martínez Patón es indiscutible, y es que no es fácil reunir a este increíble elenco de autores, de un lado, responsables políticos que protagonizaron las reformas más importantes de los últimos años y, del otro, el análisis de los magistrados que, por su destino e inquietud intelectual, más han contribuido a la dogmática de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Publicar obras con este enfoque, en tiempos en los que lo que se valora por partes de las agencias de acreditación es la autoría única y no la coordinación o compilación, es doblemente meritorio.

A la utilidad e interés, fruto del valor de las contribuciones de los coautores, hay que sumar otra gran virtud, esta atribuible casi en exclusiva al compilador, que es la extraordinaria originalidad. Pocas materias disponen de tanta literatura como el llamado *corporate* o *criminal compliance* y, sin embargo, la propuesta no tiene parangón, es moderna e intrépida y el resultado es sumamente original.

En definitiva, el Profesor Martínez Patón ha realizado un ingente esfuerzo que culmina con una obra imprescindible para cualquier jurista que pretenda conocer con solvencia la

responsabilidad penal de las personas jurídicas y su sinuosa incorporación en el ordenamiento jurídico nacional.

Pere Simón Castellano

Profesor Contratado Doctor Derecho Constitucional
Universidad Internacional de la Rioja UNIR
Abogado of counsel Font Advocats

VIDAL MARIN, Tomás, *La impugnación de disposiciones sin fuerza de ley y resoluciones de las Comunidades Autónomas prevista en el artículo 161.2 de la Constitución*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2020, 212 pp. ISBN 978-84-1355-263-7.

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-69\(1\)-2021pp293-302](http://dx.doi.org/10.18543/ed-69(1)-2021pp293-302)

Resulta grato dar la bienvenida a nuevas obras que destacan la calidad jurídica de la doctrina constitucional española. Es para mí un honor poder hacer una reseña de esta obra del Profesor Tomás Vidal Marín puesto que es una de las personas que me ha visto crecer y madurar académicamente.

Espero encarecidamente que este trabajo cumpla con sus expectativas y que no desmerezca a lo que anticipo que es una gran obra de suma importancia en los tiempos que corren (sobre todo a raíz del caso catalán).

El tema abordado en esta monografía, como anticipaba, no es una cuestión baladí, sin embargo, pocos han sido los estudiosos del Derecho que se han atrevido a abordarla. La impugnación de disposiciones sin fuerza de ley y resoluciones de las Comunidades Autónomas previstas en el art. 161.2 de la CE, es una materia compleja no exenta de polémica sobre todo al otorgar, produciendo un cierto desequilibrio, al Gobierno central la facultad de impugnar, por vicios de constitucionalidad, ante el Tribunal Constitucional todo tipo de resoluciones y

disposiciones de las Comunidades Autónomas con el consiguiente efecto de suspensión automática; no siendo predicable dicho privilegio de los respectivos gobiernos autonómicos.

El Profesor Tomás Vidal Marín, tras una breve pero ilustrativa introducción, comienza su obra haciendo un estudio de la tramitación en las Cortes Constituyentes del art. 161.2 de la CE. En él hace patente como por influjo de la Constitución italiana de 1948 se previó en el art. 143 del Anteproyecto de Constitución española el «veto suspensivo» por parte del Gobierno Central de los textos aprobados por los respectivos Parlamentos autonómicos. Adicionalmente, el autor pone de manifiesto como, en su paso por la Ponencia, el mencionado art. 143 del Anteproyecto fue suprimido y sustituido por el art. 154.2 que tras el *iter* constituyente pasó a ser el actual art. 161.2 de la CE. Conviene destacar, como el propio autor pone en relieve, que el art. 154.2 es un precepto nuevo que NO es fruto de las enmiendas que se presentaron al texto del art. 143 del Anteproyecto.

En el capítulo dedicado a los trabajos parlamentarios relativos al desarrollo del art. 161.2 de la Constitución española de 1978 en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, el citado Profesor afirma que dicho desarrollo en la LOTC fue muy generoso puesto que además de servir de fundamento a un procedimiento autónomo (previsto en su Título V), también se extendió tanto al recurso de inconstitucionalidad como a los conflictos de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, y de las Comunidades Autónomas entre sí.

Sin embargo, como se puede extraer de la atenta lectura del capítulo en cuestión, el extenso desarrollo del art. 161.2 de la CE en la LOTC, a pesar del tenor literal que parece dar a entender que el Constituyente estaba configurando un proceso autónomo distinto de los establecido en el apartado primero del mencionado precepto, no fue objeto de disputa ni impugnación alguna por parte de los distintos grupos parlamentarios. Y, como advierte con audacia el autor, todo ello parece deberse a que, ante la incertidumbre que generaba el nuevo proceso de descentralización territorial que ponía en marcha la Constitución, el legislador orgánico intentó evitar cualquier funcionamiento anormal del mismo que fuese contrario a nuestra Carta Magna y, por ello, otorgó al Ejecutivo central el privilegio de instar la suspensión automática de toda actuación de las Comunidades Autónomas en el ámbito de los procedimientos constitucionales, sin perjuicio de que, en aras a evitar eventuales vulneraciones del principio de autonomía consagrado en la Norma

Fundamental, se atribuyó en último término al más alto de nuestro Tribunales la confirmación o revocación de la suspensión en cuestión.

En el capítulo relativo al significado y alcance del art. 161.2 de la CE, el Profesor Tomás Vidal Marín analiza de forma rigurosa la compatibilidad entre el art. 153 y el art. 161.2 de la Constitución española. Pese a que *a priori* podría observarse una contradicción entre lo preceptuado en los artículos en examen, estaríamos únicamente ante una contradicción aparente dado que el art. 161.2 de la CE se limita a matizar el control jurisdiccional sobre la actividad de los órganos autonómicos previsto en el art. 153.

Para reforzar esta afirmación establece una diferenciación con el fin de evitar un solapamiento en términos absolutos entre la jurisdicción contencioso-administrativa y la jurisdicción constitucional que eventualmente pudiese ocasionar el procedimiento regulado en el Título V de la LOTC. En este sentido, se llega a la conclusión de que si el vicio del acto sin fuerza de ley de la Comunidad Autónoma que origina el conflicto es un simple vicio de legalidad, será competente la jurisdicción contencioso-administrativa; no pudiendo conocer bajo ningún concepto el Tribunal Constitucional a pesar de la desafortunada redacción del art. 77 de la LOTC en virtud del cual: «la impugnación regulada en este Título, se cual fuere el motivo en que se base, se formulará...», pues de lo contrario «chocaría de frente» con la propia naturaleza jurídica del Alto Tribunal en tanto en cuanto es un tribunal de la constitucionalidad y en ningún caso de la legalidad.

En cambio, si el vicio es de constitucionalidad, el autor se presunta si ¿podrá siempre el Gobierno central optar por la jurisdicción constitucional o por la jurisdicción contencioso-administrativa?

Y para dar respuesta a este interrogante, el autor determina que «dependerá en último término de la naturaleza y del tipo de la disposición o resolución autonómica impugnada». Afirmando que, si la resolución que se impugna es un reglamento ejecutivo de una ley, el litigio debería interponerse ante la jurisdicción contencioso-administrativa, ya que la validez de este tipo de reglamentos está supeditada a la ley que desarrollan y no de la Constitución. Mientras que si se trata de un reglamento independiente sería competente el Tribunal Constitucional, puesto que si habría una relación de jerarquía entre la Norma Fundamental y este tipo de disposiciones.

Concluyendo que, en aquellos casos en los que el Gobierno pueda optar entre ambas jurisdicciones, resulta evidente que recurrirá a la jurisdicción constitucional habida cuenta de que conlleva la suspensión automática del acto o resolución recurrida.

Adicionalmente, en el citado capítulo, el autor realiza una delimitación del procedimiento previsto en el Título V de la LOTC respecto de otros procesos constitucionales, puesto que considera que es necesario acotar el proceso conflictual consagrado en el Título IV de la LOTC del reconocido en el Título V habida cuenta que ambos procesos tienen por objeto disposiciones y resoluciones sin fuerza de ley. Y, en este sentido, haciendo una interpretación lógica-sistemática de la

Constitución en relación con las competencias atribuidas al Tribunal Constitucional y con su ley orgánica de desarrollo, llega a la conclusión de que el procedimiento previsto en el Título V de la LOTC «ha de ponerse en marcha cuando el vicio constitucional de la disposición o resolución sin rango de ley que se impugna es extraño al reparto de competencias efectuado por el bloque de la constitucionalidad»; advirtiendo además que «tanto el Título IV como el Título V prevén la suspensión automática por lo que parece claro que en la voluntad del legislador no estaba presente la identificación del proceso previsto en el Título V con los conflictos de competencia».

Conviene matizar que, en la práctica, la gran mayoría de los vicios de inconstitucionalidad atribuidos a las disposiciones y resoluciones autonómicas sin rango de ley se identifican con vicios consecuencia de la conculcación del reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas previsto en la Constitución española de 1978. Cuestión que, como pone en relieve el Profesor Tomás Vidal Marín, desplaza el proceso constitucional del Título V a un plano secundario, jugando un papel de cierre del control de constitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional sobre las disposiciones objeto de estudio.

En cuanto a los órganos legitimados para su interposición, tras un riguroso análisis, el autor afirma que única y exclusivamente estaría legitimado el Gobierno central en virtud del art. 161.2 CE; puesto que en virtud del tenor literal del citado precepto

constitucional sería inviable que el legislado orgánico pueda incrementar el número de sujetos legitimados activamente en este proceso en base a lo establecido en el art. 162.2 CE.

En el capítulo relativo al objeto del proceso, el Profesor Tomás Vidal Marín parte de la premisa de que nuestros constituyentes hicieron la formulación genérica del objeto del procedimiento impugnatorio previsto en el art. 161.2 de la CE al utilizar la expresión «disposiciones y resoluciones» adoptadas por las Comunidades Autónomas. Es decir, el autor matiza que nuestros constituyentes «no concretaron si la expresión disposiciones que emplea el art. 161.2 CE incluye a las disposiciones normativas con fuerza de ley y sin fuerza de ley, bien solo a las disposiciones sin fuerza de ley o bien solo a disposiciones con fuerza de ley. Fue el legislador orgánico el que ha resuelto esta cuestión puesto que al desarrollar de forma tan generosa dicho precepto constitucional ha considerado que el término disposiciones engloba tanto a las disposiciones sin fuerza de ley como a las disposiciones con fuerza de ley».

Centrándonos en el tema que nos ocupa, el Título V de la LOTC lleva por rúbrica «de la impugnación de disposiciones sin fuerza de ley y resoluciones de las Comunidades Autónomas prevista en el artículo 161.2 CE»; en consecuencia el autor, con gran acierto a mi parecer, considera susceptibles de impugnación por medio de dicho proceso autónomo cualquier norma reglamentaria, cualquier acto que ponga fin al procedimiento administrativo e, incluso, los actos de trámite a los que se refiere la Ley

reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

En definitiva, pese a que de una somera lectura de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional podría llevarnos a discurrir que existen una identidad de objeto tanto en el proceso constitucional del Título V y el procedimiento relativo a los conflictos interterritoriales de competencias del Título IV, coincidiendo con el criterio del Profesor Tomás Vidal Marín, considero que no existe tal coincidencia plena. Todo ello debido a que, como se puede extraer de la atenta lectura de la monografía objeto de recensión, si bien es cierto que en la mayoría de las ocasiones el objeto de ambos procedimientos podría ser coincidente, no tendrían una identidad plena, probablemente, por el carácter diverso de ambos procedimientos constitucionales. Y, máxime, cuando de la propia LOTC parece configurar un objeto más amplio en el caso del proceso impugnatorio establecido en el Título IV¹.

En el capítulo sexto, el autor profundiza en estas cuestiones haciendo un exhaustivo análisis del control indirecto de la Ley autonómica a través del proceso impugnatorio del Título V de la LOTC y una especial consideración de los actos de trámite como objeto de impugnación.

¹ Frente al proceso constitucional del Título V en el que para la delimitación del objeto se refiere a «disposiciones sin fuerza de ley y resoluciones», en el Título IV se define como objeto del procedimiento constitucional en él consagrado las «disposiciones, resoluciones y actos».

Respecto al primer aspecto, control indirecto de la Ley autonómica a través del proceso impugnatorio del Título V de la LOTC, el autor llega a la deducción de que es perfectamente factible en nuestro Derecho «un control indirecto de las leyes por medio de la impugnación de disposiciones sin fuerza de ley y resoluciones de las Comunidades Autónomas prevista en el art. 161.2 CE en base a una interpretación finalista y sistemática del artículo 77 de la LOTC el cual, aunque por remisión, permite el control indirecto de normas con rango de ley que sean contrarias a la Constitución». Con todo ello, dicha impugnación sólo será posible, como ha quedado patente, cuando el motivo de la inconstitucionalidad tenga su origen directo en «la norma con rango de ley y cuando esta norma se alegue expresamente en el proceso (exigencias estas contenidas en el art. 67 de la LOTC)»; sólo pudiendo prosperar aquellas pretensiones de declaración de ilegitimidad constitucional de la norma con rango de ley que estén vinculadas con el objeto de la impugnación.

En lo referente a la especial consideración de los actos de trámite como objeto de impugnación, tras un examen del Auto del Tribunal Constitucional 135/2004 en el que se rechazó la impugnación del Gobierno de la Nación contra el acuerdo del Gobierno del País Vasco por el que se aprobaba el conocido como Plan Ibarretxe (así como el acuerdo de la Mesa del Parlamento vasco por el que se admite a trámite dicha propuesta de reforma del Estatuto Político de la Comunidad de Euskadi para su tramitación de conformidad con el procedimiento

legislativo ordinario), son varias las razones consistentes que aduce el autor, expuestas con toda claridad, para considerar equivocado dicho pronunciamiento constitucional.

En el capítulo dedicado al plazo para interponer la impugnación, se pone de manifiesto como la LOTC prevé dos criterios: por un lado, un criterio general según el cual se establece el plazo de 2 meses siguientes a la publicación; por otro lado, un criterio subsidiario en virtud del cual el plazo de 2 meses se empezará a computar, no desde la publicación, sino desde que el Gobierno de la Nación tuviera conocimiento de la misma. En este punto, el autor se pregunta: ¿Cuándo entrará en juego este criterio alternativo?

Según la Ley cuando no se publique la disposición normativa sin fuerza de ley o resolución de la Comunidad Autónoma. Nuestro ordenamiento jurídico solo obliga a que se publiquen en el Diario Oficial de la correspondiente Comunidades Autónomas las disposiciones normativas sin fuerza de ley de carácter general; luego, a *sensu contrario*, la falta de publicación se podrá producir en aquellos casos de disposiciones normativas que no tengan carácter general y en el supuesto de las resoluciones.

Ahora bien, como pone de manifiesto el Profesor Tomás Vidal Marín, este criterio subsidiario parece que no casa bien con el principio constitucional de seguridad jurídica, puesto que el art. 76 de la LOTC faculta al Gobierno Central para impugnar la disposición o resolución *dicta sine die* desde que la misma se haya dictado y notificado a la persona interesada. Es

por ello por lo que este criterio debe interpretarse de manera restrictiva.

Es más, habida cuenta de lo criticable de este plazo alternativo, hubiera sido preferible, como afirmar con cierta perspicacia el autor, que el legislador hubiese omitido el mismo, estableciendo solo el plazo de 2 meses desde la publicación del acto impugnado.

Del atento examen del capítulo dedicado a los motivos de la impugnación se desprende que el ámbito propio y específico de este proceso constitucional queda delimitado por fundamentarse en cualquier vicio de inconstitucional, pero distinto a la infracción de la distribución constitucional de competencias.

El penúltimo capítulo, «procedimiento», se divide en cinco epígrafes que permiten al lector comprender de forma clara y concisa el procedimiento de impugnación consagrado en el art. 161.2 de la CE.

El primero, «La consulta obligada al Consejo de Estado como requisito de procedibilidad», el autor parte de la premisa de que «en este proceso constitucional, la consulta al Consejo de Estado ha de hacerse de forma obligada porque así lo exige la Ley reguladora del Consejo de Estado, en concreto la Ley 3/1980, de 22 de abril». Por todo ello, se puede afirmar que la consulta constituye un requisito de procedibilidad; y, en consecuencia, el autor considera que en caso de que el Gobierno central incumpla este requisito exigido legalmente, el Tribunal Constitucional deberá inadmitir a trámite la demanda que se formule, al incumplir el Gobierno un requisito necesario para la admisibilidad de la

misma. Ahora bien, la opinión cualificada que emite el Consejo de Estado a través del dictamen correspondiente no tendrá carácter vinculante.

El segundo, «Invocación expresa del artículo 161.2 CE y *diez a quo* del inicio de la suspensión», comienza describiendo como el artículo 77 de la LOTC se remite, en lo que a la tramitación procesal del proceso constitucional objeto de estudio, al procedimiento previsto para los conflictos positivos de competencia; y en este último procedimiento, la Ley requiere la invocación expresa por el Gobierno del artículo 161.2 CE.

Probablemente sea esta remisión legal del Título V al Título IV la que ha dado lugar a que el alto Tribunal también exija la invocación expresa por parte del Gobierno de la Nación del artículo 161.2 CE para que se produzca la suspensión de la disposición sin fuerza de ley y de la resolución autonómica impugnada.

Al respecto, el Profesor Tomás Vidal Marín, sostiene que esta interpretación realizada por el Tribunal Constitucional es desacertada porque carece de lógica jurídica, ya que el máximo intérprete de la Constitución parece no tener suficientemente en cuenta que el legislador orgánico configuró en el Título V un proceso autónomo con fundamento en el artículo 161.2 CE. Y a tenor de este precepto constitucional, la impugnación por el Gobierno de la Nación de la disposición o resolución autonómica conlleva de forma automática su suspensión, lo cual viene ratificado por el art. 77 de la LOTC.

Una vez expuesto a lo anterior, conviene preguntarse ¿qué sucedería si el Gobierno Central impugnara, en

base a lo dispuesto en el Título V de la LOTC, una disposición sin valor de ley de una Comunidad Autónoma y no invocase el art. 161.2 CE?

En este caso, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, se trataría de un procedimiento constitucional diferente al consagrado en el Título V; y, por ende, como apercibe acertadamente el autor ante «un proceso constitucional carente de cobertura legal y sin ningún fundamento constitucional.

Por otra parte, la admisión a trámite de la demanda es un requisito necesario para que produzca efectos la suspensión de la disposición o resolución impugnada, lo cual no es incompatible con el automatismo de la suspensión siempre y cuando se retrotraigan los efectos de la suspensión al momento de la interposición de la correspondiente demanda. La retroacción de los efectos de la suspensión al momento en que se formaliza la demanda afectará, como asevera el Profesor Tomás Vidal Marín, únicamente a las partes en el proceso impugnatorio, mientras que para los destinatarios, la suspensión iniciará su eficacia en el momento de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

El tercer epígrafe aborda la cuestión de la naturaleza de la suspensión muy polémica en la doctrina científica. En síntesis, la mayor parte de la doctrina y el Tribunal Constitucional español consideran que la suspensión prevista en el art. 161.2 CE es una medida que goza de una doble naturaleza: cautelar y de control del Estado sobre las Comunidades Autónomas.

Sin embargo, el Profesor Tomás Vidal Marín entiende que «incluso al

inicio del procedimiento, la suspensión automática es una medida cautelar en el que *fumus boni iuris* y el *periculum in mora* se presumen *ex constitutione*; presunciones *iuris tantum* que, a del citado Profesor, se podrían venir abajo si se probase, ante el Tribunal Constitucional, en el plazo de 5 meses la ausencia de algunos de esos presupuestos». Concluyendo que «solo una interpretación así sería congruente y respetuosa con la autonomía reconocida a nivel constitucional a las entidades territoriales que conforman el Estado español».

En cuanto a la duración de la suspensión automática, prevista en el epígrafe cuarto, si se atiende al tenor literal de los arts. 161.2 de la CE y 77 de la LOTC se puede deducir que el plazo de suspensión de 5 meses es un plazo máximo y, por tanto, la suspensión automática inicial no podrá prolongarse en ningún caso más allá de 5 meses desde la presentación de la demanda ante el Tribunal Constitucional; y si debe seguir suspendida en su vigencia la disposición o resolución autonómica impugnada, el autor considera que «habida cuenta que no haya resuelto aún mediante sentencia la impugnación de la disposición autonómica, será necesario un pronunciamiento expreso de aquel mediante auto en el que de forma motivada acuerde el mantenimiento de la suspensión». Y, posteriormente, expone la cuestionable doctrinal-jurisprudencial del Tribunal Constitucional entorno a la duración de la suspensión.

Por otro lado, partiendo del hecho de que la Constitución ha configurado el plazo máximo de 5 meses de duración de la suspensión automática de viene interesante preguntarse si el

transcurso de dicho plazo sin que se haya pronunciado el Alto Tribunal, ¿producirá el levantamiento automático de la suspensión?

El autor es claro al emitir una respuesta negativa, puesto que entiende que la suspensión automática prevista en el art. 161.2 CE requiere de un pronunciamiento del Tribunal Constitucional al respecto, tal y como se desprende de la LOTC que en sus art. 77 y 64.2 requiere para que se produzca la suspensión, la comunicación por el Tribunal de la formulación de la impugnación o del conflicto positivo de competencia con invocación del citado precepto constitucional, lo que aparece justificado puesto que la suspensión se produce en el seno del proceso jurisdiccional.

En el último epígrafe de este capítulo, dedicado a los criterios para mantener o levantar la suspensión, se hace patente que el art. 161.2 de la CE no establece criterio alguno para que el Alto Tribunal adopte una decisión acerca del mantenimiento o levantamiento de la suspensión automática inicial, limitándose a señalar que, en el plazo máximo de 5 meses, el Tribunal deberá ratificarla o suspenderla. Y lo mismo sucede en el art. 77 de la LOTC, referido al proceso objeto de la monografía recensionada, y en el art. 65.2 LOTC, referido a los conflictos positivos de competencia planteados por el Gobierno central, los cuales al referirse a la suspensión automática afirman que la misma deberá ratificarse o levantarse por el Tribunal en plazo no superior a 5 meses.

Teniendo que recurrir a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional para hallar los criterios a tener en

cuenta para mantener o levantar la suspensión; jurisprudencia que, ante la indeterminación normativa, ha sido oscilante en sus primeros años, habiéndose perfeccionado y consolidado con el transcurrir de los años. Tales criterios son:

- Perjuicios de imposible o difícil reparación.
- Los intereses en juego o concernidos.
- La relevancia de la materia sobre la que incide la disposición automática impugnada.
- El principio de seguridad jurídica.
- El criterio del *fumus boni iuris*.
- El bloqueo de competencias estatales.
- Presunción de legitimidad de los actos o normas que emanan de los poderes públicos.

En opinión del autor, se aprecia como el Tribunal Constitucional a la hora de mantener o levantar la suspensión automática inicial prevista en el art. 161.2 CE, no se ha limitado a utilizar los clásicos criterios o requisitos que nuestro Derecho exige en relación con la adopción de medidas cautelares, básicamente, el *periculum in mora* y *fumus boni iuris*, sino que ha desarrollado una doctrina y jurisprudencia específica en atención a la particularidad de aquella suspensión.

En el último capítulo de su monografía, el Profesor Tomás Vidal Marín formula la siguiente cuestión: «¿Influye el auto del Tribunal decretando el mantenimiento o levantamiento de la suspensión sobre la sentencia que

resolverá finalmente sobre el fondo del asunto?»).

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional al respecto ha sido clara puesto que en muchas ocasiones ha manifestado que: la resolución sobre el mantenimiento o levantamiento de la suspensión de las disposiciones, resoluciones y actos objeto de impugnación y procedentes de las Comunidades Autónomas prevista en el art. 161.2 de la CE es independiente de la resolución sobre el fondo del asunto, la cual deberá realizarse mediante sentencia. Doctrina del Tribunal Constitucional que, a juicio del autor, es poco discutible desde la perspectiva de la técnica jurídica y perfectamente congruente con el criterio que, con carácter general, emplea el Tribunal para decidir el mantenimiento o levantamiento de la suspensión: los perjuicios de imposible o difícil reparación.

No obstante, el autor en cuestión, estima que esta jurisprudencia «carece de la suficiente solidez cuando el Tribunal Constitucional utiliza otros criterios a los que ya nos hemos referido: bloqueo competencial, especial relevancia constitucional y *fumus boni iuris*. En estos casos, y a pesar de ser criterios considerados excepcionales por el Tribunal Constitucional, la decisión adoptada en el auto sobre el mantenimiento o levantamiento de la suspensión si prejuzgara el sentido del fallo posterior. En estos supuestos, la solución adecuada sería dictar sentencia en el plazo estipulado, sin emitir auto de ratificación de la suspensión de la actuación de la

Comunidad Autónoma puesto que, en caso contrario y por vía de excepción, podría llegar a desnaturalizarse el incidente de suspensión previsto en el art. 161.2 de la CE».

Por último, no se puede ignorar el brillante prologo del Profesor Francisco Javier Díaz Revorio en el que, además de señalar la alta calidad de esta obra y elogiar la trayectoria académica del autor, sostiene que «esta anomalía útil y con sentido, y a pesar de las dudas, complejidades y contradicciones que introduce, se ha manejado en la práctica de forma razonable y conveniente como salvaguarda y protección de los valores constitucionales». Además, a pesar de coincidir con la mayoría de las opiniones vertidas por el Profesor Tomás Vidal Marín, el prologuista discrepa con alguna de ellas sobre todo en cuanto a la consecuencia de inadmisión por el Tribunal Constitucional de las pretensiones en las que el Gobierno no invoca expresamente la suspensión en un procedimiento del Título V; o, en la idea de que la suspensión pueda tener carácter retroactivo para las partes, pero no con alcance general.

En definitiva, en mi opinión, es una monografía altamente recomendable no sólo por la relevancia de la temática abordada, sino por las opiniones vertidas con una gran fundamentación que hacen casi irrefutables las posturas adoptadas. Y, como no señalar, el riguroso y exhaustivo de la jurisprudencia en la materia y de las más relevantes obras doctrinales en la materia.

María Ruiz Dorado

Investigadora Doctora en Derecho Constitucional
Universidad de Castilla –La Mancha

ZEDLER, Friederike, *Mehrsprachlichkeit und Methode. Der Umgang mit dem sprachlichen Egalitätsprinzip im Unionsrecht*, Nomos. Baden-Baden, 2015. 627 pp. ISBN 978-3-8487-2403-1.

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-69\(1\)-2021pp303-307](http://dx.doi.org/10.18543/ed-69(1)-2021pp303-307)

Como bien señalan Arman Basurto y Marta Domínguez Jiménez en su excelente ensayo recientemente aparecido en nuestras librerías (*¿Quién hablará el europeo? El desafío de construir una unión política sin una lengua común*, Clave Intelectual: Madrid, 2021, pág. 16), «la consolidación lingüística es uno de los principales nudos gordianos a los que habrá de enfrentarse la sociedad europea en el futuro, y la historia es parca a la hora de mostrar precedentes en los que dichos procesos de consolidación lingüística se hayan completado sin tensiones ni conflictos».

La presencia de esas tensiones y conflictos puede detectarse continuamente a un nivel político, como los medios de comunicación no cejan de informarnos diariamente, pero también a un nivel jurídico, en la medida en que la Unión Europea es una realidad a la que ya no es ajeno casi ninguno de los ámbitos de decisión que hasta hace poco correspondían en exclusiva a los Estados nacionales miembros de la misma. Puesto que el Derecho es ante todo una entidad lingüística, esa pluralidad de lenguas que conviven, y compiten, en el seno de la

Unión produce una interminable sucesión de equívocos y dislocaciones tanto en la producción como en la interpretación de las normas, ya sean estas europeo-comunitarias o nacionales o subnacionales de aplicación de las primeras, lo que da lugar a numerosos litigios que acaban llegando a los tribunales de justicia de la Unión. Esta realidad conflictiva exige, por tanto, una reflexión de orden metodológico que trate de poner un poco de coherencia en la resolución de los casos conflictivos y ofrecer unas propuestas de ordenación futura de la cuestión.

A esta problemática se dirige el libro que aquí comentamos, que probablemente ha pasado muy inadvertido para el público interesado de habla hispana, y que por ello, aunque sea con cierto retraso, quizá merezca la pena reseñar, ya que se trata de una problemática que, pese a su importancia, apenas ha recibido la atención de nuestra investigación científica, como un simple repaso de la bibliografía del mencionado libro de Basurto y Domínguez Jiménez permite verificar. Por ello, le dedicaremos aquí unas líneas, con en el afán de fomentar una mayor dedicación de nuestros

estudiosos a los intensos problemas metodológicos que abre la construcción de un ente tan complejo como es el Derecho de la Unión Europea.

Este libro es resultado de una magnífica tesis doctoral defendida por la autora en la Universidad de Heidelberg, bajo la dirección del profesor Christian Baldus, en el año 2014. Han pasado, pues, algunos años, pero considero que la obra no ha perdido ni un ápice de actualidad (si bien es cierto que las publicaciones académicas referidas al Derecho europeo crecen a ritmo exponencial, pero no son tantas las que ofrecen avances sustanciales: para una relativa puesta al día pueden consultarse las páginas correspondientes de la última edición del manual editado por K. Riesenhuber, *Europäische Methodenlehre. Handbuch für Ausbildung und Praxis*, De Gruyter: Berlin/München/Boston, 2024⁴). El punto central del libro es el análisis metodológico de la concepción e interpretación del principio de la igualdad de trato de todas las lenguas oficiales de la Unión Europea (*Egalitätsprinzip*), derivado de lo establecido en el artículo 55, párrafo 1º, del Tratado de la Unión Europea (*El presente Tratado... cuyos textos en cada una de estas lenguas son igualmente auténticos...*), principio que se extiende, naturalmente, a todos los actos jurídicamente vinculantes de la Unión. Este hecho constituye sin duda un tremendo desafío para el intérprete del Derecho, tanto del Derecho comunitario como del nacional de los Estados miembro, y especialmente para el aplicador estatal del Derecho, puesto que este está sujeto al mandato de interpretar y aplicar todos los actos

jurídicos de la Unión, y los propios actos jurídicos nacionales en trasposición de estos, conforme a los principios metodológicos del Derecho de la Unión. Y entre tales principios metodológicos se encuentra, desde el famoso caso *CILFIT* (STJUE de 6.10.1982, caso 283/81, *CILFIT/Ministero della Sanità* [1982, 3415]), el de que, en previsión de una posible cuestión prejudicial ante el TJUE, el juez nacional, antes de poder llegar *bona fide* a la conclusión de que no existe ninguna duda interpretativa razonable de la norma comunitaria que considera de aplicación, debe proceder a una comparación sistemática de todas las formulaciones lingüísticas oficiales de la norma en cuestión. Si esto ya resultaba de difícil digestión en los momentos originarios de creación de las Comunidades Europeas (cuando las «lenguas de trabajo» de las instituciones comunitarias eran el francés, el italiano, el alemán y el neerlandés), terminó por convertirse en un desiderátum quimérico sobre todo tras la gran ampliación de 1 de mayo de 2004, que extendió el abanico de las lenguas oficiales de la Unión a un total de 24 (aun cuando *de facto* solo han quedado tres «lenguas de trabajo»: inglés, francés y alemán, y por este orden de presencia real). Sobre todo desde estas últimas ampliaciones de la Unión ha quedado bien claro que en este punto chocan dos principios fundamentales incompatibles entre sí: la máxima según la cual el juez debe aplicar el Derecho de la Unión *lege artis*, y el principio según el cual en la interpretación de la norma todas las lenguas oficiales merecen igual trato. Como

estadísticamente es improbable que el juez nacional vaya más allá de una pequeña selección de las redacciones textuales más significativas, la consecuencia que se impone para la A. es que una ignorancia sistemática de las premisas metodológicas del Derecho comunitario conducirá a resultados desiguales en la aplicación del Derecho y pondrá en cuestión la unidad jurídica en el seno de un mercado interior (pág. 35).

A esta compleja problemática se refiere, pues, el presente libro, que se ocupa de la discrepancia entre las pretensiones metodológicas y la praxis real de los tribunales de la Unión y pretende extraer de ella consecuencias para la futura creación e interpretación del Derecho de la Unión, partiendo de la premisa de que la actual doctrina metodológica sobre el principio de igualdad lingüística no puede ser rigurosamente observada por ningún operador jurídico nacional. La cuestión a resolver es si es posible restaurar de algún modo una congruencia entre pretensión y realidad con relación a la vigencia de dicho principio igualitario y formular propuestas solventes para una nueva regulación del Derecho lingüístico de la Unión.

El trabajo se divide así en tres partes, subdivididas en 18 capítulos (más uno de introducción), a las que se añade un capítulo de resumen y conclusiones (en 6 idiomas).

La primera parte (§§ 2-7, pp. 41-156) está dedicada a los fundamentos teóricos del principio de igualdad lingüística y su inserción en el marco de la metodología jurídica europea. La A. parte de la base de la necesidad de una interpretación del Derecho de la

Unión conforme a un método propio y a las peculiaridades de la Unión Europea como una *communauté au droit*. A partir de ahí deben deducirse las normas que regulen el Derecho de uso de las lenguas a nivel de la Unión, distinguiendo entre un Derecho lingüístico europeo formal (entendiendo por tal las reglas procedimentales para el uso de las lenguas en el proceso de creación normativa) y uno material (*i. e.* las reglas sobre la protección y difusión de las lenguas), por lo que caben vulneraciones del Derecho comunitario al respecto tanto en uno como en otro sentido. En virtud de esto ha de interpretarse la política lingüística de la Unión Europea, que está comprometida con el fin de conservar la multiplicidad lingüística mediante la exigencia de una múltiple capacidad lingüística individual (una arriesgada conclusión por parte de la A. que tiene hondas consecuencias, no solo a nivel europeo comunitario, sino también intranacional, ardua cuestión en la que la A. no ahonda).

La segunda parte (§§ 9-15, pp. 157-351) es la que puede resultar de una mayor accesibilidad para un público menos acostumbrado a la metodología jurídica comunitaria de base germánica, pues se dedica al estudio empírico de la jurisprudencia de los tribunales de la Unión (comprendidas también las conclusiones de los Abogados Generales) referidas al multilingüismo entre el 1 de enero de 2004 y el 31 de diciembre de 2008. De ese análisis se desprende la renuencia de los tribunales a una incorporación de la totalidad de las versiones lingüísticas de las normas aplicadas y a la práctica común de contentarse con la

utilización de algunas versiones ejemplificativas. Con respecto al procedimiento interpretativo, el análisis revela la existencia de preferencias por el empleo de la lengua más relevante para el caso en cuestión, pero considerando sobre todo su mayor difusión. En este sentido, hay un claro descenso en el uso del método lingüístico-textual como criterio hermenéutico y la preferencia creciente por otros métodos, sobre todo el teleológico. Frente a la exigencia metodológica de conservación del plurilingüismo de la Unión, el TJUE tiende a recurrir habitualmente a fórmulas jurisprudenciales procedentes de las primeras décadas de funcionamiento de la Unión, sin adaptarse a los cambios operados entre tanto, lo que a juicio de la A. ocasiona una discrepancia que produce un estado de inseguridad jurídica difícilmente sostenible.

Por fin, la tercera, y última, parte del trabajo (§§ 16-19, pp. 353-529) se dedica a las cuestiones teóricas que se deducen del tratamiento judicial del principio del multilingüismo de la Unión analizado en el capítulo anterior. La cuestión principal que se suscita es la de qué es lo que podría modificarse para reducir la discrepancia entre el mandato igualdad de trato de todas las lenguas oficiales y las necesidades de una aplicación del Derecho manejable en una praxis judicial ordinaria con limitados recursos. La A. propone recomendaciones a tres niveles: en la redacción de las normas legislativas, tratando de reducir al mínimo las posibilidades de surgimiento de divergencias idiomáticas y jurídicas; en la interpretación y aplicación del Derecho, a través de la creación de

presupuestos metodológicos comunes que garanticen estrictamente la confianza en la versión del texto legal en el idioma de un determinado país que sea la que apunte a la compensación de un determinado perjuicio patrimonial; y en las normas de Derecho lingüístico como tal, mediante una nueva concepción del multilingüismo de la Unión que afecte tanto a las relaciones de la Unión Europea con los Estados miembro y los ciudadanos de la Unión, como al normal funcionamiento de los órganos comunitarios.

El libro se cierra con una nutrida bibliografía que alcanza las 45 páginas de letra bien menuda y un índice de la jurisprudencia analizada que supera los 200 casos, lo que ya de por sí da una idea de la extraordinaria envergadura del trabajo ofrecido por la A.

Estamos, en suma, ante un libro vigoroso, de altos vuelos tanto teóricos como informativos, que a mi juicio supera claramente lo que podría esperarse de un primer trabajo de investigación. La A. muestra una madurez de juicio crítico fuera de lo habitual y ofrece numerosos hilos con los que pueden tejerse futuras profundizaciones en esta intrincada cuestión, que, como bien sabemos, desborda claramente los límites del Derecho de la Unión Europea para invadir también los ámbitos de los Derechos nacionales y subnacionales. Tras el acurado análisis dogmático-jurídico que se ensaya en este trabajo laten numerosas cuestiones de índole social y política que requieren de un instrumental muy diferente del que aquí nos ofrece la A. Pero, sin duda, ese estudio más amplio se quedaría flotando en el vacío si no contara con el

sustrato jurídico-formal que aquí se nos exhibe profusamente. Se trata, por tanto, de una excelente base para la construcción de nuevos discursos que contribuyan a aportar soluciones a los múltiples problemas y desafíos derivados del multilingüismo de nuestras sociedades contemporáneas (no solo la europea, y no solo a nivel continental).

A menos, claro está, que termine por imponerse la propuesta que Barurso y Domínguez Jiménez nos presentan en su ensayo citado al principio de este texto, según la cual estamos asistiendo simplemente a las primeras fases de la gestación de una nueva lengua común, el *Eurish* o *broken English*, es decir, la jerga tecnocrática que parasita la lengua de

Shakespeare para la interlocución de los políticos y burócratas que desde Bruselas administran la mayoría de los asuntos importantes que hoy afectan a los ciudadanos de la Unión Europea, y que por la propia fuerza de los hechos (o eso se nos quiere hacer creer) acabará orillando a todos los idiomas nacionales de los diferentes Estados miembro en el desarrollo del Derecho comunitario del futuro. Sin embargo, aun si esto fuera de ese modo, el brillante esfuerzo desplegado aquí por la A. no habrá sido del todo en vano, puesto que siempre podrá quedar como un excelente intento de proporcionar una firme base dogmático-jurídica al ideal romántico de la conservación de las viejas lenguas en el suelo de Europa.

Francisco J. Andrés Santos
Catedrático de Derecho Romano
Universidad de Valladolid

ABADÍAS SELMA, Alfredo / SIMÓN CASTELLANO, Pere (coords.), *La prisión provisional y su estudio a través de la casuística más relevante: un análisis ante la segunda revolución de la justicia penal*. Atelier, Barcelona, 2020, 368 pp., ISBN 978-84-1824-417-9.

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-69\(1\)-2021pp309-317](http://dx.doi.org/10.18543/ed-69(1)-2021pp309-317)

La obra analiza la figura de la prisión provisional desde el estudio de casos mediáticos en los que —en su gran mayoría— se ha visto aplicada de forma más o menos automática o sobrepasando los límites a los que se halla sujeta. Para ello, la obra reúne a un gran número de expertos que analizan separadamente cada uno de los casos seleccionados al efecto, comenzando, a modo de pórtico, con un conciso e incisivo prólogo del profesor Rodríguez Ramos que puntualiza sobre la necesidad de un cambio de óptica en la aplicación de la prisión preventiva en el proceso penal y advierte del contenido especialmente crítico de los estudios que contiene el libro.

La obra puede estructurarse en tres grandes bloques: un primer bloque dedicado al estudio general de la teoría de la prisión provisional en el que se abordan todas las cuestiones relevantes para la correcta comprensión de la figura en todos sus extremos y vertientes, incidiendo especialmente en los principios, características, presupuestos y especialmente en su

evolución legislativa y de la jurisprudencia del TC que desembocó en las últimas reformas de la LECrim en la materia; un segundo bloque dedicado al análisis de la aplicación de prisión provisional en casos mediáticos; y un tercer bloque dedicado a cuestiones que permanecen actualmente abiertas y sobre las que es posible mantener un debate, como la compensación por aplicación indebida y la paulatina incorporación de la dinámica del *Law Case* anglosajón.

I. El primer bloque comienza con un trabajo del Dr. Pere Simón Castellano, que formula una necesaria introducción teórica sobre los caracteres, principios, aspectos constitucionales y demás cuestiones relevantes que, bajo el prisma de la excepcionalidad, gravitan sobre la necesidad de concurrencia de los presupuestos de *fumus boni iuris* y *periculum in mora*, al tiempo que también aborda el procedimiento para su imposición y trata algunos aspectos como el abono de la prisión provisional a la pena haciendo especial

hincapié en la vertiente penitenciaria, pues la diferencia existente entre preventivos y penados a efectos de beneficios y demás aspectos relacionados con las clasificaciones, con el régimen y con los establecimientos penitenciarios, les genera una desigualdad patente. También aporta algunos datos empíricos que evidencian que España no es el país de la Unión Europea que más presos preventivos tiene, aunque se aprecia una tendencia al alza en los últimos 5 años.

Seguidamente aparece un capítulo especialmente interesante —y por lo demás emotivo— puesto que se trata de uno de los últimos trabajos que nos dejó el Dr. Vicente Gimeno Sendra, que poco antes de su partida tuvo tiempo de dejar por escrito su visión sobre este importante tema para formar parte de esta magna obra. En su estudio realiza un repaso por la reforma de los arts. 503 y 504 LECrim, así como por los fines, naturaleza, principios, requisitos, fundamentos y presupuestos para su aplicación, recalcando la desaparición por inconstitucional del presupuesto de alarma social, pero reflexionando sobre la pervivencia del presupuesto del riesgo de reiteración delictiva, en especial en el ámbito de la violencia de género y del crimen organizado (con cita de la STEDH de 24-8-1998, ente otras). En ese sentido, termina afirmando la más que dudosa constitucionalidad de esta previsión del art. 503.3 c) LECrim, por cuanto que permite aplicar la prisión provisional siempre que se presuma que el imputado puede actuar contra bienes jurídicos de la víctima cualquiera que sea su gravedad, aspecto que vulnera el principio de proporcionalidad.

En la misma línea argumentativa y ahondando en los contenidos teóricos de la prisión provisional se pronuncia el Dr. Manuel Jaen Vallejo, que aborda la nota de excepcionalidad de la figura en un estudio en el que, partiendo de la difícil armonización entre derecho y sociedad para la correcta comprensión de la función de la prisión provisional en el proceso penal democrático, realiza una aproximación a la regulación de la figura en la Unión Europea y en el derecho comparado, centrando la atención en las llamadas alternativas a la prisión preventiva, que son medidas cautelares no privativas de libertad que igualmente pueden servir a los fines del proceso a los que están destinadas las medidas cautelares personales en su conjunto, aprovechando para resaltar la importancia de los medios electrónicos y tecnológicos para el control y seguimiento de los sujetos sometidos a medidas de control y vigilancia, cuyos obstáculos materiales para su implementación parece que no se hallen presentes en el momento actual, por lo que este autor apuesta por mejorar la justicia penal con estos mecanismos, contando con un adecuado entramado de recursos materiales y humanos para el control y para reaccionar ante los incumplimientos, así como una previsión en materia de protección de datos para salvaguardar la intimidad del sometido a la medida cautelar no privativa de libertad, bajo estos mecanismos de seguimiento que harían innecesaria la aplicación de la prisión preventiva en la gran mayoría de casos en los que ahora se aplica.

Para concluir con este primer bloque, el Dr. Angel Luis Perrino Pérez

realiza un estudio sobre el papel del Ministerio Fiscal en el régimen legal de la prisión provisional, pues derivado de los principios acusatorio y de contradicción, la decisión judicial que acuerde la prisión provisional no puede dictarse sin petición de parte, esto es, sin que lo pida el Ministerio Fiscal o la acusación particular y/o popular si las hubiere, siempre que el Fiscal se adhiera o no informe en sentido contrario, pues —de igual modo— el informe del Fiscal oponiéndose a la aplicación de la prisión provisional (*favor libertatis*) es vinculante para el órgano jurisdiccional, por lo que el papel que juega el Ministerio Fiscal en la imposición de la prisión preventiva reviste un especial protagonismo a pesar de ser —por el momento y hasta que no se lleven adelante las proyectadas reformas en la LECrim— solo una parte. En ese sentido, realiza un recorrido por los fines constitucionales en relación a la intervención del Ministerio Fiscal en defensa de la legalidad y analiza varias circulares e instrucciones de la Fiscalía General del Estado que resultan especialmente relevantes para la comprensión de las posturas que el Ministerio Público debe asumir en el proceso penal en virtud de los principios acusatorio y de contradicción, así como el de legalidad, que informan su actuación.

II. El segundo bloque, dedicado al estudio de casos mediáticos, comienza con un trabajo del Dr. Alfredo Abadías Selma, sobre el caso Rosell y Besolí, que titula «entre la ley y el limbo de los justos», donde con una previa relación sintética de casos sonados de personas públicas en las que la prisión provisional ha sido aplicada

con distintos criterios, realiza un completo y profundo análisis de los aspectos jurídicos que envuelven a la prisión provisional reforzando los contenidos teóricos, para terminar relatando el caso del ex presidente del Fútbol Club Barcelona, Sandro Rosell y sus socios, entre ellos Joan Besolí, a quienes se acusó de un delito de blanqueo de capitales y otro de pertenencia a grupo criminal, pidiendo elevadas penas de prisión y de multa. Todos ellos fueron absueltos por la Audiencia Nacional, absolución confirmada por la Sala de apelaciones. Lo relevante del caso es que los acusados estuvieron 643 días en prisión preventiva, siendo una de las privaciones de libertad cautelares más largas que se han decretado en España y que han demostrado mayor implacabilidad por parte del Juez instructor encargado de la tramitación de la causa, pues ni siquiera se concedió un permiso de salida al Sr. Besolí cuando su hijo tuvo un accidente de tráfico en el que quedó parapléjico, aspecto que viene previsto en el art. 155 del Reglamento Penitenciario con carácter general para penados y en el art. 159 del mismo cuerpo legal para su aplicación a presos preventivos. Lo cierto es que, en el caso de sujetos sometidos a prisión provisional, se aprecia una desigualdad en el tratamiento de los presos preventivos en relación a los penados. Este autor resalta varios aspectos relevantes: por un lado, la depurada y contundente fundamentación jurídica de la sentencia absolutoria en relación a la inexistencia de los delitos por los que se formuló acusación, mediante argumentos que incluso tachan de errónea la acusación de la Fiscalía en relación

a la comprensión de los elementos que manejaron para construir el relato fáctico sobre el que se sustentó la acusación, extremo que viene a corroborar el exceso en la aplicación de la prisión provisional para los acusados en la causa; y por otro lado, las reclamaciones de indemnización al Estado por los daños y perjuicios que el transcurso en privación de libertad cautelar les ha supuesto, que ascienden a 28.582.950 € en el caso de Rosell, y 2.000.000 € en el caso de Besolí. En este sentido, tras la STC 85/2019, existe un derecho de los privados de libertad cautelar que son después absueltos por cualquier motivo, a que sean indemnizados por el Estado, aunque, termina diciendo este autor, que la exigencia jurisprudencial de que el interesado demuestre el daño efectivamente sufrido en la prisión provisional, sitúa a la sociedad en una suerte de limbo que se presta a la arbitrariedad e inseguridad jurídicas, que se alejan de la verdadera igualdad constitucional y de la unificación de criterios para atender a las exigencias de un Estado de Derecho.

Continúa la obra con un capítulo de la Dra. Gema Martínez Galindo dedicado al caso Lezo, sobre el que añade las notas de automatismo e inconsistencia procesal, pues se trata de una macrocausa por delitos de corrupción en la que los investigados fueron privados provisionalmente de libertad sin la más ínfima concurrencia de los presupuestos sobre los que se basó la resolución judicial para imponerla. Con un relato minucioso del devenir procesal de la causa —vivido en primera persona— narra el debate jurídico mantenido hasta la imposición de

la medida cautelar en relación a la paralela mediatización de la causa y los devastadores efectos que todo ello provocó en las vidas y en la salud de los investigados. La decisión tuvo en cuenta, por ejemplo, la ya desaparecida normativamente alarma social como fundamento de la prisión provisional y una genérica afirmación de existencia de riesgo de fuga y de desaparición de pruebas, riesgos eclipsados en el plano de la realidad por imposibilidad material de que existiesen, dada la batería de intervenciones en sus bienes y derechos que ya se habían acordado en la causa. Además, las defensas vieron claramente dificultada su labor dada la naturaleza de los hechos investigados y, en definitiva, se utilizaron motivos populistas con la finalidad de presionar para obtener confesiones y propiciar conformidades. Termina este capítulo con la proyección de un atisbo esperanzador para el proceso, enumerando un gran número de soluciones alternativas a la prisión preventiva que serían de fácil implementación, algunas de ellas ya previstas en las normas vigentes. Finalmente, deja abierta una cuestión en relación a la prevaricación, que debería incluir tanto a quienes solicitan como a los que imponen la medida cautelar injustamente a sabiendas o por imprudencia grave.

Seguidamente aparece un capítulo del Dr. Miguel Bustos Rubio sobre la STC 5/2020, de 15 de enero, sobre el caso *Carne Forcadell*. Con un detallado relato explica la fundamentación jurídica esgrimida por el TC al resolver sobre cada uno de los motivos de impugnación en el recurso de amparo, que versaron, casi todos ellos, sobre el

derecho a la libertad del art. 17 CE, con extremos hipotéticamente lesivos de ese derecho, como cuando el Juez instructor convocó a las partes a la comparecencia del art. 505 LECrim sin que nadie lo pidiera (a lo que el TC argumentó que lo que no puede es adoptar la prisión preventiva sin que nadie se lo pida, pero puede convocar la vista por propia iniciativa en virtud de sus facultades de dirección). Fueron motivos de impugnación, además, la ausencia de imparcialidad en el juzgador y la vulneración de normas esenciales del procedimiento, motivos todos ellos que, junto los de contenido material sobre la concurrencia de los presupuestos, fueron desestimados, aunque lo relevante es que la STC 5/2020 supone un nuevo ejemplo actualizado para el estudio de la doctrina constitucional en la materia.

Continúa la obra con un trabajo del Dr. Miguel Ángel Cabellos Espiérrez sobre uno de los casos más mediáticos de los últimos tiempos, el caso de la manada, donde el clamor popular y la presión mediática acompañada de una gran politización y de declaraciones incluso de algún Ministro de turno, propiciaron, de entrada, la adopción de la prisión provisional incondicional al inicio del proceso que, paulatinamente, fue flexibilizando su intensidad hacia la posibilidad de eludirse con fianza y la adopción de un gran número de medidas cautelares no privativas de libertad. Esta transformación se produjo en las distintas etapas del proceso, pues tras la primera sentencia condenatoria —con un voto particular discrepante—, se fueron también dictando autos en relación a la situación personal de los

procesados que hicieron posible la libertad provisional de los sujetos durante la sustanciación de los recursos, aunque dichas resoluciones contaron también con algún voto particular que se posicionó a favor del mantenimiento de la prisión provisional de todos los condenados en la causa. El trabajo resulta de gran interés por el análisis pormenorizado de todas esas resoluciones, los argumentos de las partes y los votos particulares, proporcionando —desde una óptica crítica— una valiosa información sobre las distintas actuaciones que se llevaron a cabo en este particular proceso.

Siguen trabajos como el del Dr. Sergio Cámara Arroyo que realiza un estudio de casos en relación al internamiento preventivo en el proceso penal de menores, en el que aporta un estudio sistematizado de jurisprudencia sobre la materia que, de forma gráfica y ordenada, permite su fácil manejo y la extracción de la información acerca de los fundamentos esgrimidos en varios casos agrupados según los criterios tenidos en cuenta para su adopción.

El trabajo del Dr. Miguel Ángel López Marchena, narra el error judicial tras la prueba de ADN en el caso Ricardi, que fue acusado de violación y sometido a prisión provisional con la regulación de la LECrim anterior a la reforma que introdujo obligatoriedad de la llamada «vistilla» cuya entrada en vigor se encontraba en periodo de *vacatio*. De la prisión provisional se dio paso al cumplimiento de la condena, que venía limitada a 30 años de prisión. Pasó 13 años privado de libertad, momento en que se reabrió el caso por nuevas pruebas de ADN que

evidenciaban su inocencia, por lo que, tras la revisión, fue absuelto e indemnizado con un millón de euros. El autor realiza un estudio desde una doble óptica: por una parte, desde el relato de casos del sistema norteamericano, donde se aprecia un gran número de errores judiciales (algunos con pronunciamientos de pena capital) basados en falsos testigos, presiones policiales, reconocimientos erróneos, o incluso por efecto de que los jurados populares son impresionados con imágenes que les proyecta la fiscalía en el juicio oral. Y, por otra parte, se centra en el caso de España, que viene experimentando una media de 6 condenas por año del TEDH en materia de vulneración del CEDH y que suman ya 48 las condenas por vulneración del derecho a un juicio justo.

Por su parte, el estudio que realiza el Dr. Eduardo de Urbano Castrillo versa sobre el caso del ex tesorero del Partido Popular, Luis Bárcenas. Desde una sintética y clara exposición de su conexión con el caso Gürtel, cuenta cómo su situación personal durante la causa fue mutando hasta convertirse en una prisión provisional permanente. Tras la primera sentencia en la que le condenaron a elevadas penas de prisión y a astronómicas multas por varios delitos, le quedaba todavía pendiente el segundo proceso —actualmente enjuiciándose—, por lo que en junio de 2013 se acordó la prisión provisional por primera vez, prolongándose hasta enero de 2015 y volviéndose a acordar en mayo de 2018, situación que ya no volvió a modificarse a pesar de que fue solicitada en multitud de ocasiones la libertad provisional, siempre rechazada bajo el

fundamento de la concurrencia inequívoca de los presupuestos procesales y de las finalidades constitucionales de la medida cautelar, pues se presumía la existencia de patrimonio oculto en el extranjero que no había podido localizarse, y ello acrecentaba el riesgo de reiteración delictiva, así como el riesgo de fuga y de destrucción de pruebas y entorpecimiento grave de la investigación, dada la proximidad del otro proceso en el que se pedían igualmente elevadas penas, por lo que se terminó resolviendo que la prisión provisional se prolongará hasta el 18 de junio de 2033, cuando se cumpla la mitad de la pena impuesta en la primera sentencia. El capítulo detalla minuciosamente cada uno de los autos y sus respectivas motivaciones, que resultan de gran interés por el esfuerzo argumentativo y el elevado número de cuestiones que se sometieron a consideración respecto a la medida, pues también se trató el estado de alarma por el Covid-19 como fundamento de la libertad provisional (autos de la AN de 26-3-2020 y 8-4-2020), siendo el motivo rechazado por entender que había más riesgo de contagio —aunque en abstracto— fuera del centro penitenciario que dentro donde se mantiene la normalidad reforzada por los controles sanitarios, limpieza y desinfección; así como que las comparencias *apud acta* estaban suspendidas y no sería materialmente posible el control de su libertad provisional. Este autor termina ofreciendo datos sobre la reducción del número de preventivos en España en los últimos años y otros que apuntan hacia que un 90% de los preventivos son posteriormente condenados, por lo

que las resoluciones de prisión provisional —salvo casos de carencia de medios en los órganos jurisdiccionales y sobrecarga de trabajo— suelen acordarse con fundamentos sólidos sobre la concurrencia del presupuesto de *fumus boni iuris*.

El siguiente capítulo de la obra está dedicado a Julian Assange, fundador y redactor jefe de Wikileaks, que estuvo en situación de asilo en la Embajada de Ecuador en Londres, requerido por Estados Unidos y por Suecia. Aunque la permanencia de Assange en esas dependencias era voluntaria, él siempre mantuvo que la situación era forzada porque no podía salir debido a la vigilancia y al riesgo inminente de detención y extradición. Es más, ni siquiera consiguió la seguridad suficiente para viajar a Ecuador a través de un salvoconducto oficial. Reino Unido, por su parte, se resistía a reconocer la situación de asilo otorgada por Ecuador, que le mantuvo recluido en un minúsculo habitáculo londinense policialmente acordonado por las autoridades locales hasta el 11-4-2019, momento en que Ecuador retiró el asilo y Assange pasó a cumplir prisión provisional a disposición de las autoridades del Reino Unido, que debían decidir sobre la extradición solicitada por Estados Unidos que pretendía procesarle por infracción de una ley de espionaje de 1917 de la que podrían derivarse penas de hasta 175 años de prisión. Lo relevante de este trabajo es la detallada narración de los hechos, previa delimitación espacio-temporal con el fenómeno de Wikileaks como método periodístico de difusión de información veraz, se adentra en cada una de las fases que

atravesó el detenido y los fundamentos que se adujeron para tomar las decisiones por parte de los Estados en relación a su situación personal, incluyendo los dos requerimientos de Suecia efectuados en la misma causa: uno que le condujo al país para ser entrevistado por la Fiscalía sueca que desembocó en un sobreseimiento de la causa; y otro que, tras una sorprendente reapertura de ese mismo proceso por una Fiscal diferente, no consiguió la conducción de Assange a Suecia pero sí la entrevista (esta vez en Reino Unido), tras la que se produjo nuevamente el sobreseimiento. Finalmente, se explica con la debida fundamentación, que el Grupo de Trabajo sobre detenciones arbitrarias de la ONU resolvió que la de Assange fue una detención arbitraria.

Por último, aparece un estudio del Dr. Guillermo Ruiz Blay, que versa sobre los casos de Ignacio Morchón y Eduardo Zaplana, en los que, a pesar de la avanzada edad de los investigados y la gravedad de su estado de salud, se dispuso para ellos la prisión provisional. En el primer caso se mantuvo durante casi 6 meses, sin que fuesen acogidos favorablemente los informes médicos aportados a la causa, bajo la premisa de la concurrencia de los presupuestos y la necesidad de avanzar en la investigación, con el añadido de que se argumentó la suficiencia de los pabellones médicos de los centros penitenciarios para tratar sus enfermedades. En el segundo caso, actuando bajo secreto de sumario y con una continua denegación de las solicitudes de libertad provisional dados los informes de los hematólogos que reputaban imprescindibles los

tratamientos oncológicos fuera del centro penitenciario, el instructor argumentó en el auto que no existen dispositivos de geolocalización suficientes para garantizar el buen fin de la libertad provisional y que el Sr. Zaplana, en su vida diaria, acudía a restaurantes y daba conferencias, por lo que puso claramente en duda el contenido de las periciales médicas aportadas a la causa. En ese orden de cosas, el autor cuestiona la idoneidad del Juez instructor par acordar la prisión provisional, mostrando inclinación hacia el modelo adversarial en el que el Ministerio Fiscal lleva a cabo la instrucción, pero la prisión provisional es acordada por un Juez de garantías que no ha participado en la investigación. El modelo contrario que contiene la LECrim —dice el autor— va en contra de la imparcialidad del juzgador, pues al imponer la medida cautelar en un asunto que investiga, queda despojado de ella, aspecto que el autor equipara a la incompatibilidad de funciones entre instruir y enjuiciar, que debe trasladarse igualmente a la prohibición de que quien instruye no puede acordar la prisión provisional.

III. El tercer y último bloque se destina a cuestiones que permanecen abiertas para el debate, como el de los Dres. Rubén Herrero Giménez y David Pavón Herradón, que abordan el aspecto relacionado con la compensación por la privación de libertad cautelar indebida, distinguiendo en el plano teórico entre las dos situaciones de sobreseimiento: el libre y el provisional, con sus respectivos efectos jurídicos. En ese sentido, se realiza un análisis de la doctrina del TC y se ofrecen unas reflexiones sobre la necesaria

distinción entre las clases de resoluciones que absuelven o sobreesen la causa, pues parece dudoso que a todas las situaciones que, por definición, no son idénticas, se les atribuya los mismos efectos en relación al derecho a la compensación, por lo que sería lógico reservar ese derecho a las resoluciones que tengan efecto de cosa juzgada. No obstante, se trata de una interpretación que no guarda la debida consonancia con la doctrina del TC que extiende el derecho de compensación —en virtud del principio de igualdad— a todas las situaciones posibles.

Como colofón aparece un trabajo del Dr. Esteban Mestre Delgado, que bajo las notas de hipocresía de la prisión provisional en el caso de la financiación de empresarios por Caja de Ahorros del Mediterráneo, cuenta que tras 15 meses de investigación y con los mismos argumentos que inicialmente sirvieron para la libertad provisional, se acordó la prisión provisional eludible con fianza de 7 millones de euros. Este autor se muestra muy crítico con esta decisión y sus argumentos, pues la asocia a un fenómeno que vive implantado en la función jurisdiccional que descansa sobre una suerte de mala praxis técnica y patológica. En ese sentido, propone atender a criterios de la dinámica del *Law Case*, del derecho anglosajón, dando cabida a la consideración del precedente combinando los mecanismos procesales para combatir las resoluciones con los aportes doctrinales sobre el estudio de casos.

En definitiva, se trata de un trabajo muy completo, elaborado con el debido rigor académico por parte de

juristas expertos en la materia, que proporcionan un entramado de información de gran valor teórico, histórico y científico, con importantes aportaciones dogmáticas y una sensible visión crítica sobre la aplicación de la prisión provisional bajo las exigencias —normativas y doctrinales— de un Estado de social y democrático de derecho,

que todavía se mantienen notablemente distanciadas del funcionamiento de la institución. Aspecto que se aprecia con mayor claridad cuando se trata de casos mediáticos en los que se produce una suerte de mezcla entre derecho y clamor social que gravita peligrosamente sobre la inseguridad jurídica y la arbitrariedad judicial.

Dr. David Eleuterio Balbuena Pérez
Profesor agregado
UNIR

SORIANO MORENO, Silvia. *Derechos e igualdad territorial en la evolución del Estado social autonómico*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2020. 279 pp., ISBN 978-84-1355-707-6.

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-69\(1\)-2021pp319-324](http://dx.doi.org/10.18543/ed-69(1)-2021pp319-324)

Si hay un campo de investigación que ha sido objeto de atención prioritaria por parte de la doctrina constitucionalista española ese es, sin duda, el de nuestro peculiar y proceloso Estado autonómico. De aquí que cualquier nueva incursión en dicho ámbito deba revestir un reforzado atrevimiento teórico si de verdad quiere realizar aportaciones sustanciales a lo que se ha venido diciendo y escribiendo desde los inicios mismos de nuestra andadura democrática. Por eso me parece especialmente valiosa la obra que ahora recensiono, elaborada por la profesora de la Universidad de Extremadura Silvia Soriano Moreno, ya que desde un prisma puramente académico consigue dos metas difíciles de alcanzarse a estas alturas en los estudios relacionados con el sistema autonómico: aclara jurídicamente y con lenguaje conciso el objeto delimitado que se propone y lleva a cabo una crítica fundamentada y sistemática tanto de posturas doctrinales como de líneas jurisprudenciales que parecieran comenzar a consolidarse. Y es que en este último punto no puede dejar de notar el lector, para bien, la influencia que la escuela española del

constitucionalismo crítico, con el maestro Carlos de Cabo a la cabeza, ha tenido y tiene en la obra de la profesora Soriano y en la preocupación social y democrática, constante, que subyace a la misma. Dos metas, decíamos, a las que la autora llega con solvencia y fluidez, utilizando con desenvoltura las categorías jurídicas, pero sin perderse nunca en la autorreferencialidad inmóvil de ciertos solipsismos escolásticos que aún lastran nuestra dogmática constitucional.

A esta primera invitación a la lectura del libro se une el interés central que para el desarrollo del Estado autonómico, y especialmente de nuestro agraz Estado Social, supone la materia objeto de estudio, que no es otra que la controvertida incidencia que las Comunidades Autónomas puedan desarrollar en el régimen jurídico de los derechos desde la aplicación misma de las competencias constitucionalmente reconocidas. Para abordarlo la profesora Soriano primero parte de una realidad fácilmente constatable hoy, tras más de cuarenta años de democracia constitucional, como es la indefectible vinculación del contenido concreto y prestacional del Estado

Social con el modelo territorial español. Por su apertura inicial, la llamada «España de las autonomías» ha revestido desde sus comienzos (y más en los mismos), una especial complejidad tanto jurídico-constitucional como político-institucional, que podía llevar perfectamente a aquel jurista persa del que nos hablaba Cruz Villalón a preguntarse qué sistema, de verdad, era el elegido por el constituyente. No obstante, al contrario de lo que a veces se pregona, aquella apertura y la potencialidad del principio dispositivo, si bien fueron mecanismos que han sabido completarse y complementarse, siguen arrojando serias dificultades a la hora de concretar la posición exacta que las Comunidades Autónomas ocupan y pueden ocupar tanto en nuestro ordenamiento como en el sistema político compuesto que nos hemos dotado. El marco mínimo, las vías y cauces que se establecieron en 1978, fueron una solución de compromiso que se ha podido perfeccionar, pero cuya indefinición y falta de atrevimiento federal aún proyecta serias incertidumbres sobre ese modelo actual, pretendidamente acabado o, por lo menos, más definido que el inicial. Una de ellas es la referida a la posibilidad, o no, de que los Estatutos de Autonomía recojan *motu proprio* declaraciones de derechos que refuerzan la ausencia de justiciabilidad y aplicación directa de los sociales tímidamente establecidos en la Constitución. A fin de despejar dicha incertidumbre, la profesora Soriano analiza pormenorizadamente la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la capacidad de intervención y desarrollo que las CCAA tienen en la

modulación del ejercicio concreto de los derechos fundamentales que afectan o que se incardinan en las materias sobre las que tales CCAA tienen, constitucionalmente, reconocida (su) competencia. Teniendo en cuenta que los derechos no son objeto de reparto competencial por el texto fundamental, y aunque los mismos sean regulados en su contenido esencial por leyes orgánicas estatales, la obra constata que las múltiples y diversas materias sobre las que se proyectan las competencias autonómicas terminan produciendo una incidencia, práctica y de ejecución, en la aplicación concreta de tales derechos. Y más si partimos de que las Autonomías han asumido competencias sumamente centrales para el Estado Social y para el propio desarrollo contemporáneo de los poderes públicos, como son las referidas a la sanidad, la educación o las políticas sociales.

Indicada y sostenida esa realidad jurídica, plenamente operativa desde hace lustros, la autora desentraña los supuestos límites constitucionales a la acción normativa de las Autonomías en el ámbito, centrándose principalmente en tres: la virtualidad de la igualdad como principio y como derecho (arts. 9.2 y 14) y, vinculada a la misma, los dos preceptos que pretenden garantizarla territorialmente a través de la acción interventora del Estado (139.1 y 149.1.1). Primero, se defiende mediante una correcta utilización de consolidada jurisprudencia constitucional que la igualdad no es sinónimo de uniformidad, y menos en un sistema políticamente descentralizado donde la autonomía opera como principio estructurante. Para que ésta

sea efectiva y puede desplegar su potencialidad, la igualdad ha de entenderse e interpretarse de manera compleja, permitiendo que situaciones distintas puedan ser reguladas de forma diferente, y otorgando cierto margen de discrecionalidad, mejora y desarrollo a los entes beneficiarios de una autonomía política que termina afectando, necesariamente, al ejercicio concreto de los derechos relacionados y directamente vinculados con las materias objeto de competencia propia. Segundo, la cláusula de igualdad de todos los ciudadanos sin distinción de origen o pertenencia territorial del artículo 139.1 es reducida por la autora, en mi opinión de forma sumamente certera y jurídicamente correcta, a la de principio que ha de operar en el interior de las CCAA para evitar a los ciudadanos situaciones de discriminación por su vecindad civil. Este artículo no puede interpretarse, como a veces ha venido haciendo el TC, como un título atributivo de competencias para el Estado central, sino como una obligación constitucional que se proyecta directamente en el interior de los ordenamientos autonómicos. Tercero, el polémico título transversal del 149.1.1 no puede tampoco interpretarse, de acuerdo con la profesora Soriano, como una habilitación constante al legislador estatal para limitar las competencias autonómicas en todo aquello que crea que afecta a la igualdad o a los derechos de los ciudadanos, sino como una base constitucional que sí le permita actuar para garantizar un mínimo común en el ejercicio efectivo de tales derechos. Pero una vez garantizado normativamente ese mínimo, y sin necesidad de

invadir competencias de ejecución autonómicas, las Comunidades Autónomas pueden seguir ejercitando éstas y, sobre todo, pueden o podrían mejorarlo incrementando, por ejemplo, el nivel de protección o de prestación. Esta última puerta, sin embargo, ha sido cerrada por el Tribunal Constitucional en una polémica jurisprudencia, muy contestada internamente en el seno del propio intérprete, y que es criticada con sólidos argumentos jurídicos por la autora.

Además, el TC no solo protagoniza una interpretación recentralizadora de la cláusula transversal, sino que se aventura a laminar directamente la eficacia jurídica de los derechos estatutariamente reconocidos. Entrometiéndose en la voluntad estatutaria, que no es solo la de una ley orgánica al uso sino la de toda una comunidad política a la que se le reconoce autonomía, el Tribunal reduce los catálogos de derechos establecidos en algunos Estatutos de Autonomía a meros principios informadores, como los «principios rectores de la política social y económica» del capítulo III. Pero como dice la autora, si el TC consideraba esa inclusión como inconstitucional, que así lo hubiera determinado, puesto que al final intenta adoptar una solución intermedia que no contenta a nadie y, sobre todo, que conlleva consecuencias jurídicamente muy difíciles de sostener en nuestro marco constitucional. Al sustraerle eficacia directa y justiciabilidad propia a los derechos estatutarios, en contra de lo que la voluntad autonómica deseaba o podía desear, y al remitir al legislador ordinario (autonómico) su desarrollo y efectiva aplicación, el

alto tribunal está adoptando una interpretación que desde el prisma del constitucionalismo resulta paradójica. Si las CCAA tienen competencias efectivas sobre materias en las que operan derechos fundamentales, si pueden incidir en el régimen jurídico de estos en lo que aquellas materias proyecten, ¿por qué no acudir al mecanismo constitucional del reconocimiento de derechos subjetivos para proteger al más alto nivel posible los intereses de los ciudadanos? ¿Por qué no limitar la labor de los poderes públicos y del legislador autonómico mediante el establecimiento del mejor instrumento que el constitucionalismo ha diseñado, como son los derechos subjetivos? No tiene razón de ser ni desde la perspectiva teórica del constitucionalismo apuntada ni desde el propio texto constitucional, que en ningún momento determina la imposibilidad de derechos subjetivos estatutarios y que, al desplegar el principio de autonomía, sí daría cobertura a los mismos. Como recuerda la autora, el contenido de los Estatutos no está tasado y como expresión de la voluntad política de una comunidad a la que se le otorga autonomía, podrían perfectamente incluir derechos que mejoraran la cobertura estatal y que partieran del mínimo común denominador que el Estado central establezca. El TC no lo ha visto así, como tampoco su homólogo italiano para el caso de las regiones, cuya realidad es también analizada por Soriano Moreno en un estudio comparado sumamente pertinente que reitera, una vez más, la necesidad de tender puentes teóricos con las experiencias constitucionales de los países de nuestro entorno y, específicamente,

con aquellos que presentan formas territoriales compuestas y complejas como la nuestra.

Llegados a este punto la profesora Soriano podría haber profundizado más en una idea que se deja entrever en su texto y que quizá no continúa por autocontención académica. Y es que, como ha apuntado parte de la doctrina, este giro recentralizador que ha dado el TC y que se evidencia en el objeto de estudio de la obra, se predica de un marco más general en el que la autonomía queda cada vez más constreñida por las exigencias del gobierno económico neoliberal que se desprende de la internacionalización de nuestros sistemas constitucionales y, particularmente, de sus contenidos sociales. A lo que hay que sumar la notoria incapacidad de algunos sectores jurídicos de asumir que el modelo territorial abierto (nunca mejor dicho) por la Constitución de 1978 puede seguir concretándose en clave federalizante y que los entes dotados de autonomía, para que ésta sea efectiva, necesitan protegerla también desde sus Estatutos. Estos no deben seguir siendo interpretados únicamente como nudas leyes orgánicas, sino como verdaderos depositarios de una voluntad democrática, expresada democráticamente y por un *demos* que así es reconocido, en su singularidad y en su autonomía, por el poder constituyente español en el que se integran. La sentencia del Estatut de Catalunya parece cerrar cualquier vía en este sentido y aboca al sistema autonómico o bien a la parálisis o bien al incremento de la necesidad, perentoria, de reformarlo.

Asimismo, una de las líneas que la profesora Soriano podría continuar, y que en la obra apenas esboza para no desbordar su objeto de investigación, es la de la virtualidad jurídica del reconocimiento estatutario de derechos a la luz de la categoría, aún no incontrovertida, del bloque de constitucionalidad. Aquí no estoy seguro de que el artículo 28 de la LOTC sirva para crear una esfera de indisponibilidad al legislador autonómico alrededor de los nuevos derechos subjetivos reconocidos en los Estatutos, por cuanto aquel está diseñado, y expresamente así lo indica, para la protección de la distribución de competencias. Cuál es el alcance verdadero y real del bloque de constitucionalidad, e incluso las posibles propuestas de *lege ferenda* para completarlo, complementarlo y perfeccionarlo, son cuestiones que despliegan un campo de estudio sumamente interesante en lo que a la efectividad de los derechos estatutarios se refiere.

A lo largo de su carrera académica la profesora Soriano se distingue por una preocupación continua, y no sólo teórica, en torno a la necesidad de garantizar de manera efectiva la igualdad en todas sus dimensiones como principio estructural y derecho esencial en nuestro ordenamiento y en nuestras sociedades. En la obra aquí recensionada no podía, ni debía, ocultar ese objetivo, por lo que cierra el libro con un estudio muy detallado de la jurisprudencia del TC sobre la reducción del ámbito subjetivo del derecho a la sanidad producida al calor de la crisis económica y financiera de 2008 y cómo la misma ha afectado tanto a la autonomía de las

Comunidades como a la propia jurisprudencia anterior de un TC que se contradice sin reconocerlo. Y es que, utilizando extensivamente y, también a nuestro modo de ver, torticeramente, la cláusula transversal del 149.1.1, el que debiera ser máximo intérprete del texto fundamental impide a las Comunidades Autónomas extender y mejorar la titularidad subjetiva del derecho e impone la legislación estatal que la redujo, no ya como mínimo común, sino como *máximo normativo* al que deben someterse todos los legisladores autonómicos. La decisión del TC es insostenible jurídicamente, y máxime cuando los derechos sociales, incluido el de la salud, han de interpretarse de conformidad con los tratados internacionales ratificados por España en la materia. Vuelve aquí a producirse un fenómeno ciertamente preocupante sobre la naturaleza y el valor de todos los preceptos constitucionales, pues al contrario de lo que la propia Constitución establece (art. 9.1), los artículos que no gozan de aplicabilidad directa sin interposición legislativa (art. 53.3) son reducidos a mera retórica vacía, cuando en verdad son tan «Constitución» como el resto del articulado. Que el TC siga sin considerar al capítulo III, y a la mayoría de derechos sociales que en él se contienen, como parámetro válido de constitucionalidad, es sumamente sintomático tanto del grado de compromiso con nuestro contrato político como de la hegemonía del ideario neoliberal que se da también en el ámbito jurídico.

Por todo ello la obra de Silvia Soriano Moreno es más necesaria que nunca, porque a su brillantez expositiva

une una firme lealtad con el Estado Social que la Constitución consagra y que no puede rebajarse, como algunos quisieran, a mera proclamación nominal. No, la adjetivación social del Estado implica una habilitación para el

mismo en aras de conseguir mayores cotas de justicia y de igualdad, pues ambos principios deberían ser el fundamento de nuestra democracia constitucional sin que tuviéramos, constantemente, que recordarlo.

Gabriel Moreno González
Profesor de Derecho Constitucional
Universidad de Extremadura

RAUTI, Alessio, *La decisione sulla cittadinanza. Tra rappresentanza politica e fini costituzionali*. Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, 483 pp., ISBN 978-88-9391-817-6.

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-69\(1\)-2021pp325-332](http://dx.doi.org/10.18543/ed-69(1)-2021pp325-332)

La obra que es objeto de recensión, cuyo autor es Alessio Rauti (Profesor de Derecho Constitucional en la *Università Mediterranea di Reggio Calabria*, Italia), pone el foco de atención en el instituto de la ciudadanía estatal *formal* en el plano dogmático operando, en cambio, una reconsideración de los actuales criterios de adquisición del *status civitatis* en el ordenamiento nacional para llegar a la construcción de un concepto *sustancial* de ciudadano en el marco de la estructura democrática del Estado italiano. El interés es indudable, puesto que arranca de la idea según la cual un Estado constitucional liberal-democrático y personalista no puede quedar oscurecido en la sombra del constitucionalismo perpetuando una noción *formal* de ciudadanía, sino que debe forjar la reseñada concepción *sustancial* de la ciudadanía contrarrestando las opciones legislativas en sentido contrario. A tal efecto, el autor pone el énfasis no únicamente en la jurisprudencia constitucional italiana que se encamina en tal dirección, sino igualmente en los estándares del Derecho internacional y de la Unión Europea (UE) que limitan

esas pretendidas configuraciones legislativas restrictivas.

En estas coordenadas, el Doctor Rauti sigue con destreza el hilo conductor de esa *metamorfosis de la ciudadanía* que viene favorecida por un pujante constitucionalismo multinivel que se hace eco de la creciente internacionalización del Derecho Constitucional y correlativa constitucionalización del Derecho Internacional; de tal suerte, explota con habilidad las sinergias entre los diversos niveles de protección de derechos humanos a los que la ciudadanía no es ajena, sino todo lo contrario al ponderar los fines constitucionales y el juego de la representación política.

El libro se abre así con una interesante Introducción, la cual sirve de pórtico a dos bloques centrales (uno que ubica la ciudadanía en la teoría constitucional y otro que la inserta en los concretos estándares normativos nacionales e internacionales), que se subdividen a su vez en diversos capítulos (dos en la primera parte y tres en la segunda), a los que se pone cierre con unas ricas conclusiones y propuestas, completadas con una amplia bibliografía.

Con tal espíritu, en las páginas introductorias (pp. 13-16) Alessio Rauti avanza su postura epistemológica, que consiste en la tentativa de analizar las complejas relaciones entre la ciudadanía y la Constitución republicana italiana con vista a articular la adquisición y pérdida del *status civitatis* a través de un «razonamiento normativo» que se desprende de las disposiciones de la propia Carta Magna; y ello con el objetivo último de asentar un paralelo «razonamiento deóntico» que proyecta auténticas prescripciones constitucionales que deben ser respetadas como verdaderas normas jurídicas (jerárquicamente superiores y fuentes inmanentes del sistema jurídico) que pongan coto a la discrecionalidad del legislador al regular dicha materia. Se trata, en suma, de reconstruir y anteponer límites constitucionales al poder de fijar los confines de la «comunidad política» mediante legislación ordinaria; en otras palabras, esos límites constitucionales hacen que el concepto de ciudadanía no quede al absoluto albur de las determinaciones del Gobierno o del Parlamento, pero tampoco de la jurisprudencia ni de la doctrina iuspublicista.

Con relación a esta última, el autor destaca su responsabilidad a la hora de difundir la cultura constitucional, lo cual comporta tener presente (también en la configuración de la ciudadanía) que, a diferencia de las ciencias exactas, las ciencias sociales no constituyen un cuerpo cumulativo en continuo progreso, sino sometido a los avatares de ocasionales momentos de regresión. El reto consiste, entonces, en evitar semejante retroceso aprehendiendo la Constitución en sí misma como factor

cultural que comporta un límite lógico jurídico y, por ende, prescriptivo, frente a las citadas opciones (legislativas, gubernamentales, jurisprudenciales o doctrinales) susceptibles de bloquear el «progreso hacia una mayor civilidad jurídica» (p. 15).

* * *

Como se avanzaba, la primera parte de la obra (bajo el título genérico «Reflexiones de teoría general: ¿Qué Constitución?») integra los capítulos I y II, en donde, en términos de teoría general, se efectúa un recorrido en clave de una «cultura constitucional» legada por la Carta Magna italiana de 1947 que configuró las características de un Estado constitucional liberal-democrático y personalista abierto al Derecho internacional y supranacional. Y la apertura a dichos estándares ofrece una mayor estabilidad como obstáculo frente a la irrupción incluso de un nuevo poder constituyente (como mera posibilidad histórica) nostálgico de formas de Estado autoritarias o totalitarias que han significado una barbarie para la misma concepción de la ciudadanía y la persona. En congruencia con ello, la segunda parte de la obra (rubricada «Consideraciones de Derecho positivo ¿Qué ciudadanía?»), compuesta por los capítulos III, IV y V, asienta sobre bases sólidas ese progreso constitucional-cultural del *status civitatis* en el ordenamiento italiano mediante la recepción jurídica de los parámetros comparados, comunitarios e internacionales que han apostado por el mayor reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales.

Concretamente, en el capítulo primero («Cidadanía y democracia constitucional», pp. 19-64) el Profesor Rauti se adentra en la difícil tarea de definir la ciudadanía contextualizando dicha definición en el tránsito evolutivo de las antiguas y múltiples condiciones de «sudditanza» (*subditanza*, condición de súbdito o sometimiento al Estado) a los actuales estatutos diferenciados de extranjería. En tal dirección, delimita la fisonomía de la ciudadanía en el Estado constitucional en su evolución desde un perfil estático (que pone el acento en el principio de democracia representativa) hacia otro más dinámico (que incide en el pleno *status civitatis* asociado a la progresiva conquista de derechos y libertades). Semejante delimitación la traza el autor como una natural consecuencia de la teoría general sobre la Constitución como límite y, al tiempo, fundamento del poder político (p. 56), que veda al legislador operar opciones contrarias a ella en la disciplina sustancial de la ciudadanía. Dicho de otro modo, la Constitución en sentido moderno como fuente jurídica establece un núcleo de valores políticos fundamentales sustancialmente no negociables (p. 60), de modo tal que cualquier poder constituido se encuentra legitimado por la Constitución «solo y en la medida en que se erija en sujeto ‘portador’ de la ética pública constitucional» pues, de lo contrario, «su existencia no tendría sentido lógico-jurídico» (p. 61).

A continuación, en el capítulo segundo («La ciudadanía entre materia constitucional y representación política», pp. 65-123) se enfatiza que, si la «materia constitucional sustancial»

referente a la adquisición y pérdida de la ciudadanía participa de ese fundamento y límite en el que se erige la propia Constitución, su disciplina configura una «ley constitucionalmente obligatoria». Esa sustancia constitucional de la ciudadanía no es objeto de análisis solamente en términos de adquisición de la ciudadanía, sino igualmente de la amplitud de los límites establecidos en el artículo 22 de la Constitución Italiana con respecto a las opciones legislativas sobre la revocación del *status civitatis* (esa disposición constitucional dispone que «nadie podrá ser privado, por motivos políticos, de la capacidad jurídica, de la ciudadanía y del nombre»). A este respecto, aunque el constituyente italiano no «blindara» dicha materia con criterios específicos, la definición y modulación del «cuerpo cívico» de la República por parte del legislador (a la vista asimismo de los artículos 72, 117 y 138 de la Carta Magna, sobre la elaboración de las leyes, el ejercicio de la potestad legislativa y el ámbito de las leyes constitucionales, respectivamente) quedarán vinculadas en cualquier caso a los límites y, sobre todo, a los «fines constitucionales» (p. 66). Desde esta misma perspectiva, el Doctor Rauti añade que resultaría inconsistente la otrora tesis «hiper-procedimentalista» de la Corte Constitucional Italiana para concluir una absoluta discrecionalidad legislativa a partir de la ausencia de un blindaje específico, puesto que «perimetrar» la materia constitucional no implica que la misma sea inexistente (p. 70); diversamente, esa materia entronca con el citado artículo 22 (pp. 94-98) y, por añadidura, no podría

excluirse que los extranjeros formen parte de la «Nación» en el sentido del artículo 67 de la Constitución («todo miembro del Parlamento representa a la Nación y ejerce sus funciones sin estar ligado a mandato alguno»), dado que los residentes en el territorio del Estado deberían estar representados también en los órganos electivos (p. 100), para que no prevalezca un soberanismo retórico del siglo XIX, sino más bien un horizonte de convivencia que considere los intereses del «conjunto de la colectividad» (comprensiva no solo de los ciudadanos, sino asimismo de los extranjeros y apátridas residentes en el territorio italiano, p. 113).

* * *

Abordando ahora la segunda parte del libro, el capítulo tercero («Elementos fundantes y críticos de la ley sobre la ciudadanía», —no he procedido en este caso a una traducción literal del original, que lleva la rúbrica «Le matrici e la criticità della legge sulla cittadinanza», pp. 127-204) examina minuciosamente de manera crítica y constructiva la legislación italiana sobre la ciudadanía. A tal efecto, nos presenta las luces y sombras, entre el pasado y el futuro, de la vigente Ley nº 91 de 1992 sobre las modalidades de adquisición y pérdida de la ciudadanía italiana. Y esa percepción la cifra en diversos elementos, entre ellos la paradoja de que la ley anterior nº 555 de 1912 (adoptada cuando la «emergencia» no era la inmigración, sino la emigración) era incluso más inclusiva que la actual de 1992, o que por razones históricas se puso el

énfasis en el *ius sanguinis* sin ninguna forma de modulación para que los emigrantes conservaran los lazos con la «madre patria». De hecho, la matriz prevalente en la ley de 1992 sigue siendo la lógica de la «familia» de ciudadanos (el crecimiento de los ciudadanos en una familia de ciudadanos) preservando esa «centralidad» del *ius sanguinis* (con situaciones complejas como la adopción de mayores y las cautelas para evitar «adopciones ficticias», etc.), resultado problemáticas las lagunas a la hora de valorar «otras» comunidades intermedias que tienen que ver con los diversos enfoques hacia la «cultura familiar» o el interés superior del menor.

Desde esta óptica, la clásica «unidad familiar» del artículo 29 de la Constitución comporta un controvertido mantenimiento del *ius sanguinis* puro si no se toman en consideración los parámetros emergentes de la unidad en sentido político o el significado «étnico-político» de la familia en el panorama de una creciente interculturalidad que, en el caso de Italia, ha comportado una transformación derivada del hecho de ser país con alta inmigración y de la propia movilidad relacionada con la libre circulación en el seno de la UE. A las reseñadas sombras se unen otros puntos oscuros, como los problemas electorales de quórum que afectan a los propios ciudadanos italianos (para el derecho de voto en elecciones políticas o en referendos de los residentes en el extranjero), la fragilidad de la disciplina de la naturalización por residencia, las condiciones de adquisición por *ius soli* (registro e interrupción de la duración de la residencia, la regularidad de

la estancia y las condiciones de los menores extranjeros, la exclusión del registro de los irregulares, o incluso la confusión terminológica en torno al conocido como *ius soli* deportivo como factor de integración), sin olvidar un ulterior agravio referente a la prohibición de registro del solicitante de asilo (sin perjuicio de que la jurisprudencia haya posibilitado el documentar de otro modo la residencia). Todo ello conduce al Profesor Rauti a efectuar unas propuestas encaminadas a la eventual introducción de formas atemperadas de *ius soli*, para propiciar por ejemplo una conjunción del *ius culturae* que facilite la adquisición de la ciudadanía de los niños en edad escolar (al menos, hasta el primer ciclo de la escuela secundaria) que no hayan nacido en Italia (pp. 193-204).

Por su parte, el extenso capítulo cuarto («Límites internacionales y supranacionales a las opciones estatales en materia de ciudadanía», pp. 205-349) se subdivide en dos grandes secciones [una primera bajo el título «El Derecho Internacional (sobre todo, en la jurisprudencia del TEDH)» y una segunda rubricada «El Derecho de la Unión Europea»] que cuentan como premisa con «el principio constitucional de apertura al Derecho internacional y supranacional y dos recientes desarrollos en materia de relaciones entre fuentes externas y fuentes internas». En todo caso, antes de incursionar en ambas secciones, el autor destaca dos líneas recientes de la jurisprudencia constitucional italiana que propenden a las sinergias y a un diálogo judicial fluido entre jurisdicción nacional y jurisdicciones europeas. Así, de un lado, recuerda que se

ha venido consolidando el principio según el cual el intérprete interno debe aplicar el CEDH incluso en ausencia de puntuales pronunciamientos del TEDH (trae a colación las Sentencias nº 68 de 2017 y nº 63 de 2019 de la Corte Constitucional italiana) o – me permito añadir – que esos pronunciamientos vengan de la mano de opiniones consultivas respecto de otros países adoptadas por el TEDH sobre la base del Protocolo nº 16 al CEDH (firmado por Italia el 2 de octubre de 2013, pero todavía no ratificado); y de otro lado, hace notar la «doble prejudicialidad», constitucional y europea (a la vista de las Sentencias constitucionales nº 269 de 2017 y 20-30 y 117 de 2019), siendo en tal caso deseable esperar a la resolución de la cuestión prejudicial ante el TJUE.

Con estos mimbres, en la sección dedicada al Derecho Internacional, si bien los estándares sobre derechos humanos se han caracterizado por limitar la soberanía estatal y reducir la brecha entre nacionales y extranjeros en el disfrute de aquéllos, lo bien cierto es que la garantía ofrecida por esos parámetros internacionales en materia de ciudadanía sigue siendo modesta. En particular, no contamos con una garantía general del derecho de adquirir determinada ciudadanía, más allá del alcance exegético derivado del artículo 15 de la Declaración Universal de 1948 (tener una ciudadanía, mantenerla y cambiarla) y su específica proyección en la Convención para reducir los casos de apatridia de 1961. De hecho, el autor menciona dos de los textos internacionales con mayor proyección en materia de ciudadanía (uno universal de la ONU –la Convención

internacional sobre la protección de los trabajadores migrantes y sus familias de 1990– y otro regional del Consejo de Europa –la Convención sobre la participación de los extranjeros en la vida pública local de 1992) que, sin embargo, no han recabado una gran voluntad política estatal para ser ampliamente aceptados. Así las cosas, y tras introducir interesantes disquisiciones sobre la hipótesis específica de la sucesión de Estados y el caso emblemático de la adquisición de la ciudadanía por parte de personas refugiadas, el Doctor Rauti recalca la importancia de la jurisprudencia del TEDH que ha otorgado una protección «indirecta» al derecho a la ciudadanía, dado que el CEDH (a diferencia de la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 20) no consagra explícitamente el derecho a una ciudadanía. Tres son las líneas jurisprudenciales elaboradas por la Corte de Estrasburgo que merecen la atención de Alessio Rauti: una primera fase de apertura (pp. 255-266) en la que la denegación de la ciudadanía estatal llega a traducirse en la violación del derecho a la vida privada y familiar (artículo 8 CEDH) en conjunción con la prohibición de discriminación (artículo 14 CEDH); un segundo bloque jurisprudencial (pp. 266-278) atinente a la discriminación entre ciudadanos por motivos étnicos (en el que entra en escena el Protocolo nº 12 al CEDH); y unas decisiones jurisprudenciales sobre las medidas estatales de revocación de la ciudadanía (pp. 278-289).

Por otro lado, la sección centrada en el Derecho supranacional europeo parte de la premisa de la ausencia de

una competencia atribuida a la Unión para determinar criterios autónomos de adquisición de la ciudadanía de los Estados miembros, así como para establecer mecanismos de armonización de las legislaciones estatales en materia de adquisición de la ciudadanía nacional. Como es sabido, la creación de la noción de ciudadanía de la Unión mediante el Tratado de Maastricht de 1992 se concibió como un complemento de la ciudadanía nacional, a la que se añade pero no sustituye, tal como se sigue recogiendo en el artículo 8 TUE en la versión vigente del Tratado de Lisboa. La conclusión que fácilmente se deduce no es otra que la discrecionalidad de los Estados miembros en las opciones sobre la ciudadanía. Ello no ha sido obstáculo para que la jurisprudencia del TJUE module ese margen de discrecionalidad, ofreciéndonos en tal sentido el Profesor Rauti una selección muy significativa de *leading cases* desde la «apertura» propiciada por la sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de julio de 1992 (*Michaletti*, asunto C-369/90); entre dichos «casos estrella», analiza las implicaciones de las SSTJUE de 20 de febrero de 2001 (*Kaur*, asunto C-192/99), de 2 de marzo de 2010 (*Rottmann*, asunto C-135/08), de 8 de marzo de 2011 (*Zambrano*, asunto C-34/09), o la más reciente de 12 de marzo de 2019 (*Tjebbes*, asunto C-221/17). Al margen de estas aristas jurisprudenciales (en donde el TJUE estará llamado a ponderar, con arreglo al principio de proporcionalidad, indicios mínimos y plausibles de vínculo efectivo del ciudadano con el Estado), el Doctor Rauti cierra esta sección con interesantes reflexiones sobre

cuestiones paradójicas (la ciudadanía europea como «pull factor» de las naturalizaciones de masa guiadas por intereses geopolíticos o para atraer conspicuas inversiones extranjeras) o controvertidas (como la adquisición de nacionalidad por inversión –«cash-for-citizenship»).

Completa esta segunda parte de la obra el capítulo quinto («Límites constitucionales y nuevas trayectorias de la ciudadanía», pp. 351-444), en donde el autor efectúa un detallado repaso a un elenco de aspectos complejos, que van desde la multiplicidad de situaciones de los extranjeros residentes hasta los supuestos que en el ordenamiento italiano chirrían con la sustancia presente en el artículo 22 de la Carta Magna y otros preceptos constitucionales (por ejemplo, la concepción mercantilista o la étnica del *status civitatis*, o la privación de la ciudadanía por motivos políticos), pasando por las conexiones de la adquisición de la ciudadanía con las cuestiones de género, o el impacto de la condición de trabajador o ciudadanía «activa» (dado que la República italiana se funda en el trabajo) pese a que la misma no comporte el acceso directo a la noción de «pueblo» ni a la de «cuerpo electoral». De modo más transversal, Alessio Rauti reflexiona igualmente acerca de otras situaciones que comportan una especie de fragmentación de la ciudadanía formal, así como sobre el concepto constitucional de «ciudadano sustancial» visto desde el deber de fidelidad a la República observando la Constitución y las leyes. Y concluye debatiendo acerca de nuevos supuestos normativos en Italia que han conectado la revocación

de la ciudadanía con perfiles relacionados con el terrorismo y la criminalidad organizada, alertando no obstante sobre la necesidad de adoptar cautelas para que los razonables fines penales perseguidos sean conjugados con los principios de proporcionalidad y no discriminación; se trata de no romper con el estatuto unitario de la ciudadanía (pese a la reseñada multiplicidad de situaciones de las personas extranjeras residentes en Italia) a la luz del papel «monitorio» que juega el artículo 22 de la Constitución, para no generar una «ciudadanía desigual».

* * *

Finalmente, las «Conclusiones» (pp. 445-450) avanzan unas sugerentes pistas, susceptibles de ser tenidas en cuenta en otros países (especialmente, de la UE), a la hora de comprender las profundas transformaciones de la ciudadanía en el mundo actual. Dichas transformaciones tienen que ver con una serie de factores como la pérdida de peso de los deberes constitucionales en general (o de algunos otros, en particular, como la defensa de la patria), o el tenue impacto del principio de solidaridad en las relaciones entre la ciudadanía y el Estado, así como la «línea dura» seguida en materia de inmigración a remolque de políticas (nacionales o europeas) más focalizadas en combatir el déficit de seguridad que en compatibilizar dicho déficit con las exigencias de la libertad. En conexión con ello, las medidas compensatorias del déficit de seguridad han abocado a una consideración a la baja de la «ciudadanía social» (no únicamente en clave de restricciones al disfrute de los

derechos sociales, sino correlativamente en términos de mercantilización del acceso a la ciudadanía y vigencia de la igualdad sustancial) o a degradar otros factores solventes de adquisición (como el «*ius culturae*»).

En suma, el libro recensionado ofrece elementos indudables de interés, no tanto ya para conocer en profundidad las claves del ordenamiento constitucional italiano en materia de ciudadanía, sino asimismo para proyectar las reflexiones del Profesor Rauti en los demás países de nuestro entorno, para que los alardes de mimetismo se pongan en práctica con respecto a esa construcción sustancial de la ciudadanía coherente con la «materia constitucional» que realza los estándares internacionales y europeos sobre derechos humanos. Por supuesto, en el caso de la UE, ese mimetismo positivo, sin perjuicio de la jurisprudencia evolutiva forjada por el Tribunal de Justicia, puede compensar la ausencia de principios armonizados en la construcción de la ciudadanía

de la Unión, todavía anclada en el criterio formal de la nacionalidad de los Estados miembros y necesitada de reconstruirse a título complementario con la residencia en el territorio europeo.

Llegados a este punto, la hábil imbricación entre los numerosos problemas jurídicos que presenta el régimen de la ciudadanía y las variopintas situaciones que refleja la realidad, hacen de la obra reseñada una herramienta de consulta obligatoria tanto para juristas y profesionales del Derecho como para toda persona interesada en la promoción y defensa de los derechos humanos. En efecto, Alessio Rauti ha respondido con toda solvencia a su pretensión de difundir la cultura constitucional con un impecable manejo de las categorías de la teoría general del constitucionalismo sin descuidar la apertura hacia los estándares internacionales más favorables, guiado con convicción y compromiso por el principio *favor libertatis* o *pro personae*.

Beatriz Tomás Mallén

Profesora Titular de Derecho Constitucional
Universitat Jaume I de Castellón

PANZERA, Claudio, *Il diritto all'asilo. Profili costituzionali*. Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, 289 pp., ISBN 978-88-9391-926-5.

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-69\(1\)-2021pp333-340](http://dx.doi.org/10.18543/ed-69(1)-2021pp333-340)

El Doctor Claudio Panzera, Profesor Titular de Derecho Constitucional en la *Università Mediterranea di Reggio Calabria* (Italia), nos ofrece una monografía sólida y de lectura imprescindible para acercarse al régimen jurídico del derecho de asilo en el ordenamiento constitucional italiano. Y ello lo lleva a cabo teniendo presente, como no puede ser de otro modo, un enfoque de constitucionalismo multi-nivel, dado que inserta las claves constitucionales italianas del derecho de asilo en el contexto de la protección internacional, tanto universal como europea. En este sentido, el libro va precedido de unas consideraciones introductorias (capítulo I) que se desarrollan sucesivamente en cuatro capítulos centrales, los cuales acometen los perfiles generales del derecho de asilo (capítulo II), el instituto del asilo en la Constitución italiana (capítulo III), el tránsito evolutivo desde un único derecho a la diversidad de estatutos de protección internacional (capítulo IV) y los aspectos problemáticos con propuestas de mejora del régimen del asilo en el ordenamiento italiano (capítulo V); a lo que se pone colofón con unas ricas conclusiones y un interesante anexo bibliográfico.

Expresado lo cual, entiendo pertinente avanzar la tesis central en torno a la cual gira el libro, que el Profesor Panzera cifra en la idea de que el asilo previsto en el artículo 10.3 de la Constitución italiana debe mantener su autonomía conceptual y jurídica ante las otras formas de protección derivadas del Derecho Internacional y de la Unión Europea (UE), por más que con el tiempo hayamos comprobado la tendencia a aglutinar el primero con las segundas.

En efecto, el autor observa que el legislador italiano ha procedido a desarrollar la Convención de Ginebra y el sistema europeo de asilo, pero no el asilo constitucional y, como consecuencia, la jurisprudencia ha considerado que el estatuto de refugiado y la protección subsidiaria son –junto al instituto residual de la protección humanitaria previsto por el ordenamiento interno– las únicas formas de realización del asilo constitucional. Sin embargo, el asilo constitucional prevé unos presupuestos de aplicación más amplios y garantías mayores en cuanto al derecho de entrada en el territorio nacional; además, el artículo 10.3 de la Constitución italiana sería una norma preceptiva y, por tanto,

directamente aplicable incluso sin mediación legislativa. Por consiguiente, las relaciones del asilo con las otras formas de protección no pueden ser sino de complementariedad, pero no de identificación o de consideración a la baja. En suma, tales relaciones deben ser reguladas de acuerdo con la lógica del equilibrio entre las salvaguardas internas y externas, un equilibrio que ciertamente debe colocar al asilo constitucional en el centro de un sistema integral de tutela de la persona orientado a la búsqueda de una protección más amplia.

* * *

Con estas premisas, el capítulo I («Consideraciones introductorias», pp. 1-25) arranca afrontando el desafío del asilo como resultado de incongruencias que se han planteado en el plano interpretativo, teórico-dogmático y aplicativo, generadas por múltiples factores a los que no son ajenos los déficits de coordinación entre las diversas normativas aplicables, la disociación de estándares normativos y jurisprudenciales, la ambigüedad terminológica derivada de la concurrencia o yuxtaposición de diferentes acepciones y la propia distancia que a menudo separa el reconocimiento del derecho de asilo con su efectividad. En estas coordenadas, el autor intenta desentrañar la problemática generada en la concepción del derecho de asilo por esos factores teniendo presente la evolución histórica de la consideración de las migraciones entre la libertad y el privilegio para, lógicamente, ubicar el estadio final de esa evolución en la consideración del asilo

como derecho fundamental en la Constitución italiana vigente de 1947; y ello lo hace pivotar sobre el asilo como derecho de la personalidad o de la persona a la luz de la jurisprudencia de la Corte de Casación italiana, de la evocación de una imbricación o conexión con su convergente consideración como derecho de (a la) solidaridad social (consistente asimismo con la igualdad real y efectiva, material o sustancial del artículo 3.2 de la propia Carta Magna italiana) y de la misma construcción de la ciudadanía.

Con ello, el Doctor Panzera afronta la que califica de mayor tensión en la actualidad en este terreno, que se manifiesta en la dialéctica entre la *particularidad* de la ciudadanía (estatal) y la *universalidad* de los derechos de la persona; y la acomete con el objetivo de evitar que aflore el potencial discriminatorio del instituto del asilo, para que no opere como un mecanismo automático de exclusión de *algunos* en el disfrute de derechos fundamentales que, al menos en teoría, corresponderían a *todos*. Desde este punto de vista, el autor aborda la problemática de la «manipulación» de las fronteras estatales como mecanismo subrepticio para reducir la efectividad del derecho de buscar asilo; esa manipulación la cifra, básicamente, en una disociación entre dimensión geográfica y dimensión político-jurídica del confín territorial de cada Estado que, en el caso de la Unión Europea, juega con una especie de «externalización» de los concretos aspectos de la gestión de los flujos migratorios, delegando en autoridades extranjeras e incluso en entes privados el cometido de control sobre las entradas y,

consecuentemente, sobre el efectivo acceso a la protección de los solicitantes de asilo.

Este primer capítulo se ve completado por otro (capítulo II, pp. 27-95) en los que se analizan los «perfiles generales del derecho de asilo», que para el Profesor Panzera comportan que el derecho de asilo actúe a modo de «propulsor» de una protección más amplia en el sistema constitucional de tutela de la persona. En particular, ese segundo capítulo ofrece unas pistas generales para la comprensión, en perspectiva histórica comparada, de las diversas lógicas que dinamizan el instituto del asilo en vista a superar las tensiones que se desprenden de las exigencias de tutela de la persona extranjera y del principio democrático a través del manejo coordinado de las fuentes jurídicas pertinentes que disciplinan el asilo. A este respecto, Claudio Panzera pone en solfa especialmente los retos jurídicos planteados por la organización y funcionamiento del sistema de asilo europeo, sin perder de vista las propuestas avanzadas por las dos últimas Comisiones Europeas (la propuesta de la anterior presidida por Juncker que introdujo nuevas reglas inspiradas en una «vieja lógica», y el más reciente «Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo» de la presidida por von der Leyen que tiene como eje el aumento de la confianza a través de un nuevo equilibrio entre responsabilidad y solidaridad a través de unos procedimientos modernizados y un planteamiento inclusivo); ahora bien, el balance de esas propuestas de la UE no es otro que la reproducción de la misma tensión entre derechos individuales de

los *outsiders* e intereses colectivos de los *insiders* que se registra a nivel estatal (p. 76). A este último respecto, se introduce al final del capítulo II (pp. 87-95) una breve aproximación comparatista al derecho de asilo en las Constituciones estatales de los países miembros de la UE, que muestra una diversidad susceptible no tanto de arrojar elementos comunes (dado que incluso ha habido reescritura restrictiva de las disposiciones constitucionales en algunos países –Alemania o Francia–, ausencia del instituto en el texto constitucional –Malta o Grecia– o remisión completa de su disciplina a la ley –España), sino precisamente de centrarse y explotar el potencial del instituto en el ordenamiento constitucional italiano (lo que se analiza en el capítulo III), con objeto de eventualmente generar un mimetismo positivo en el resto de países.

A continuación, el capítulo III («El asilo en la Constitución italiana», pp. 97-141) se dedica todo él a un análisis exhaustivo, en clave sistemática, de la disciplina constitucional del asilo, a través de la reconstrucción sistemática del debate constituyente que condujo a la formulación del artículo 10.3 de la Constitución italiana de 1947 («*todo extranjero al que se impida en su país el ejercicio efectivo de las libertades democráticas garantizadas por la Constitución italiana tendrá derecho de asilo en el territorio de la Republica, con arreglo a las condiciones establecidas por la ley*»). Se procede de tal manera a un examen meticuloso de los particulares componentes que estructuran la situación jurídica protegida. A tal efecto, el autor parte del encuadre sistemático del

artículo 10.3, completándolo sucesivamente con unas pinceladas sobre el sentido del debate constituyente, una aproximación a los rasgos del derecho constitucional de asilo desde la perspectiva de su titularidad, un estudio del presupuesto objetivo (causa habilitante) y de la naturaleza de la situación jurídica protegida, un examen del contenido del derecho de asilo bajo el ángulo de la entrada en el territorio, una incursión en el potencial derecho a entrar en el territorio para presentar la solicitud de protección y un análisis del ámbito material de la estancia y los otros derechos conexos con el asilo. Cabalmente, el Profesor Panzera traba una ligazón entre la aproximación sistemática del artículo 10.3 de la Carta Magna (que combina con el juego del principio personalista del artículo 2 de la propia Constitución cuando reconoce los derechos inviolables de la persona y con el imperativo de la igualdad sustancial del artículo 3.2) y esos derechos conexos con el asilo, ya se trate de una serie de situaciones jurídicas activas instrumentales (derecho a recibir informaciones claras y completas sobre el procedimiento y en una lengua comprensible, un tutela judicial efectiva –jurídica y lingüística– y sanitaria, o el acceso a los documentos relativos al procedimiento de examen de la solicitud de asilo), ya de la garantía de las condiciones materiales de asistencia (alimentación, alojamiento y vestido).

* * *

Los otros dos capítulos centrales de la obra reflexionan sucesivamente sobre el tránsito evolutivo de un derecho

único a estatutos diversos («Dall'unico diritto ai diversi status»), capítulo IV, pp. 143-212) y sobre la concreta tutela del solicitante de asilo en el ordenamiento italiano («La tutela del richiedente asilo nell'ordinamento italiano», capítulo V, pp. 213-260). Más precisamente, en el capítulo cuarto se ponen de relieve las peculiaridades del instituto constitucional del asilo con respecto a los estatutos de protección reconocidos a nivel internacional y supranacional con los cuales se confunde con frecuencia o, en palabras del Profesor Panzera, en los cuales se considera «absorbido», de un modo diverso pero que el autor considera no más convincente. En esta línea, se reafirma la autonomía del instituto constitucional del asilo en el ordenamiento italiano, para postular que el artículo 10.3 de la Norma Fundamental es una disposición preceptiva de aplicación directa y no meramente programática, así como que su contenido primario (garantizar la entrada y estancia de su titular en el territorio nacional) constituye un verdadero derecho, a diferencia de la consideración más endeble de las otras formas de protección internacional. Esas otras modalidades de protección son a renglón seguido objeto de discernimiento, empezando por la tutela jurídica internacional del estatuto del refugiado (a la luz del reconocimiento y garantía por la Convención de Ginebra de 1951 y el ACNUR, la protección indirecta favorecida por el TEDH sobre la base del CEDH y sus Protocolos, etc.), y continuando: con la protección subsidiaria (impulsada desde la UE tras el Consejo de Tampere de 1999); con la conocida como «protección temporal» (en caso de afluencia masiva

de personas desplazadas); con el clásico principio de «non-refoulement» (como núcleo duro común de las diversas formas de protección internacional y constitucional reconocidas) y sus declinaciones en la propia Convención de Ginebra (a partir de su artículo 33), en el CEDH y sus Protocolos (y la jurisprudencia del TEDH), en el Derecho de la UE (y la jurisprudencia del TJUE) y en el propio ordenamiento constitucional italiano (con dos declinaciones básicas que ponen el acento en el riesgo de tortura y en la tutela de los menores extranjeros no acompañados); y, en fin, con la forma «menor» de protección (la humanitaria) articulada en torno a una «cláusula residual abierta» que no entra en la tipificación de las reseñadas formas de protección y, en cambio, precisa de una tutela solidaria de índole más caritativo (p. 202).

Por su lado, el capítulo quinto se detiene en algunos aspectos problemáticos del recorrido que acompaña al disfrute del derecho de asilo en el ordenamiento italiano, desde la presentación y examen de la solicitud de asilo hasta las diversas modalidades mediante las que se articula la acogida del solicitante sobre el territorio italiano. Se efectúa en tal dirección un metódico y crítico repaso a las condiciones de salud y eventuales situaciones de vulnerabilidad en el contexto de la primera acogida (en los conocidos como «centros gubernativos de primera acogida» –CPA– a los que son enviados los solicitantes por el prefecto). Seguidamente, se ponderan las condiciones «difusas» de la segunda acogida (para los solicitantes que hayan superado el estadio inicial de «socorro») a través de una primera

fase de acogida «fragmentada» y sin modelo, una segunda fase de acogida más formalizada (en la red del «Sistema de protección para solicitantes de asilo y refugiados» –SPRAR por sus siglas en italiano, «Sistema di protezione per richiedenti asilo e rifugiati»-), una segunda fase de acogida selectiva y basilar (el «Sistema de protección para titulares de protección internacional y para menores extranjeros no acompañados» –SIPROIMI, «Sistema di protezione per titolari di protezione internazionale e per minori stranieri non accompagnati») y una cuarta fase de «acogida-integración» por «niveles» (mediante el «Sistema de acogida y de integración» –SAI, «Sistema di accoglienza e di integrazione»). Y, en fin, se someten a escrutinio crítico las condiciones de revocación de las medidas de acogida, que para el Doctor Panzera en el ordenamiento italiano se han extralimitado con respecto a lo previsto en el Derecho de la UE (el cual prevé dicha medida «en casos excepcionales debidamente motivados»), contemplando dicha revocación como una respuesta «ordinaria» frente a una serie de conductas muy diversas por su naturaleza y gravedad (siendo una de las más controvertidas el amplio margen de discrecionalidad conferido al prefecto para proceder a dicha revocación ante comportamientos gravemente violentos o la violación grave y repetida de la reglas de la estructura de acogida).

* * *

Ponen colofón al libro del Profesor Panzera unas interesantes conclusiones (pp. 261-267) y un rico anexo

bibliográfico (pp. 269-289). Así, la primera conclusión que se extrae de la larga «parábola histórica» del asilo radica en la extraordinaria capacidad de adaptación que ha demostrado el instituto para amoldarse a los diversos contextos sociales y político-institucionales en los que ha operado, afirmándose como uno de los institutos jurídicos de tradición más antigua y, al tiempo, de mayor controversia en su definición, debido en gran medida a la siempre incierta relación del asilo con la *forma-Estado* en sus diversas manifestaciones históricas.

Semejante incertidumbre no ha quedado totalmente superada por la existencia de un «derecho individual» de asilo en el ordenamiento internacional, pues éste concurre con el poder exhibido siempre por los Estados para regular la entrada y permanencia de las personas extranjeras en su respectivo territorio. Bajo tal ángulo, la observancia de las normas internacionales sobre protección de personas refugiadas y respeto de los derechos humanos no ha dejado de estar expuesta a las oscilaciones debidas a una cierta *elasticidad* de las fronteras políticas, manipulables con destreza por los Estados para impedir el «contacto» del migrante con su territorio y así evitar las obligaciones asumidas en la materia, como lo acreditan las discutibles prácticas de expulsiones colectivas en el mar o la externalización de las actividades de control de los flujos migratorios. La misma Unión Europea ha sido incapaz de establecer un sistema común de asilo (en el marco del conocido espacio de libertad, seguridad y justicia) que opere una distribución de las solicitudes que sea

equitativa hacia el exterior y solidaria en el interior.

En este entramado normativo, el Profesor Panzera pone el énfasis en la virtualidad del instituto constitucional del asilo a la luz del artículo 10.3 de la Carta Magna italiana, de la que se desprendería un «derecho subjetivo perfecto» al asilo en el territorio de la República, aunque la ley que tenía que haber definido sus condiciones de ejercicio no haya sido adoptada hasta la fecha. Lo cual, por los motivos reseñados, no ha impedido que la jurisprudencia nacional (y de modo notable la propia Corte de Casación) haya afirmado la normatividad y eficacia inmediata del citado precepto constitucional. Esta conclusión debe ser objeto de consolidación para el autor, para evitar que los avatares jurisprudenciales sean susceptibles de conducir a la «absorción» que, en cierta praxis jurisprudencial y en buena parte de la doctrina, pueda padecer el instituto del asilo constitucional ante otras formas complementarias más tenues como el estatuto de refugiado de la normativa universal (Convención de Ginebra), la protección subsidiaria (favorecida por el ordenamiento de la UE) o la más discrecional protección humanitaria (propiciada por el propio ordenamiento nacional).

Indudablemente, esta conclusión es la más relevante de la obra, puesto que pretende evitar que el artículo 10.3 de la Constitución italiana, a través de dicha «absorción», sea víctima de una ambigüedad del léxico normativo que el legislador nacional no ha querido nunca despejar. Las propuestas formuladas por el Profesor Panzera tienen, de «leге ferenda», a optimizar un

desarrollo del instituto constitucional del asilo coherente con el alcance establecido en el artículo 10.3 de la Carta Magna italiana, para superar de una vez por todas la tendencia restrictiva en la legislación italiana de los últimos años (sólo parcialmente corregida por el Decreto ley n° 130 de 21 de octubre de 2020, el cual contiene disposiciones urgentes en materia de inmigración y protección internacional que enfatizan las «obligaciones constitucionales e internacionales» en dicho ámbito). Lo cual tiene su soporte en la ubicación sistemática del asilo (entre los «principios fundamentales» de la Carta Magna) y su estrecho vínculo con otras disposiciones constitucionales (los artículos 2 –derechos inviolables del hombre–, 3 –igualdad sustancial– y 11 –favorecimiento de las organizaciones internacionales que aseguren la paz y la justicia–), que incluye en última instancia al derecho de asilo entre los «caracteres esenciales» que califican al ordenamiento republicano en el plano axiológico jurídico (p. 265). Con ese reconocimiento constitucional del asilo se ofrecen elementos para superar la contraposición entre grandes coordenadas teóricas de fondo (universalismo *versus* relativismo de los derechos humanos, libertad de migrar del individuo *versus* soberanía territorial del Estado, ideal cosmopolita *versus* autogobierno democrático, o monismo *versus* dualismo en las relaciones entre Derecho nacional e internacional).

* * *

Llegados a este punto, no me resta sino enfatizar o subrayar dos aspectos

de la obra reseñada del Profesor Panzera que, a mi modo de ver, la convierten en texto de referencia y consulta insoslayables.

El primero, en el plano estricto de la excelencia investigadora, reside en brindar un trabajo monográfico que responde perfectamente a las exigencias actuales de los estudios del Derecho constitucional, su prolongación como Derecho constitucional europeo y sus implicaciones en el contexto de las modernas tendencias de internacionalización del Derecho constitucional y constitucionalización del Derecho internacional. Claudio Panzera se erige en un gran exponente del manejo de las categorías que impregnan transversal e intersectorialmente el Derecho constitucional.

El segundo, en el más amplio escenario de un constitucionalismo democrático que proyecta elementos axiológicos de orden internacional, radica en apostar por un análisis riguroso de los estándares jurídicos sin por ello dejar de mostrar un compromiso con los valores, principios y derechos fundamentales que propenden a la consecución de la justicia en el respeto inherente de la dignidad de la persona. Desde esta óptica, el Doctor Panzera practica una especie de «Derecho constitucional humanitario» que refuerza una tutela multinivel de los derechos y libertades articulada en torno al principio *favor libertatis* o *pro personae*, tanto más necesario cuanto que la crisis humanitaria y de personas refugiadas desatada especialmente en la UE a partir de 2015 se ha visto acentuada por la crisis provocada por la pandemia de Covid-19, la cual está siendo

asimismo una crisis sanitaria y humanitaria.

No obstante, la obra del Profesor Panzera está llamada a contrarrestar

que esas crisis no lo sean también de valores constitucionales y culturales europeos. Por todo ello, auguro un gran éxito editorial al libro.

Luis Jimena Quesada
Catedrático de Derecho Constitucional
Universitat de València

OEHLING DE LOS REYES, Alberto, *Protección constitucional de la integridad personal del detenido y recluso: medios de tutela jurídica nacional e internacional*, Aranzadi. Cizur Menor, 2019, 368 pp. ISBN 978-84-1309-541-7.

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-69\(1\)-2021pp341-344](http://dx.doi.org/10.18543/ed-69(1)-2021pp341-344)

El libro que comentamos es un sugerente trabajo donde se analizan, desde una tutela multinivel, los medios de garantía del derecho a la integridad personal del detenido y recluso. En este, se incorporan los derechos básicos del recluso, relacionados con la noción de dignidad constitucional. Junto a ello, se abordan determinados límites de actuación del Estado y de la Administración –énfasis en la penitenciaria–, ante la protección del derecho fundamental a la vida, a la integridad física y a no sufrir tortura y tratos inhumanos y degradantes. En suma, relaciona de algún modo el Derecho Constitucional con el Derecho Penitenciario, resultando práctico a los operadores jurídicos.

La obra se estructura en: una introducción; en un segundo capítulo, que explica detalladamente las restricciones de la detención del artículo 17 CE; y, en tres capítulos posteriores, donde entra a valorar las distintas garantías a nivel nacional e internacional. El primero de ellos es una introducción donde se repasa una serie de acontecimientos históricos que permiten al lector abordar la cuestión central de la

obra. En este mismo, argumenta como «el nivel de efectividad de los mandatos de Derecho Internacional para la efectividad del Derecho de los derechos humanos no tiene por qué ser parejo en todos los Estados», al depender del grado de reconocimiento constitucional y de una estructura jurisdiccional eficaz para la protección de los derechos. Asimismo, presta atención a como el proceso general de internacionalización de los derechos humanos ha ido definiendo al Derecho Penitenciario actual.

En el segundo capítulo, como avanzamos, se analizan doctrinal y jurisprudencialmente cuestiones frecuentes en el ámbito de las situaciones de restricción a la libertad. El autor desglosa las limitaciones o restricciones en dos grandes grupos: las de tipo menor (requerimientos de identificación policial, cacheos, registros e intervenciones corporales, la prueba de alcoholemia y la citación); y las de tipo máximo (detención preventiva y la prisión provisional). Por entrar en algunas cuestiones, en atención al requerimiento de identificación policial, el autor alude a que si la retención

dura «más del tiempo necesario o se produzcan dilaciones, el Tribunal reconoce la posibilidad de hacer uso de la vía de *habeas corpus*». Respecto a la prueba de alcoholemia, considera que la «cuasidetención» deriva «no tanto sólo del carácter temporal... sino también dependiendo de las garantías previstas en el ordenamiento frente a extralimitaciones en su ejecución».

Más clave todo lo relativo a la detención, considerada como una privación repentina de la libertad. Pues bien, el autor la desglosa en detención judicial –ordenada por jueces–, y la detención no judicial –particulares o agentes de policía judicial principalmente–. Antes que nada, explica las situaciones concretas de habilitación legal para realizar una detención: cuando el sujeto intenta cometer un delito o cuando se pilla *in fraganti*, o se trata de un individuo prófugo de la justicia. Nos recuerda la importancia del art.495 LECrim al determinar que no cabe detención por delitos leves. Incluso añade más, «el art. 492 de la LECrim establece la facultad de ponderación por parte de la policía». En el punto de la pertinencia de detención fortuita o repentina dependiendo del grado delictual, alude a la controversia doctrinal –por la subjetividad de la normativa– con los delitos menos graves pero no leves. En lo que respecta al apartado del derecho del detenido, como reconoce el autor, la serie de garantías están «presididas por el principio de respeto a la dignidad humana del art.10.1 y del derecho a la integridad física y psíquica del art. 15 de la CE». Las agrupa sistemáticamente en: garantías de información al detenido y a posibles terceros

interesados; derecho a entrevista previa con el letrado y a guardar silencio y no ser obligado a declarar; derecho a la asistencia de letrado; derecho a reconocimiento médico; y, derecho a no ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes durante la detención. Se invita al lector a prestar atención a cada una de ellas. Por recalcar algunas, respecto a la garantía del derecho de información, explica la inclusión de información sobre las condiciones para obtener asistencia jurídica gratuita, como del plazo máximo legal de duración de la detención. O, en el caso del derecho a no ser sometido a tortura, la importancia de proceder a la colocación de cámaras como medio de prueba indubitable ante denuncias falsas o lesiones autoinflingidas. Al igual que en el derecho a no ser obligado a declarar, donde «los agentes encargados pueden invitar a declarar pero no forzar».

En otro punto atiende a otros tipos de detención, como es: la de menores, la de diputados y senadores, o, la relativa al art.55.2 CE. Ya, en el último punto del capítulo, que no por ello menos importante, Oehling aborda el mecanismo del *habeas corpus* del art.17.4 CE y la Ley Orgánica/1984. Como pone de relieve, se trata de un sistema rápido para hacer cesar las posibles vulneraciones de los derechos del detenido. En términos suyos, «no pretende resolver el problema litigioso de fondo, sino, solamente, una comprobación profunda sobre la legalidad o ilegalidad de la detención». En lo que respecta al procedimiento, se recalca la poca exigencia de requisitos formales para que la solicitud pueda admitirse, y, que el enjuiciamiento se

debe llevar a cabo por órgano judicial competente con un juicio de fondo.

En el capítulo cuarto, aborda las garantías en el ámbito regional. Como sabemos, el plano nacional se complementa con el sistema regional de protección del Consejo de Europa, con el CEDH de 1950, y el Convenio Europeo para la prevención de la tortura y de las penas y tratos inhumanos y degradantes de 1987. Junto a ello, el nivel del Derecho de la Unión Europea. En atención al CEDH, el autor –en línea con la doctrina– lo considera como un sistema integrado de protección de la dignidad, al reconocerse el derecho a la vida con carácter general (art.2), la prohibición de la tortura y de los tratos inhumanos y degradantes (art.3), la prohibición de trabajos forzados (art.4), y, la prohibición de la pena de muerte (Protocolos 6 y 13). En afirma, «el CEDH eleva su protección material». Más, al configurarse una jurisdicción propia que tiene competencia para admitir demandas individuales de los ciudadanos de los Estados parte, tras agotar las vías de protección interna, claramente refiere al TEDH. A su juicio, en lo que respecta a la delimitación del marco de protección, se hallan dos prohibiciones fundamentales: por un lado la tortura, penas o tratos degradantes o trabajo forzosos; y, por otro, la pena capital. Siendo el bien jurídico protegido la dignidad humana, vida e integridad del sujeto privado de libertad. Considera que en la protección del derecho a la vida refiere «también respecto de casos de desaparición del sujeto» o «tortura con resultado de muerte». En esta cuestión, explica la idea implícita del concepto de

dignidad humana. A modo de ejemplo, menciona el caso *Yankov v. Bulgaria*, para apuntar que la lesión del art.3 CEDH es independiente del hecho objetivo del dolor físico. En términos del autor, «la pauta de valoración de un trato degradante depende de la propia sensación de vejación del mismo denunciante». En lo que respecta al art.3 CEDH, el autor considera que agrupa distintos conceptos aunque conectados con la base, esto es, la tortura. De alguna forma, Oehling pone de relieve que, para el TEDH, la tortura «puede mostrarse a través de algunos ejemplos de aplicación de la fuerza a efectos de doblegar al sujeto o extraer la confesión del demandante», al igual que la violación o ataque sexual. Será el TEDH el que encuadrará el tipo de situación que se incluya en el ámbito del referido art.3 CEDH, atendiendo al conjunto de circunstancias del caso. Entre las garantías procesales del artículo mencionado, en aras a evitar la impunidad, se muestra la obligación positiva de investigar, llevar una identificación de los responsables, y, proceder a su sanción, por parte de los Estados.

En lo que respecta al Convenio Europeo para la prevención de la tortura y de las penas y tratos inhumanos y degradantes, resalta la novedad de instituir el foro del Comité Europeo para la prevención. Si bien, sin carácter jurisdiccional, es «competente para realizar visitas e inspecciones in loco en centros de detención y privación de libertad de los países parte». Sobre la base de cooperación y confidencialidad permite instituir un mecanismo de control previo. Pone de relieve, esa faceta de inspección

realizada por dos miembros normalmente acompañados por intérpretes y asesores expertos. Sin embargo, no tiene facultad de conocer quejas individuales pero sí decidir ejercer funciones de inspección de tales avisos. Además, presenta dos informes, el general que debe presentar al Comité de Ministros del Consejo de Europa; e informes por visitas «que pueden ser por inspección periódica o *ad hoc*, para los Estados parte, que incluye hechos comprobados, recomendaciones y sugerencias».

Por último, respecto a la protección del TJUE que garantiza el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados –Carta de Derechos Fundamentales de 2000–, considera que a «la luz del marco de competencias del Tribunal de Luxemburgo, que presupone su jurisdicción respecto a disposiciones y actos de las instituciones de la UE...hace que el TUE no se pronuncie habitualmente sobre este tipo de lesiones» (derecho integridad detenido o recluso). En cambio, si más fallos relativos a cuestiones prejudiciales, entre ellas, el autor señala, el asunto Aranyosi y Căldăraru de 5 de abril de 2016 y el asunto Petruhhin de 6 de septiembre de 2016. En el primero de ellos, el

TJUE indicó que la autoridad judicial de ejecución debe comprobar si existen razones serias y fundadas para creer que la persona objeto de una orden de detención europea correrá un riesgo real de trato inhumano o degradante del art.4 Carta de Derechos en el caso de ser entregada al Estado miembro. Y, en el segundo, en aras a la protección del art.19.2 Carta, el autor señala como el TJUE considera que nadie puede ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a pena muerte, tortura o tratos inhumanos o degradantes.

Finaliza su obra, con un capítulo dedicado a las garantías en el ámbito de las Naciones Unidas, específicamente: las fuentes de los derechos humanos básicos de los reclusos; la protección del consejo de derechos humanos de la ONU; la protección del comité de derechos humanos; y, del comité contra la tortura.

En esta recomendable obra no solo se hace referencia a los derechos del detenido, sino, a las diversas garantías de los reclusos especialmente en el ámbito nacional, en Europa, y, las Naciones Unidas. Todas relacionadas con la noción de dignidad de la persona.

Amir Al Hasani Maturano

Profesor ayudante Derecho Constitucional
Universidad de las Islas Baleares

EN ESTE NÚMERO DE *ESTUDIOS DE DEUSTO*
COLABORAN / THIS ISSUE INCLUDES
CONTRIBUTIONS FROM:

Carmen MARTÍN FERNÁNDEZ es Profesora Contratada predoctoral FPU en el Área de Derecho Administrativo de la Universidad de Córdoba (España).

Beatriz SÁNCHEZ-GIRÓN MARTÍNEZ es Graduada en Derecho y Relaciones Laborales por la UCM y estudiante de máster en la UC3M (España).

Jesús LÓPEZ DE LERMA GALÁN es Profesor Derecho Constitucional en la Universidad Rey Juan Carlos (España).

Fernando MARTINEZ-MAILLO TORIBIO es Doctor en Derecho por la UNED (España).

Marcelino CABRERA GIRÁLDEZ es Investigador del Centro Común de Investigaciones de la Comisión Europea y Doctorando del Programa Unión Europea de la UNED (España).

Arianna SALA es Investigadora del Centro Común de Investigaciones de la Comisión Europea.

Isaac Marcelo BASAURE MIRANDA es Abogado por la Universidad Nacional de Lomas de Zamora (Argentina) y Diplomado en Derechos Económicos, Sociales y Culturales por la Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco (Argentina).

Andoni POLO ROCA es Abogado (España).

Cecilia ROSADO-VILLAVERDE es Profesora Contratada Doctora de Derecho Constitucional en la Universidad Rey Juan Carlos (España).

David DELGADO RAMOS es Profesor Ayudante Doctor de Derecho Constitucional en la Universidad Rey Juan Carlos (España).

Pere SIMÓN CASTELLANO es Profesor Contratado Doctor Derecho Constitucional en la Universidad Internacional de la Rioja UNIR y Abogado of counsel Font Advocats (España).

María RUIZ DORADO es Investigadora Doctora en Derecho Constitucional en la Universidad de Castilla -La Mancha (España).

Francisco J. ANDRÉS SANTOS es Catedrático de Derecho Romano en la Universidad de Valladolid (España).

David Eleuterio BALBUENA PÉREZ es Profesor agregado en la Universidad Internacional de la Rioja UNIR (España).

Gabriel MORENO GONZÁLEZ es Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Extremadura (España).

Beatriz TOMÁS MALLÉN es Profesora Titular de Derecho Constitucional en la Universitat Jaume I de Castellón (España).

Luis JIMENA QUESADA es Catedrático de Derecho Constitucional en la Universitat de València (España).

Amir AL HASANI MATURANO es Profesor ayudante de Derecho Constitucional en la Universidad de las Islas Baleares (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.

REVISTA ESTUDIOS DE DEUSTO

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 público.
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, teléfono de contacto y en su caso el identificador de orcid.
 - 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.
 - El texto del trabajo irá precedido de un breve sumario de las diferentes partes en que esté estructurado el trabajo en castellano o en inglés dependiendo del idioma en que esté redactado el trabajo.
 - Igualmente se incluirá una propuesta de título en inglés (si el trabajo se presenta en idioma castellano) o en castellano (si el trabajo se presenta en idioma inglés).
 - El trabajo deberá incluir en la última página un listado completo de las referencias bibliográficas empleadas.
 - La extensión total no deberá superar las 30 páginas (10.000 a 12.000 palabras), tamaño DinA 4.
 - Los párrafos estarán en interlineado sencillo (1), justificado y primera línea sangrada en un tabulador.
 - Ejemplo:
«La última reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante LECr) ha sido la operada por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y ...»
 - El tipo y el tamaño de la letra será Times New Roman 12. En las notas a pie de página el tipo y tamaño de la letra será de Times New Roman 10.
 - El título del artículo en Times New Roman 14, mayúscula, negrita y centrado.
 - Ejemplo: **LAS CAUSAS DE CONEXIÓN PENAL**
 - Los títulos de los distintos apartados:
 - Primer rango de apartado: Times New Roman 12, mayúscula y negrita.
 - Ejemplo: **I. DE LA NECESIDAD A LA CONVENIENCIA DEL ENJUICIAMIENTO CONJUNTO DE LOS DELITOS CONEXOS**
 - Segundo rango de apartado: Times New Roman 12, minúscula y negrita.
 - Ejemplo: **1. Objeto principal de la reforma de 2015 en materia de conexión delictiva**
 - Tercer rango de apartado: Times New Roman 12, minúscula y cursiva.
 - Ejemplo: *1.1. La llamada conexión objetiva o instrumental*
 - Cuarto rango de apartado: Times New Roman 12, minúscula.
 - Ejemplo: 1.1.1. La conexión subjetiva
 - Los siguientes rangos de apartados si fuese necesario en Times New Roman 12, minúscula y precedidos primero por una letra en mayúscula seguido por un paréntesis, y segundo por una letra en minúscula seguido por un paréntesis.
 - Ejemplo: A) La conexión indirecta

- a) Una de las perspectivas de la conexión indirecta
- El sumario que deberá figurar antes del texto principal deberá incluir un apartado de conclusiones, así como de bibliografía.
 - Ejemplo: SUMARIO: I. DE LA NECESIDAD A LA CONVENIENCIA DEL ENJUICIAMIENTO CONJUNTO DE LOS DELITOS CONEXOS. 1. Objeto principal de la reforma de 2015 en materia de conexión delictiva. 2. Razones para acumular o no el enjuiciamiento de delitos conexos. II. LOS NEXOS DE CONEXIÓN TRAS LA REFORMA. 1. Nexos de conexión que se mantienen: las llamadas conexión subjetiva y conexión objetiva. 1.1. La llamada conexión subjetiva. 1.2. La llamada conexión objetiva o instrumental. 1.2.1. Los nuevos nexos de conexión. 1.2.2. Los delitos de favorecimiento real y personal y el blanqueo de capitales respecto del delito antecedente. III. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.
4. **Normas de edición.** Las citas bibliográficas y las referencias a otras fuentes documentales se harán siguiendo el manual de estilo de Chicago (CMOS), preferentemente usando el sistema ‘Autor-fecha’.

Notas y bibliografía: ejemplos

Cada vez que se cita una obra por primera vez se deben dar en nota todos los detalles. Sin embargo, las posteriores citas que se hagan de esa obra solo requieren una forma abreviada. En la bibliografía se invierte el nombre del autor. Nótese que en las obras con dos o más autores se invierte solo el nombre citado en primer lugar. En la mayoría de los ejemplos que siguen a continuación se ofrece la cita completa, la abreviada y la entrada bibliográfica (resaltada en nuestros ejemplos en color gris).

1. Libro

Un autor

¹ Lluís Duch, *Mito, interpretación y cultura* (Barcelona: Herder, 1998), 56-58.

¹⁸ Duch, *Mito...*, 15.

²¹ Santiago Segura, *Gramática latina* (Bilbao: Universidad de Deusto, 2012), 74-76.

²² Segura, *Gramática...*, 75.

Duch, Lluís. *Mito, interpretación y cultura*. Barcelona: Herder, 1998.

Segura, Santiago. *Gramática latina*. Bilbao: Universidad de Deusto, 2012.

Dos autores

² Orfelio G. León e Ignacio Montero, *Diseño de investigaciones: Introducción a la lógica de la investigación en psicología y educación* (Madrid: McGraw-Hill/Interamericana de España, 1993).

León, Orfelio G. e Ignacio Montero. *Diseño de investigaciones: Introducción a la lógica de la investigación en psicología y educación*. Madrid: McGraw-Hill/Interamericana de España, 1993.

Tres autores

³ Julio Borrego Nieto, José Jesús Gómez Asencio y Emilio Prieto de los Mozos, *El subjuntivo...*

Borrego Nieto, Julio, José Jesús Gómez Asencio y Emilio Prieto de los Mozos. *El subjuntivo: valores y usos*. Madrid: SGEL.

Cuatro o más autores

En la nota se cita solo el nombre del primer autor, seguido de *et al.* Sin embargo, en la entrada de la bibliografía se citan todos los autores.

⁷² Natalia Ojeda et al., *La predicción del diagnóstico de esquizofrenia...*

¹⁰¹ Ojeda et al., *La predicción...*

Editor, traductor o compilador en lugar de autor

² Irene Andrés-Suárez, ed., *Antología del microrrelato español (1906-2011): El cuarto género narrativo* (Madrid: Cátedra, 2012), 15-16.

³ Andrés-Suárez, *Antología del microrrelato...*

Andrés-Suárez, Irene, ed. *Antología del microrrelato español (1906-2011): El cuarto género narrativo*. Madrid: Cátedra, 2012.

Editor, traductor o compilador además de autor

¹ Salvador Fernández Ramírez, *La enseñanza de la gramática y la literatura*. Ed. por José Polo (Madrid: Arco/Libros, 1985), 145-46.

¹⁸ Fernández Ramírez, *La enseñanza...*, 33

Fernández Ramírez, Salvador. *La enseñanza de la gramática y la literatura*. Editado por José Polo. Madrid: Arco/Libros, 1985.

Capítulo u otra parte de un libro

¹ Josefina Gómez Mendoza, «Ecología urbana y paisaje de la ciudad», en *La ciudad del futuro*, ed. por Antonio Bonet Correa (Madrid: Instituto de España, 2009), 177-217.

¹⁹ Gómez Mendoza, «Ecología urbana y paisaje de la ciudad», 180.

Gómez Mendoza, Josefina. «Ecología urbana y paisaje de la ciudad». En *La ciudad del futuro*, editado por Antonio Bonet Correa, 177-217. Madrid: Instituto de España, 2009.

Prefacio, prólogo, introducción o parte similar de un libro

¹ James Rieger, introducción a *Frankenstein; or, The Modern Prometheus*, de Mary Wollstonecraft Shelley (Chicago: University of Chicago Press, 1982), XX-XXI.

² Rieger, introducción, XXXIII.

Rieger, James. Introducción a *Frankenstein; or, The Modern Prometheus*, de Mary Wollstonecraft Shelley, XI-XXXVII. Chicago: University of Chicago Press, 1982.

Libro publicado electrónicamente

Si un libro está disponible en más de un formato, se cita la versión con la que se ha trabajado. En los libros consultados en línea hay que añadir el URL. Se aconseja incluir también la fecha de acceso. Si no se conocen con exactitud los números de páginas, se puede incluir el título de sección o capítulo u otro dato identificativo.

Libro electrónico obtenido de una biblioteca o librería

Muchos libros editados electrónicamente pueden tener un equivalente impreso. Pero dada la posibilidad de que existan diferencias, se aconseja indicar el formato en el que se ha consultado.

¹ Jane Austen, *Pride and Prejudice* (Nueva York: Penguin Classics, 2008), edición en PDF, cap. 23.

¹⁴ Austen, *Pride and Prejudice*, cap. 23.

Austen, Jane. *Pride and Prejudice*. Nueva York: Penguin Classics, 2008. Edición en PDF.

Libro consultado en línea

¹ Salvador Gutiérrez Ordóñez, *Lingüística y semántica: Aproximación funcional* (Oviedo: Universidad de Oviedo, 1981), <http://www.gruposincom.es/publicaciones-de-salvador-gutierrez-ordonez>.

² Philip B. Kurland y Ralph Lerner, eds., *The Founders' Constitution* (Chicago: University of Chicago Press, 1987), acceso el 28 de febrero de 2010, <http://press-pubs.uchicago.edu/founders/>.

³ Gutiérrez Ordóñez, *Lingüística y semántica*.

⁴ Kurland y Lerner, *Founder's Constitution*, cap. 10, doc. 19.

Gutiérrez Ordóñez, Salvador. *Lingüística y semántica: Aproximación funcional*. Oviedo:

Universidad de Oviedo, 1981. <http://www.gruposincom.es/publicaciones-de-salvador-gutierrez-ordonez>.

Kurland, Philip B., y Ralph Lerner, eds. *The Founders' Constitution*. Chicago: University of Chicago Press, 1987. Acceso el 28 de febrero de 2010. <http://press-pubs.uchicago.edu/founders/>.

2. Artículo de revista

Artículo en una revista impresa

Para la nota a pie de página o final de capítulo, si procede, se cita el número concreto de la página consultada. En la bibliografía, se deben indicar los números de comienzo y fin del artículo completo.

¹ María José Hernández Guerrero, «Presencia y utilización de la traducción en la prensa española», *Meta* 56, n.º 1 (2011): 112-13.

³⁴ Hernández Guerrero, «Presencia y utilización de la traducción en la prensa española», 115.

Hernández Guerrero, María José. «Presencia y utilización de la traducción en la prensa española». *Meta* 56, n.º 1 (2011): 101-118.

Artículo en una revista en línea

¹ Ángeles Feliu Albadalejo, «La publicidad institucional en la arena parlamentaria española», *Revista Latina de Comunicación Social* 66 (2011): 470, doi:10.4185/RLCS-66-2011-941-454-481.

¹⁵ Feliu Albadalejo, «La publicidad institucional», 475.

Feliu Albadalejo, Ángeles. «La publicidad institucional en la arena parlamentaria española». *Revista Latina de Comunicación Social* 66 (2011): 454-481. doi:10.4185/RLCS-66-2011-941-454-481.

3. Artículo en periódicos o magazines

Los artículos en un periódico o magazine, pueden ser citados de la siguiente forma en el texto («Como Sheryl Stolberg y Robert Pear mencionan en un artículo del *New York Times* el 27 de febrero de 2010,...») en lugar de en una nota y, normalmente, se omiten en la bibliografía. Los siguientes ejemplos muestran una versión más formal de las citas. Si se consulta un artículo de forma *online*, se debe incluir el URL, indicando la fecha de acceso. Si el autor no está identificado, se comienza la cita con el título del artículo.

² Sheryl Gay Stolberg y Robert Pear, «Wary Centrists Posing Challenge in Health Care Vote», *New York Times*, 27 de febrero de 2010, acceso el 28 de febrero de 2010, <http://www.nytimes.com/2010/02/28/us/politics/28health.html>.

⁴ Stolberg y Pear, «Wary Centrists...».

Stolberg, Sheryl Gay, y Robert Pear. «Wary Centrists Posing Challenge in Health Care Vote». *New York Times*, 27 de febrero de 2010. Acceso el 28 de febrero de 2010. <http://www.nytimes.com/2010/02/28/us/politics/28health.html>.

4. Reseña del libro

¹ David Kamp, «Deconstructing Dinner», reseña de *The Omnivore's Dilemma: A Natural History of Four Meals*, de Michael Pollan, *New York Times*, 23 de abril de 2006, Sunday Book Review, <http://www.nytimes.com/2006/04/23/books/review/23kamp.html>.

² Kamp, «Deconstructing Dinner».

Kamp, David. «Deconstructing Dinner». Reseña de *The Omnivore's Dilemma: A Natural History of Four Meals*, de Michael Pollan. *New York Times*, 23 de abril de 2006, Sunday Book Review. <http://www.nytimes.com/2006/04/23/books/review/23kamp.html>.

5. Tesis o tesina

¹ Francisco José Hernández Rubio, «Los límites del eliminacionismo: Una solución epigenética al problema mente-cerebro» (tesis doctoral, Universidad de Murcia, 2010), 145, <http://hdl.handle.net/10201/17600>.

³ Hernández Rubio, «Los límites del eliminacionismo», 130-132.

Hernández Rubio, Francisco José. «Los límites del eliminacionismo: Una solución epigenética al problema mente-cerebro». Tesis doctoral. Universidad de Murcia, 2010. <http://hdl.handle.net/10201/17600>.

6. Documento presentado en conferencias, ponencias, congresos o similares

² Silvia Rodríguez Vázquez, «Flujos de traducción: Herramientas de ayuda a la gestión de proyectos en función de la situación de trabajo» (conferencia, Universidad de Salamanca, 8 de noviembre de 2012).

⁴ Rodríguez Vázquez, «Flujos de traducción».

Rodríguez Vázquez, Silvia. «Flujos de traducción: Herramientas de ayuda a la gestión de proyectos en función de la situación de trabajo». Conferencia pronunciada en la Universidad de Salamanca, 8 de noviembre de 2012.

7. Sitio web

La cita del contenido de un sitio web puede estar frecuentemente limitada a una mención en el texto («El 19 de julio de 2008, la corporación McDonald's mencionaba en su sitio web...») o en una nota. Si se quiere una cita más formal, puede ser del estilo del ejemplo que figura a continuación. Debido a que tal contenido está sujeto a cambios, se debe incluir una fecha de acceso o, si está disponible, la fecha de la última modificación.

² «McDonald's Happy Meal Toy Safety Facts», McDonald's Corporation, acceso el 19 de julio de 2008, <http://www.mcdonalds.com/corp/about/factsheets.html>.

McDonald's Corporation. «McDonald's Happy Meal Toy Safety Facts». Acceso el 19 de julio de 2008. <http://www.mcdonalds.com/corp/about/factsheets.html>.

8. Entrada de blog o comentario

Las entradas de blog o comentarios pueden citarse en el texto («En un comentario publicado en el *Blog de Lengua española* el 13 de marzo de 2012,...») en lugar de en una nota y, generalmente, se omiten en la bibliografía. No es necesario añadir *seud.* después del nombre aparentemente ficticio.

³ José Luis Ramírez, 17 de marzo de 2012 (21:28), comentario a Alberto Bustos, «Hacer los deberes», *Blog de Lengua española*, 13 de marzo de 2012, <http://blog.lengua-e.com/2012/hacer-los-deberes/#comments>.

Blog de Lengua española. <http://blog.lengua-e.com/2012/hacer-los-deberes/#comments>.

9. Comunicación personal y entrevista

Las referencias a conversaciones, entrevistas, correos electrónicos, mensajes de texto o similares, normalmente se incluyen en el texto («En conversación telefónica con el autor el 7 de julio de 2010, el líder sindicalista admitió que...») o se dan en nota; raramente se incluyen en la bibliografía.

² Lourdes Díaz, correo electrónico al autor, 15 de mayo de 2011.

⁷ Mike Milanovic (director ejecutivo de Cambridge ESOL), en conversación con el autor, septiembre de 2011.

En lo que se refiere a las entrevistas, sea cual sea su forma, la cita normalmente comienza por el nombre de la persona entrevistada. El entrevistador, en caso de mencionarse, figura en segundo lugar.

⁸ Benjamin Spock, entrevista por Milton J. E. Senn, 20 de noviembre de 1974, entrevista 67A, transcripción, Senn Oral History Collection, National Library of Medicine, Bethesda, MD.

⁹ Spock, entrevista.

10. Obra registrada en bases de datos

Para los documentos localizados mediante bases de datos o repositorios, se indica el nombre de la base de datos y, entre paréntesis, el número de identificación proporcionado o recomendado por la base de datos.

Choi, Mihwa. «Contesting *Imaginaires* in Death Rituals during the Northern Song Dynasty». Tesis doctoral. Universidad de Chicago, 2008. ProQuest (AAT 3300426).

11. Documento legal y jurisprudencia

En los documentos legales y públicos, las menciones a la documentación se hacen generalmente en el cuerpo del texto. En otras materias, especialmente académicas, que usan como fuente documental textos legales y públicos, se mencionan tanto en el cuerpo del texto como en nota.

Norma jurídica

² Ley 14/2007, de 26 de noviembre, del Patrimonio Histórico de Andalucía (*BOJA* núm. 248 de 19 de diciembre de 2007).

³ Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos (*BOE* núm. 213 de 5 de septiembre de 2007).

Jurisprudencia

Debe citarse haciendo referencia al órgano que la dicta, el número —si lo hay— y la fecha, usando abreviaturas para el término *sentencia* y la mención del órgano que la dicta.

El texto de la STC 185/2012, de 17 de octubre, se refiere, en sus Antecedentes...

Autor-fecha: ejemplos

Los siguientes ejemplos ilustran las citas que se utilizan en el sistema autor-fecha. Cada ejemplo de una entrada de la lista de referencia va acompañado de un ejemplo de su correspondiente cita entre paréntesis en el texto. En las entradas de la lista de referencia se invierte el nombre del autor. Nótese que en las obras con dos o más autores se invierte solo el nombre citado en primer lugar. En los casos en los que el sistema autor-año se complementa con notas a pie de página o final de capítulo, la mención de la fuente en las notas se realiza igual que cuando se hace en el cuerpo del texto. Para más detalles y ejemplos, véase el capítulo 15 del *Manual de Estilo de Chicago-Deusto*. Para ver ejemplos de las mismas citas utilizando el sistema de notas y bibliografía, véase el capítulo 14.

1. Libro

Un autor

Duch, Lluís. 1998. *Mito, interpretación y cultura*. Barcelona: Herder.
Segura, Santiago. 2012. *Gramática latina*. Bilbao: Universidad de Deusto.
(Duch 1998, 99-100)
(Segura 2012, 74-76)

Dos autores

León, Orfelio G. e Ignacio Montero. 1993. *Diseño de investigaciones: Introducción a la lógica de la investigación en psicología y educación*. Madrid: McGraw-Hill/Interamericana de España.
(León y Montero 1993, 25)

Tres autores

Borrego Nieto, Julio, José J. Gómez Asencio y Emilio Prieto de los Mozos. 1986. *El subjuntivo: valores y usos*. Madrid: SGEL.
(Borrego Nieto, Gómez Asencio y Prieto de los Mozos 1986)

Cuatro o más autores

En la entrada de la lista de referencias se incluye a todos ellos. El orden y la puntuación son los mismos que en el caso de los libros con dos o tres autores. En el texto se da solo el apellido del autor que aparece en primer lugar, seguido de *et al.*

(Ojeda et al. 2009, 128-129)

Editor, traductor o compilador en lugar de autor

Notario Ruiz, Antonio, ed. 2005. *Contrapuntos estéticos*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca.

(Notario Ruiz 2005, 24)

Editor, traductor o compilador además de autor

Fernández Ramírez, Salvador. 1985. *La enseñanza de la gramática y la literatura*. Editado por José Polo. Madrid: Arco/Libros.

(Fernández Ramírez 1985, 112-23)

Capítulo u otra parte de un libro

Gómez Mendoza, Josefina. 2009. «Ecología urbana y paisaje de la ciudad». En *La ciudad del futuro*, editado por Antonio Bonet Correa, 177-217. Madrid: Instituto de España.

(Gómez Mendoza 2009)

Prefacio, prólogo, introducción o parte similar de un libro

Rieger, James. 1982. Introducción a *Frankenstein; or, The Modern Prometheus*, de Mary Wollstonecraft Shelley, XI-XXXVII. Chicago: University of Chicago Press.

(Rieger 1982, XX-XXI)

Libro publicado electrónicamente

Si un libro está disponible en más de un formato, se cita la versión con la que se ha trabajado. En los libros consultados en línea hay que añadir el URL. Se aconseja incluir también la fecha de acceso. Si no se conocen con exactitud los números de páginas, se puede incluir el título de sección o capítulo u otro dato identificativo.

Libro electrónico obtenido de una biblioteca o librería

Muchos libros editados electrónicamente pueden tener un equivalente impreso. Pero dada la posibilidad de que existan diferencias, se aconseja indicar el formato en el que se ha consultado.

Austen, Jane. 2008. *Pride and Prejudice*. Nueva York: Penguin Classics. Edición en PDF. (Austen 2008)

Libro consultado en línea

Gutiérrez Ordoñez, Salvador. 1981. *Lingüística y semántica: Aproximación funcional*. Oviedo: Universidad de Oviedo. <http://www.gruposincom.es/publicaciones-de-salvador-gutierrez-ordonez>.

Kurland, Philip B., y Ralph Lerner, eds. 1987. *The Founders' Constitution*. Chicago: University of Chicago Press. Acceso el 28 de febrero de 2010. <http://press-pubs.uchicago.edu/founders/>.

(Gutiérrez Ordoñez 1981)

(Kurland y Lerner, cap. 10, doc. 19)

2. Artículo de revista

Artículo en una revista impresa

En el texto, si procede, se cita el número concreto de la página consultada. En la entrada de la lista de referencias, se deben indicar los números de comienzo y fin del artículo completo.

Hernández Guerrero, María José. 2011. «Presencia y utilización de la traducción en la prensa española». *Meta* 56, n.º 1: 101-118.

(Hernández Guerrero 2011, 115)

Artículo en una revista en línea

Indique el DOI (*Digital Object Identifier*, «Identificador Digital de Objetos»), si la revista utiliza alguno. En caso contrario, señale el URL y la fecha de acceso.

Feliu Albadalejo, Ángeles. 2011. «La publicidad institucional en la arena parlamentaria española». *Revista Latina de Comunicación Social* 66: 454-481. doi:10.4185/RLCS-66-2011-941-454-481.

Feliu Albadalejo, Ángeles. 2011. «La publicidad institucional en la arena parlamentaria española». *Revista Latina de Comunicación Social* 66: 454-481. Acceso el 2 de febrero de 2015. http://www.revistalatinacs.org/11/art/941_Alicante/20_Feliu.html.

(Feliu Albadalejo 2011, 470)

3. Artículo en periódicos o magazines

Los artículos en un periódico o magazine, pueden ser citados de la siguiente forma en el texto («Como Sheryl Stolberg y Robert Pear mencionan en un artículo del *New York Times* el 27 de febrero de 2010,...»), y, normalmente, se omiten en la lista de referencias. El siguiente ejemplo muestra una versión más formal de las citas. Si se consulta un artículo de forma *online*, se debe incluir el URL, indicando la fecha de acceso. Si el autor no está identificado, se comienza la cita con el título del artículo.

Stolberg, Sheryl Gay, y Robert Pear. 2010. «Wary Centrists Posing Challenge in Health Care Vote». *New York Times*, 27 de febrero. Acceso el 28 de febrero de 2010. <http://www.nytimes.com/2010/02/28/us/politics/28health.html>.

(Stolberg y Pear 2010)

4. Reseña del libro

Kamp, David. 2006. «Deconstructing Dinner». Reseña de *The Omnivore's Dilemma: A Natural History of Four Meals*, de Michael Pollan. *New York Times*, 23 de abril, Sunday Book Review. <http://www.nytimes.com/2006/04/23/books/review/23kamp.html>.

(Kamp 2006)

5. Tesis o tesina

Hernández Rubio, Francisco José. 2010. «Los límites del eliminacionismo: Una solución epigenética al problema mente-cerebro». Tesis doctoral. Universidad de Murcia. <http://hdl.handle.net/10201/17600>.

(Hernández Rubio 2010)

6. Documento presentado en conferencias, ponencias, congresos o similares

Rodríguez Vázquez, Silvia. 2012. «Flujos de traducción: Herramientas de ayuda a la gestión de proyectos en función de la situación de trabajo». Conferencia pronunciada en la Universidad de Salamanca, 8 de noviembre.

(Rodríguez Vázquez 2012)

7. Sitio web

La cita del contenido de un sitio web puede estar frecuentemente limitada a una mención en texto («El 19 de julio de 2008, la corporación McDonald's mencionaba en su sitio web...»). Si se quiere una cita más formal, puede ser del estilo del ejemplo que figura a continuación. Debido a que tal contenido está sujeto a cambios, se debe incluir la fecha de acceso o, si está disponible, la fecha de la última modificación.

McDonald's Corporation. 2008. «McDonald's Happy Meal Toy Safety Facts». Acceso el 19 de julio. <http://www.mcdonalds.com/corp/about/factsheets.html>.

(McDonald's 2008)

8. Entrada de blog o comentario

Las entradas de blog o comentarios pueden citarse en el texto («En un comentario publicado en el *Blog de Lengua española* el 13 de marzo de 2012,...») y, generalmente, se omiten en la lista

de referencias. Si es necesaria una entrada en la lista de referencias, cite la entrada del blog, pero mencione los comentarios solo en el texto. (Si se requiere una fecha de acceso, añádala antes del URL).

Ramírez, José Luis. 2012. «Hacer los deberes». *Blog de Lengua española*. Acceso el 17 de marzo. <http://blog.lengua-e.com/2012/hacer-los-deberes/#comments>.

(Ramírez 2012)

9. Comunicación personal y entrevista

Las referencias a conversaciones, entrevistas, correos electrónicos, mensajes de texto o similares, normalmente se incluyen en el texto («En conversación telefónica con el autor el 7 de julio de 2010, el líder sindicalista admitió que...») y raramente se incluyen en la lista de referencias.

(Lourdes Díaz, correo electrónico al autor, 15 de mayo de 2011)

Nótese que la cita de una comunicación personal o entrevista puede también complementarse con una nota a pie de página o final de capítulo.

(«Según señala Benjamin Spock en una entrevista realizada por Milton J. E. Senn el 20 de noviembre de 1974,⁸...»).

⁸ Spock, entrevista 67A, transcripción, Senn Oral History Collection, National Library of Medicine, Bethesda, MD.

(Spock, entrevista por Senn, 20 de noviembre de 1974)²

² Benjamin Spock, entrevista por Milton J. E. Senn, 20 de noviembre de 1974, entrevista 67A, transcripción, Senn Oral History Collection, National Library of Medicine, Bethesda, MD.

10. Obra registrada en bases de datos

Para documentos localizados mediante bases de datos o repositorios, se indica el nombre de dicha base y, entre paréntesis, el número de identificación recomendado en la misma.

Choi, Mihwa. 2008. «Contesting *Imaginaires* in Death Rituals during the Northern Song Dynasty». Tesis doctoral. Universidad de Chicago. ProQuest (AAT 3300426).

11. Documento legal y jurisprudencia

La mayoría de los escritos legales y públicos citan la documentación en el propio cuerpo, más que en notas, y prácticamente no incluyen bibliografía. Todo escrito legal que necesite algo más que mencionar una fuente en el texto tendrá que recurrir a notas a pie de página o final de capítulo. Para más detalles y ejemplos, véase el capítulo 14 del *Manual de Estilo de Chicago-Deusto*.

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 (± 20 páginas escritas a espacio simple, 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 ordinario de cinco días naturales 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 reseña o reseña.

Aviso de derechos de autor/a

Los autores, mediante la entrega de sus manuscritos a la revista Estudios de Deusto. Revista de la Facultad de Derecho, aceptan las condiciones que se detallan a continuación sobre derechos de autor y se comprometen a cumplirlas. No firman ningún documento de cesión de derechos con la Editorial.

1. Autoría: El autor debe ser el único creador de la obra o debe actuar legalmente en nombre y con el pleno acuerdo de todos los autores.
2. Derecho de Autor y Código de conducta:
 - a) Los autores garantizan que su trabajo es original; que no ha sido publicado en cualquier forma anteriormente; que no está preparando su publicación en otra parte; que su envío y publicación no violan el código ético de la revista Estudios de Deusto (disponible en <revista-estudios.revistas.deusto.es>) ni los códigos de conducta, leyes o derechos de cualquier tercero; y que no se requiere el pago por la publicación por la Editorial (Universidad de Deusto).
 - b) Los autores conceden a la Editorial el derecho libre de pago para explotar y sublicenciar la obra en todo el mundo, en todas las formas y medios de expresión, ahora conocidos o desarrollados en el futuro, para los propósitos educativos y académicos.
 - c) Los autores retienen el derecho a presentar, exhibir, distribuir, desarrollar y publicar su trabajo para progresar en su carrera científica con la debida anotación de su publicación original en la revista Estudios de Deusto.
 - d) Los autores garantizan que no se han otorgado ni se otorgarán permisos o licencias de cualquier tipo que puedan violar los derechos otorgados a la Editorial.

Código ético

Estos compromisos están basados en las políticas de actuación de Elsevier, así como en las pautas o buenas prácticas recomendadas por COPE (*Committee on Publication Ethics*).

1. Obligaciones generales de la dirección de la Revista

El director de la Revista deberá:

1. Velar por la continua mejora de la Revista;
2. Asegurar la calidad de los artículos que se publican;
3. Mantener la integridad académica del contenido de la Revista;
4. Respetar la libertad de expresión;
5. Estar dispuesto a publicar las correcciones, y a hacerlo si se detectan errores, así como a publicar las retractaciones, y las disculpas que en su caso sean necesarias. Al respecto, se seguirán las recomendaciones publicadas al respecto por COPE
6. Preservar el anonimato de los evaluadores designados en cada caso para la evaluación de los artículos.
7. No anteponer en ningún caso intereses comerciales a los compromisos intelectuales y éticos que asume la Revista.
8. Revisar continuamente y asegurarse del cumplimiento de los compromisos éticos asumidos por la Revista junto con el Consejo de Redacción.

2. Relación con los autores

2.1. Promoción de conductas éticas

La dirección de la Revista deberá asegurarse de adoptar las medidas oportunas para asegurar la calidad del material publicado, y evitar la publicación de plagios y de trabajos no originales.

2.2. Obligaciones específicas de los autores

2.2.1. Originalidad y plagios

Los manuscritos que envíen los autores para su publicación en la Revista deberán contener los datos necesarios para permitir su cita ulterior por otros autores.

Los autores deberán enviar artículos completamente originales, y si los autores han utilizado el trabajo y/o las palabras de otros, éstos deberán estar convenientemente citados en el trabajo. Los plagios en las distintas formas en que se pueden manifestar, como puede ser la reproducción del trabajo de otro como si fuese un trabajo propio, copiar o parafrasear partes sustanciales de otro/s trabajo/s sin citarlos, se consideran conductas no éticas e inaceptables. La Dirección de la Revista adoptará en semejantes casos las medidas oportunas, que incluirá generalmente la comunicación al autor de las quejas o reclamaciones planteadas, así como inclusive posteriores comunicaciones a las instituciones u organismos de investigación correspondientes. Si la conducta no ética se confirma y se descubre tras la publicación del artículo, aunque hayan pasado años, se procederá a publicar una corrección, retractación u otro tipo de nota que deje constancia del acto producido.

2.2.2. Publicación múltiple, redundante o simultánea

Los autores deberán procurar en general no publicar la misma investigación en más de una publicación. El envío del mismo original a más de una revista simultáneamente se considera una conducta inaceptable. La publicación de un artículo en más de una Revista podrá encontrarse excepcionalmente justificada, y en cualquier caso se deberá mencionar adecuadamente la primera referencia publicada en la segunda publicación.

2.2.3. Reconocimiento de fuentes

Se deberá reconocer el trabajo de otros autores, por lo que los autores deberán citar en sus manuscritos los trabajos que hayan sido relevantes para su propio trabajo. Informaciones obtenidas por vías distintas a trabajos publicados previamente de forma pública solo podrán usarse con el permiso expreso del autor correspondiente. Si un autor descubre un error o inexactitud relevante en su propio trabajo ya publicado, deberá notificárselo inmediatamente al director de la Revista y colaborar con este último en la corrección o retractación del error cometido. Si el director de la Revista tiene conocimiento de un error relevante en un trabajo publicado a través de una tercera persona, el autor deberá lo antes posible enviar la correspondiente retractación o corrección, o acreditar ante el director de la Revista la veracidad y corrección del artículo original.

2.2.5. Autoría

La autoría de los artículos deberá estar limitada a las personas que han contribuido de forma significativa a la determinación, diseño y elaboración del trabajo. Todos los que hayan contribuido de forma significativa deberán ser citados como coautores.

Si otras personas hubiesen participado en algunos aspectos sustantivos del trabajo, deberán ser reconocidos adecuadamente en el artículo.

Igualmente, todos los autores deberán haber visto y aprobado la versión final del trabajo y su envío para su publicación

2.2.6. Conflictos de interés de los autores

Los autores deberán manifestar en el manuscrito cualquier conflicto de interés financiero o sustantivo que puedan tener y que pueda incidir en su publicación y en su valoración. Todas las fuentes de financiación del proyecto deberán ser indicadas en el manuscrito.

2.3. Normas de publicación para los autores

Se publicará y se mantendrá debidamente actualizado el proceso de publicación en la Revista con el fin de que los autores puedan tener toda la información que necesiten al respecto, y que solamente por causas debidamente justificadas se podrá alterar. En particular, se publicará el funcionamiento del proceso de revisión por pares de los artículos recibidos al que deberán someterse todos los autores.

2.4. Decisiones respecto a la publicación

Las decisiones relativas a la aceptación o al rechazo de un artículo para su publicación deberán basarse única y exclusivamente en la calidad del artículo, esto es, en su claridad, originalidad, e importancia, así como en su adecuación a los objetivos y al ámbito de la Revista. El director de la Revista será el responsable de decidir en última instancia qué artículos enviados a la Revista se publicarán finalmente en ella.

En ningún caso, se rechazarán artículos debido a las críticas u opiniones divergentes de posturas mayoritarias y/o manifestadas por miembros de la Revista, siempre que se trate de artículos de calidad que justifiquen sus posturas sin caer en la descalificación.

Igualmente, la decisión, bien de aceptación, bien de rechazo, se comunicará siempre al autor en el tiempo indicado en las normas de publicación, y deberá ser motivada, especialmente en caso de rechazo. Esta decisión no deberá modificarse posteriormente, salvo que se hayan producido serios problemas en el proceso de publicación que deberán justificarse debidamente. En cualquier caso, los cambios en la estructura de la Revista no afectarán a las decisiones adoptadas previamente en cuanto a la aceptación o al rechazo de los artículos enviados para su publicación.

2.5. Confidencialidad y conflictos de interés de la dirección, de la subdirección y del Consejo de Redacción

La dirección de la Revista, así como la subdirección y el Consejo de Redacción, no deberán proporcionar información sobre los artículos enviados para su eventual publicación a ninguna persona que no sea el autor correspondiente, los potenciales o actuales evaluadores del artículo y los miembros del Consejo Asesor de la Revista, si fuese conveniente.

Los artículos no publicados no podrán usarse bajo ninguna circunstancia en investigaciones de la dirección de la revista, de la subdirección, del Consejo de Redacción o de cualquiera otra de las personas que puedan tener acceso al mismo en virtud del párrafo anterior, salvo que se cuente con el expreso consentimiento del autor. La información o las ideas obtenidas a través de la evaluación por parte de los evaluadores deberán mantenerse en secreto y no deberá ser usada bajo ninguna circunstancia en beneficio personal. La dirección de la Revista, así como la subdirección, se deberán abstener de evaluar manuscritos respecto a los cuales puedan encontrarse en una situación de conflicto de interés a consecuencia de la existencia de estrechas relaciones o conexiones con los autores o con sus instituciones de adscripción. Los autores deberán manifestar sus intereses relevantes, y el director de la Revista deberá publicar las correcciones correspondientes en caso de que no se hayan revelado algunos de ellos antes de la publicación.

3. Proceso de revisión por pares

3.1. Contribución a las decisiones editoriales

La adecuada revisión por pares de los artículos se considera un elemento esencial de la Revista. Los evaluadores asisten al Director de la Revista en las decisiones sobre la publicación de los artículos, y a través de la comunicación con el autor también contribuyen a la mejora del artículo.

Los artículos serán revisados por dos evaluadores, recurriéndose a la opinión de un tercer evaluador en caso de que haya discrepancias respecto a la publicación o no del artículo entre las dos evaluaciones realizadas.

3.2. Conducta debida

Los evaluadores deberán actuar objetivamente, y emitir juicios y evaluaciones claras y precisas, suficientemente argumentadas e imparciales. Igualmente, se evitarán los conflictos de intereses del tipo que fuere (personales, académicos, comerciales, etc.). En particular, los evaluadores deberán señalar las publicaciones relevantes no citadas por el autor en el manuscrito, así como posibles similitudes o identidades parciales o totales del manuscrito con otros artículos ya publicados de los que tenga conocimiento personal el evaluador.

Si un evaluador no se considera suficientemente capacitado para evaluar un determinado manuscrito, o sabe que no lo podrá hacer en un tiempo razonable, deberá comunicárselo inmediatamente a la dirección de la Revista.

3.3. Confidencialidad de los evaluadores

En cualquier caso, el proceso de evaluación quedará sujeto a estrictas condiciones de confidencialidad. Ni los evaluadores ni los autores conocerán sus respectivas identidades, evitando de esta forma los conflictos de intereses que se pudiesen producir. Al respecto, la dirección de la Revista ostentará un estricto deber de confidencialidad. Igualmente, los evaluadores deberán tratar los manuscritos recibidos como información confidencial, y no deberán mostrarlos o discutirlos con terceras personas, salvo autorización expresa del Director de la Revista.

3.4. Conflictos de interés de los evaluadores

Los artículos no publicados no podrán usarse bajo ninguna circunstancia en investigaciones de los evaluadores, sin el expreso consentimiento del autor. La información o las ideas obtenidas a través de la evaluación por parte de los evaluadores deberán mantenerse en secreto y no deberá ser usada bajo ninguna circunstancia en beneficio personal. Los evaluadores se deberán abstener de evaluar manuscritos respecto a los cuales puedan encontrarse en una situación de conflicto de interés a consecuencia de la existencia de estrechas relaciones o conexiones con los autores o con sus instituciones de adscripción.

Declaración de privacidad

Los nombres y direcciones de correo electrónico introducidos en esta revista se usarán exclusivamente para los fines declarados por esta revista y no estarán disponibles para ningún otro propósito u otra persona.

Más información: <http://revista-estudios.revistas.deusto.es/index>

All this information is available in English on the following web page:
<http://revista-estudios.revistas.deusto.es/>

Estudios de Deusto

Volume 69, Issue 1, January-June 2021

DOI: [https://doi.org/10.18543/ed-69\(1\)-2021](https://doi.org/10.18543/ed-69(1)-2021)

Table of contents

Studies

The Sanctioning Response to the Phenomenon of the Cundas or Drug Taxes

CARMEN MARTÍN FERNÁNDEZ

The right to strike in the digital age: technological strikebreaking

BEATRIZ SÁNCHEZ-GIRÓN MARTÍNEZ

The Control of Parliamentary Activity as a Guarantee of the Constitutional System

JESÚS LÓPEZ DE LERMA GALÁN

The Transition from the Crisis of 2007 to a Common EU Fiscal Policy: Eurobonds and the Role of the ECB

FERNANDO MARTÍNEZ-MAILLO TORIBIO

LIFECOMP: The European Framework for the Key Competence Personal, Social and Learning to Learn. Relevance in the Covid-19 context

MARCELINO CABRERA GIRÁLDEZ / ARIANNA SALA

The Right to a Healthy Environment in the Inter-American Human Rights System

ISAAC MARCELO BASAURE MIRANDA

Data, data, data: personal data, non-personal data, composite personal data, anonymization, data ownership and other data issues

ANDONI POLO ROCA

The Protestant Reform's Contribution on the Appearance of Rights and Freedoms

CECILIA ROSADO-VILLAVERDE

Book reviews