

Estudios de Deusto

ISSN 0423-4847 (papel)

ISSN 2386-9062 (digital)

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

Vol. 69/2 julio-diciembre 2021

DOI: [https://doi.org/10.18543/ed-69\(2\)-2021](https://doi.org/10.18543/ed-69(2)-2021)

Sumario

Estudios

El ejercicio de derechos fundamentales en la cárcel: el caso del derecho a la educación en las cárceles catalanas

LORENA ALEMÁN ARÓSTEGUI;
ARNAU ESTEBAN MIRALLES

Restricciones a la libertad de empresa y otros derechos en la normativa urbanística aplicable a las viviendas vacacionales

JUAN FRANCH FLUXÀ

Derecho a la verdad y cánones de veracidad

ANA GALDÁMEZ MORALES

Pre-pack concursal y Derecho comparado

CÉSAR GILO GÓMEZ

La doctrina de la sustitución constitucional en Colombia: una aproximación a la Jurisprudencia constitucional

MILTON CÉSAR JIMÉNEZ RAMÍREZ;
PAULO BERNARDO ARBOLEDA RAMÍREZ

«La libertà è partecipazione»: la participación política local en Italia, entre normas y realidad

CIRO MILIONE

De la pandemia a la recuperación: un análisis legal

BIANCAMARIA RAGANELLI;
PIERRE DE GIOIA CARABELLESE

El uso del lenguaje no sexista como instrumento para conseguir la igualdad real y efectiva

CECILIA ROSADO-VILLAVERDE

Los indultos del *procés* y el papel del rey

TIFFANY SÁNCHEZ-CABEZUDO RINA

Premio Juan Churruga

La respuesta europea a la crisis de la covid-19: análisis jurídico del Next Generation EU y gobernanza económica del mecanismo de recuperación y resiliencia

ADRIÁN FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ

Análisis de la legitimidad del interés de grupo en el ordenamiento jurídico español

LOURDES CASTRO CRESPO

Recensiones

Estudios de Deusto

Estudios de Deusto

Fundada en 1904 / Founded in 1904

Vol. 69/2 julio-diciembre 2021

DOI: [https://doi.org/10.18543/ed-69\(2\)-2021](https://doi.org/10.18543/ed-69(2)-2021)

Revista de la Facultad de Derecho

Incluida en los siguientes índices y bases de datos:

DOAJ, FECYT, 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. 69/2 julio-diciembre 2021

DOI: [https://doi.org/10.18543/ed-69\(2\)-2021](https://doi.org/10.18543/ed-69(2)-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, FECYT, 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. 69/2 julio-diciembre 2021

DOI: [https://doi.org/10.18543/ed-69\(2\)-2021](https://doi.org/10.18543/ed-69(2)-2021)

Sumario

Estudios

- Lorena ALEMÁN ARÓSTEGUI; Arnau ESTEBAN MIRALLES, *El ejercicio de derechos fundamentales en la cárcel: el caso del derecho a la educación en las cárceles catalanas* 15
- Juan FRANCH FLUXÁ, *Restricciones a la libertad de empresa y otros derechos en la normativa urbanística aplicable a las viviendas vacacionales* 43
- Ana GALDÁMEZ MORALES, *Derecho a la verdad y cánones de veracidad* 77
- César GILO GÓMEZ, *Pre-pack concursal y Derecho comparado* 111
- Milton César JIMÉNEZ RAMÍREZ; Paulo Bernardo ARBOLEDA RAMÍREZ, *La doctrina de la sustitución constitucional en Colombia: una aproximación a la Jurisprudencia constitucional* 123
- Ciro MILIONE, «*La libertà è partecipazione*»: *la participación política local en Italia, entre normas y realidad* 149
- Biancamaria RAGANELLI; Pierre DE GIOIA CARABELLESE, *De la pandemia a la recuperación: un análisis legal* 185
- Cecilia ROSADO-VILLAVERDE, *El uso del lenguaje no sexista como instrumento para conseguir la igualdad real y efectiva* 229
- Tiffany SÁNCHEZ-CABEZUDO RINA, *Los indultos del procés y el papel del rey* 249

Premio Juan Churruca

- Adrián FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, *La respuesta europea a la crisis de la covid-19: análisis jurídico del Next Generation EU y gobernanza económica del mecanismo de recuperación y resiliencia* 265
- Lourdes CASTRO CRESPO, *Análisis de la legitimidad del interés de grupo en el ordenamiento jurídico español* 305

Recensiones

- Juan Francisco SÁNCHEZ BARRILAO, *Pluralismo ordinamental y derecho constitucional: el Derecho como relaciones entre ordenamientos jurídicos*, por Fernando Babi Ruiz 343
- Pere SIMÓN CASTELLANO, *Justicia cautelar e inteligencia artificial. La alternativa a los atávicos heurísticos judiciales*, por Javier Dorado Ferrer 347
- Jorge Agustín VIGURI CORDERO, *Seguridad y Protección de Datos en el Sistema Europeo Común de Asilo*, por Mónica Martínez López-Sáez 353
- Fabio BASILE; Mario CATERINI; Sabato ROMANO (eds.), *Il sistema penale ai confini delle hard sciences. Percorsi epistemologici tra neuroscienze e intelligenza artificiale*, por Pere Simón Castellano 367
- Fernando REY, *Derecho antidiscriminatorio*, por Clara Souto Galván 373
- Elviro ARANDA ÁLVAREZ, *Los efectos de la crisis del covid-19 en el Derecho constitucional económico de la Unión Europea*, por Félix Vacas Fernández 381

Estudios de Deusto

Volume 69, Issue 2, July-December 2021
DOI: [https://doi.org/10.18543/ed-69\(2\)-2021](https://doi.org/10.18543/ed-69(2)-2021)

Table of Contents

Studies

Lorena ALEMÁN ARÓSTEGUI; Arnau ESTEBAN MIRALLES, <i>The exercise of fundamental Rights in Prison: the case of the Right to education in Catalan Prisons</i>	15
Juan FRANCH FLUXÁ, <i>Restrictions on the freedom of business and the market in the Urban Regulations applicable to Vacation Housing</i>	43
Ana GALDÁMEZ MORALES, <i>Right to the truth and canons of veracity</i>	77
César GILO GÓMEZ, <i>Bankruptcy Prepack and Comparative Law</i>	111
Milton César JIMÉNEZ RAMÍREZ; Paulo Bernardo ARBOLEDA RAMÍREZ, <i>The doctrine of Constitutional Substitution in Colombia: an approach to Constitutional Jurisprudence</i>	123
Ciro MILIONE, <i>“La libertà è partecipazione”: local political participation in Italy, between laws and reality</i>	149
Biancamaria RAGANELLI; Pierre DE GIOIA CARABELLESE, <i>From the pandemic to the recovery: a legal analysis</i>	185
Cecilia ROSADO-VILLAYERDE, <i>The use of non-sexist language as a tool to achieve real and effective equality</i>	229
Tiffany SÁNCHEZ-CABEZUDO RINA, <i>The ponds of the Proces and the role of the King</i>	249

Juan Churruga Award

- Adrián FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, *The European Response to the Covid-19 crisis: legal construction of Next Generation EU and Economic Governance of the Recovery and Resilience Mechanism* 265
- Lourdes CASTRO CRESPO, *The legitimacy of the group interest in Spanish Legislation* 305

Book reviews

- Juan Francisco SÁNCHEZ BARRILAO, *Pluralismo ordinamental y derecho constitucional: el Derecho como relaciones entre ordenamientos jurídicos*, by Fernando Babi Ruiz 343
- Pere SIMÓN CASTELLANO, *Justicia cautelar e inteligencia artificial. La alternativa a los atávicos heurísticos judiciales*, by Javier Dorado Ferrer 347
- Jorge Agustín VIGURI CORDERO, *Seguridad y Protección de Datos en el Sistema Europeo Común de Asilo*, by Mónica Martínez López-Sáez 353
- Fabio BASILE; Mario CATERINI; Sabato ROMANO (eds.), *Il sistema penale ai confini delle hard sciences. Percorsi epistemologici tra neuroscienze e intelligenza artificiale*, by Pere Simón Castellano 367
- Fernando REY, *Derecho antidiscriminatorio*, by Clara Souto Galván 373
- Elviro ARANDA ÁLVAREZ, *Los efectos de la crisis del covid-19 en el Derecho constitucional económico de la Unión Europea*, by Félix Vacas Fernández 381

Estudios

EL EJERCICIO DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA CÁRCEL: EL CASO DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN EN LAS CÁRCELES CATALANAS

*The exercise of fundamental rights in prison:
the case of the right to education in catalan prisons*

Lorena Alemán Aróstegui

Investigadora predoctoral contratada (FPU 18/04843) en Derecho penal
Universidad Pública de Navarra

Arnau Esteban Miralles

Maestro del Departament d'Educació de la Generalitat de Catalunya
en un Centro de Formación de Adultos/as ubicado en un Centro Penitenciario
Graduado en Derecho (UOC)

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-69\(2\)-2021pp15-41](http://dx.doi.org/10.18543/ed-69(2)-2021pp15-41)

Recibido: 14.10.2021

Aceptado: 13.12.2021

Resumen

La Constitución española establece que las personas que se encuentran en la cárcel, si bien están legalmente privadas de su libertad ambulatoria, mantienen la posibilidad de ejercer el resto de sus derechos fundamentales. Sin embargo, las aproximaciones, tanto jurídicas como sociológicas, a esta cuestión visibilizan graves afectaciones al ejercicio de estos derechos. Uno de ellos es el derecho a la educación, un derecho humano y fundamental que se reconoce para todas las personas durante toda la vida, y que tiene como objetivo el pleno desarrollo de la personalidad. A pesar de la importancia de este derecho y de la centralidad de la actividad educativa en la sociedad, las problemáticas en torno a su ejercicio en el ámbito penitenciario han sido escasamente tratadas. Por eso, en este trabajo analizamos el ejercicio del derecho a la educación de las personas privadas de libertad, concretamente, en las cárceles catalanas y con una aproximación a la práctica diaria desde la

perspectiva docente. Estudiamos el encaje de las escuelas dentro de las prisiones para tratar de determinar si existen o no limitaciones o condicionantes al ejercicio de este derecho, y cuáles son las ventajas de su presencia.

Palabras clave

Educación, derecho, cárcel, escuela, tratamiento.

Abstract

The Spanish Constitution establishes that inmates, although being legally deprived of their freedom of movement, maintain the possibility of exercising the rest of their fundamental rights. Yet, both legal and sociological approaches to this matter make visible serious effects on the exercise of said rights. One of them is the right to education, a fundamental and human right recognized for all people throughout life whose objective is the full development of one's personality. Despite the importance of this right and the centrality of educational activity in society, problems surrounding its exercise in a prison environment have been sparsely addressed. For this reason, in the present work we analyze the exercise of the right to education of people deprived of liberty, more specifically, in Catalan prisons, following an approach to daily practice from a teaching perspective. We study how schools fit within a prison context in an attempt to determine whether or not there are limitations or conditions to the exercise of this right, and which advantages of their presence are.

Keywords

Education, right, prison, school, treatment.

SUMARIO: I. EL EJERCICIO DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA CÁRCEL. II. LA EDUCACIÓN COMO DERECHO HUMANO Y FUNDAMENTAL. 1. *El objetivo del pleno desarrollo de la personalidad*. III. EL EJERCICIO DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN EN LAS CÁRCELES CATALANAS. 1. *La educación de personas privadas de libertad. Marco normativo de la educación en prisión*. 2. *La actividad educativa en las cárceles catalanas*. 2.1. Sistema de Evaluación y Motivación (SAM). 2.2. Programa Individualizado de Tratamiento (PIT). 2.3. Perspectiva docente: cómo funcionan las escuelas en las cárceles catalanas. Algunas conclusiones de un estudio de campo. 2.3.1. Funcionamiento diario. 2.3.2. Particularidades derivadas del encaje de la escuela en el medio penitenciario. A) El espacio físico que ocupa la escuela dentro de la prisión. B) La trascendencia de lo que ocurre en el aula. C) La relación entre la escuela y el régimen penitenciario. D) La relación entre la escuela y el tratamiento penitenciario. IV. UNA SERIE DE CONSIDERACIONES ACERCA DEL ENCAJE DE LAS ESCUELAS EN LAS CÁRCELES CATALANAS. 1. *La incardinación de las escuelas en el sistema penitenciario*. 2. *El derecho a la educación y la reeducación y reinserción social*. 3. *Los límites (sombras) y las posibilidades (luces) educativas en los contextos de encierro*. V. BIBLIOGRAFÍA.

I. EL EJERCICIO DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA CÁRCEL

Las cárceles del Estado español albergan a personas que tienen legalmente privada su libertad ambulatoria. Es *solo* el derecho a la libertad ambulatoria el que es objeto de dicha privación. Y esto es así por imperativo constitucional, ya que el art. 25.2 CE señala que las personas condenadas que estén cumpliendo una pena de prisión gozarán de los derechos fundamentales «a excepción de los que se vean expresamente limitados por el fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria». Esta idea se refuerza desde el ámbito internacional, pues la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) afirma que, con carácter general, las personas privadas de libertad siguen disfrutando de todos los derechos del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), salvo el derecho a la libertad ambulatoria (Blanco Cordero 2018, 269).

Los tres elementos a los que se hace referencia como fuentes de excepción en el ejercicio de derechos fundamentales —el fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria— deben ser, sin duda, interpretados a la luz de los principios constitucionales y penales básicos, comenzando por el principio de legalidad penal y la reserva de ley.

La interpretación del contenido del fallo no plantea muchos problemas. Sin embargo, sí resulta más peliagudo interpretar el sentido de la pena y la

ley penitenciaria. Respecto de la ley penitenciaria, si bien la privación de libertad se encuentra regulada por la Ley Orgánica General Penitenciaria (LOGP), esta norma no regula todos los extremos de tal privación y deja amplios espacios de indeterminación que se cubren por normas de rango legal inferior, que hacen cuestionable el respeto a la reserva de ley —cuando reglamentariamente se regulan cuestiones que afectan a derechos fundamentales—, e incluso, al principio de legalidad penal —cuando directamente son normas administrativas las que restringen derechos fundamentales—. Esto demuestra que «el desarrollo legislativo puede encargarse de vaciar de contenido las grandes declaraciones de derechos» (Benito López 2007, 82). Con respecto al sentido de la pena, hay quienes sostienen que se refiere a que la propia pena implica una serie de limitaciones de otros derechos que son inevitables, y otros señalan que se refiere a la orientación resocializadora de la privación de libertad —de acuerdo con una interpretación sistemática de los apartados del art. 25 CE—. En cualquier caso, existe un riesgo de utilizar este elemento «como un cajón de sastre, para poder limitar en exceso otros derechos del recluso» (Benito López 2007, 79), de manera que debe reivindicarse una interpretación respetuosa y adecuada al principio de legalidad, la cual «tendría efectos prácticos fundamentales para el estatus jurídico de los internos» (Solar Calvo 2019, 783).

Por tanto, en sede constitucional —si bien se reconocen excepciones al ejercicio de derechos fundamentales—, las personas privadas de libertad tienen reconocido formalmente el pleno ejercicio de sus derechos; y, cualquier limitación, debe leerse en términos excepcionales y siempre respetando el principio de legalidad penal.

Sin embargo, las previsiones constitucionales y su interpretación conjunta pierden fuerza conforme se desciende por el entramado normativo, evidenciándose una «devaluación» de los derechos fundamentales de las personas privadas de libertad ya en la normativa penitenciaria de más alto rango legal, y acentuándose y consolidándose esta en la práctica penitenciaria (Rivera Beiras 1997, 386-387). Existen distintos elementos que contribuyen a dicha devaluación. Nos referiremos brevemente a uno de los más relevantes: la aún utilizada *doctrina de las relaciones de sujeción especial*.

La doctrina de las relaciones de sujeción especial es «una construcción jurídica que fundamenta un debilitamiento o minoración de los derechos de los ciudadanos, o de los sistemas institucionalmente previstos para su garantía, como consecuencia de una relación cualificada con los poderes públicos» (Lasagabaster 1994, 25). Su origen está basado en la consideración de que existe un espacio de la actividad estatal no sometido a control jurídico (Mapelli Caffarena 1992, 291). Esta doctrina legitima la excepción a la vigencia general de los principios y garantías jurídicas que protegen derechos

fundamentales, generando dos estatus: el general y el «disminuido» (Lasagabaster 1994, 419).

La aplicación de esta doctrina a la privación de libertad se ha consolidado jurisprudencialmente, de manera que la relación jurídica penitenciaria es considerada una relación de sujeción especial. Parte de la doctrina penalista se muestra a favor del uso de esta doctrina en el ámbito penitenciario. Sin embargo, también existen muchos autores y autoras que critican su aplicación y consideran que no es admisible. Las críticas señalan, por un lado, que no encaja con nuestro modelo constitucional de Estado, sino que se corresponde con una «concepción absoluta del Estado» (Mapelli Caffarena 1992, 325) y una «concepción de la actividad administrativa al margen del sometimiento al Derecho» (Tamarit Sumalla et al. 2005, 77). Por otro lado, se critican sus efectos de relajación de la reserva de ley y del principio de legalidad (Mata y Martín 2011, 150), que tienen como consecuencia una indefinición en las posibilidades de limitación de derechos fundamentales por parte de la Administración, de manera que se coloca a las personas privadas de libertad en una situación de «absoluta indefensión» (Mapelli Caffarena 1992, 325). En definitiva, se advierte que la aplicación de esta doctrina supone la vulneración de plano de las normas penales y constitucionales. E incluso, el respaldo de la existencia de «un ciudadano de segunda categoría, titular de unos derechos devaluados, que pone en entredicho la vigencia efectiva de la garantía ejecutiva que se deriva del principio de legalidad» (Rivera Beiras 1997, 369).

El rechazo de esta doctrina no pretende obviar que, *de facto*, la propia privación de libertad en una institución como la cárcel, efectivamente, genera otras restricciones y/o privaciones de derechos fundamentales (Martínez Escamilla 1998, 253). Sin embargo, admitir esta *realidad* penitenciaria no debe equipararse a la aceptación de una doctrina que lo que hace es validar jurídicamente un supuesto de hecho inadmisibles —por ser vulnerador de derechos fundamentales—, pretendiendo convertirlo en legítimo y pacífico (Benito López 2017, 86). Como acertadamente señala Solar Calvo, «el concepto de relación de sujeción especial sigue justificando la situación jurídica diferenciada que de facto se produce» (2019, 799). Por tanto, el abordaje es más complejo de lo que *a priori* pueda parecer y, en esta complejidad, es necesario distinguir —una vez más— el *ser* del *deber ser*.

A pesar de estas críticas, lo cierto es que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional continúa calificando la relación penitenciaria como una relación de sujeción especial, haciendo referencia a la retahíla de sentencias que consolidaron esta consideración constitucional¹. Sin embargo

¹ Las SSTC 2/1987, de 21 de enero y 120/1990, de 27 de junio, entre otras, avalan la doctrina de la relación de sujeción especial en el sistema penitenciario. En la STC 2/1987,

—aun siendo así—, en los últimos años, se han dictado importantes sentencias que han otorgado el amparo a personas presas por vulneración de sus derechos fundamentales. Dos de ellas —dictadas en fechas muy próximas— fueron la STC 6/2020, de 27 de enero, y la STC 18/2020, de 10 de febrero. En estas sentencias, se sigue afirmando que la persona privada de libertad se encuentra en una relación de sujeción especial, pero de ello el TC no deriva una validación del supuesto de hecho en el que un derecho fundamental se ha visto restringido. Se puede inferir que se habla de relación de sujeción especial en un sentido más descriptivo que prescriptivo, y, en cualquier caso, siempre respetuoso del principio de legalidad penal y la reserva de ley (FJ 3.A.b, STC 6/2020). Es decir, se establece que dicha relación «debe ser entendida en un sentido reductivo compatible con el valor preferente de los derechos fundamentales» (FJ 5.a, STC 18/2020), que deben actuar «como límites infranqueables de la actuación de la administración penitenciaria» (FJ 5.d, STC 18/2020). A partir de aquí, en ambas sentencias, se hace un análisis riguroso de la posible vulneración de derechos fundamentales, realizando una ponderación garantista y exigiendo que las limitaciones de derechos fundamentales sean siempre motivadas y proporcionadas, «porque constituye el único medio para constatar que la ya limitada esfera jurídica del ciudadano interno en un centro penitenciario, no se restringe o menoscaba de forma innecesaria, inadecuada o excesiva» (FJ 3.B, STC 6/2020). Al final, en ambos casos, se reconoce la vulneración del derecho fundamental a la libertad de expresión.

Nuestro posicionamiento, junto al de gran parte de la doctrina penalista, es contrario al uso de doctrinas como la de las relaciones de sujeción especial para justificar las restricciones en el ejercicio de derechos fundamentales. No obstante, como decíamos, también advertimos que la privación de libertad constituye, *de facto*, una situación limitativa que impide el pleno ejercicio del resto de derechos fundamentales; e incluso, que el espacio carcelario puede calificarse como «zona de no derecho» o «espacio ajeno al derecho» (Rivera Beiras 1997, 392).

se explica el fundamento de la sujeción especial: “El interno se integra en una institución preexistente y que proyecta su «autoridad» sobre quienes, al margen de su condición común de ciudadanos, adquieren el status específico de individuos sujetos a un poder público que no es el que, con carácter general, existe sobre el común de los ciudadanos.” Asimismo, las SSTC 119/1996, 175/2000 y 140/2002 señalan que existe una sujeción especial porque la persona presa se integra en “una institución preexistente que proyecta su autoridad sobre quienes ingresan en ella”, y lo hace para salvaguardar la seguridad y el orden regimental, de manera que la persona debe acatar las normas de régimen interior que se consideren necesarias. Con ello, se admite la limitación de derechos fundamentales (SSTC 35/1996 y 207/1996), y se reconoce que el principio de legalidad “pierde parte de su fundamentación material” (STC 2/1987).

Partiendo de este panorama, consideramos importante analizar en profundidad, desde una perspectiva crítica y con rigor, cuál es el grado de reconocimiento *efectivo* de los derechos fundamentales durante la ejecución. Para ello, es necesario descender a través de los distintos instrumentos normativos que regulan lo penitenciario y, también, tratar de aproximarse a la praxis penitenciaria.

A continuación, abordamos esta tarea y, para ello, elegimos analizar el ejercicio del derecho a la educación. Son varios los motivos por los que decidimos analizar este derecho fundamental. En primer lugar, evidentemente, porque, al tratarse de un derecho fundamental, es uno de aquellos derechos que, en principio, las personas privadas de libertad deberían estar en iguales condiciones de ejercer que las personas que viven en libertad. En segundo lugar, por la centralidad de la educación en la sociedad, ya que se trata de una actividad muy valorada y con una trascendencia muy importante, tanto en las vidas particulares de todas las personas como a nivel colectivo. En tercer lugar —y sobre todo—, porque, concretamente, el ejercicio del derecho a la educación en la cárcel ha sido escasamente tratado desde el ámbito jurídico y, sin embargo, en torno a él existe una particular problemática que es interesante conocer: cómo se relaciona la actividad educativa con el tratamiento penitenciario; y, en caso de considerar la educación parte del tratamiento: cómo se traslada a la actividad educativa la cuestión de la voluntariedad. Y, finalmente, porque contamos con un conocimiento directo de parte de la realidad de la actividad educativa en las cárceles catalanas, lo que nos ha permitido identificar las problemáticas que abordamos en este artículo.

II. LA EDUCACIÓN COMO DERECHO HUMANO Y DERECHO FUNDAMENTAL

La educación constituye una actividad central en nuestras sociedades y, desde el punto de vista jurídico, de acuerdo con las normas nacionales e internacionales, es un derecho *fundamental y humano*.

En el ámbito internacional, la educación es un *derecho humano* reconocido a toda persona en el art. 26 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), que atribuye a la educación el objetivo del «pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales». Junto a esta previsión normativa, es importante destacar que Naciones Unidas señala como Objetivo de Desarrollo Sostenible (ODS) n.º 4: «Garantizar una educación inclusiva, equitativa y de calidad y promover oportunidades de aprendizaje durante toda la vida para todos». El art. 2 CEDH señala que «A nadie se le puede negar el derecho a la educación». Y, finalmente, el art. 14 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) establece que

«Toda persona tiene derecho a la educación y al acceso a la formación profesional y permanente».

En el ámbito del Estado español, la educación es un *derecho fundamental* reconocido a todas las personas en el art. 27 CE y al que se atribuye el objetivo del «pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales». Dada su consideración de derecho fundamental, su desarrollo se realiza a través de ley orgánica, la Ley Orgánica de Educación. Además, el mismo texto constitucional, en su art. 10.2, establece que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la DUDH y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España, de manera que el derecho fundamental a la educación deberá interpretarse de acuerdo con la normativa internacional mencionada antes. Y, por último, es fundamental tener en cuenta que, de acuerdo con el art. 53.2 CE, el derecho a la educación cuenta con la especial protección derivada de la posibilidad de amparo constitucional.

Teniendo en cuenta que el objeto de este texto es, específicamente, el análisis de la educación en prisión, de la lectura de esta normativa cabe extraer dos consideraciones fundamentales acerca de la educación. Primera: que se trata de un derecho humano y fundamental que se reconoce a toda persona a lo largo de toda la vida. Segunda: que el objetivo fundamental de la educación es el *pleno desarrollo de la personalidad* y el respeto a los derechos y libertades fundamentales. En este sentido, el TC español señala «la inequívoca vinculación del derecho a la educación con la garantía de la dignidad humana, dada la innegable trascendencia que aquélla adquiere para el pleno y libre desarrollo de la personalidad» (FJ 8, STC 236/2007, de 7 de noviembre).

1. *El objetivo del pleno desarrollo de la personalidad*

El objetivo del pleno desarrollo de la personalidad se atribuye a la educación, tanto en la DUDH como en nuestra Constitución. Se trata de un concepto jurídico que requiere de su interpretación para poder determinar cuáles son las consecuencias de la atribución de esta finalidad. En este sentido, se exponen a continuación algunas notas para su interpretación.

En primer lugar, el *libre desarrollo de la personalidad* «significa que el sujeto tiene capacidad para decidir por sí mismo sin interferencias ajenas en todas aquellas cuestiones que afectan directamente a lo que constituye su esfera de intereses» (Santana Ramos 2014, 103). Si bien es cierto que en los textos normativos mencionados se utiliza el concepto del *pleno desarrollo de la personalidad* —que pareciera hacer referencia a un determinado modelo ideal de personalidad alcanzable plenamente—, se entiende que *pleno* y *libre* desarrollo de la personalidad son términos equivalentes, y que la idea de

plenitud de desarrollo personal remite precisamente al «ejercicio de la libertad individual» (Santana Ramos 2014, 104).

En segundo lugar, se considera que el libre desarrollo de la personalidad tiene una proyección tanto en la esfera *externa* de la persona como en su esfera *interna*. Asimismo, genera, por un lado, un *derecho negativo*, que implica una obligación de no injerencia a terceros, incluido el propio Estado; y un *derecho positivo*, que consiste en una obligación de apoyo o promoción (Kyszard Kosmider 2018, 670), que podría identificarse con la garantía del acceso a la educación. En este sentido, el TC español señaló que el derecho a la educación incorpora «junto a su contenido primario de derecho de libertad, una dimensión prestacional, en cuya virtud los poderes públicos habrán de procurar la efectividad de tal derecho» (STC 86/1985, de 10 de julio, FJ, 3°).

En tercer lugar, el libre desarrollo de la personalidad se encuentra estrechamente relacionado con el principio de dignidad humana, recogándose ambos en el art. 10.1 CE, y también con la autonomía individual para desarrollar un propio proyecto de vida (Kyszard Kosmider 2018, 698).

Finalmente, es fundamental tener en cuenta que esta autonomía con la que se relaciona el libre desarrollo de la personalidad se materializa en un contexto sociocultural concreto. Por tanto, aunque no se trate de un desarrollo hacia un determinado modelo ideal, no se puede obviar que este desarrollo de la personalidad *libre* estará inevitablemente afectado por los condicionantes socioculturales del lugar y el tiempo en el que se viva (Santana Ramos 2014, 107). En este sentido, la obligación de promoción a la que se hacía referencia antes implica la implementación de políticas públicas —entre ellas, las educativas— que reduzcan los condicionantes socioculturales que impiden a parte de la sociedad acceder a determinadas opciones de desarrollo personal y colectivo.

III. EL EJERCICIO DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN EN LAS CÁRCELES CATALANAS

Partiendo del reconocimiento de la educación como un derecho humano y fundamental cuyo objetivo principal es el pleno desarrollo de la personalidad, revisamos el ejercicio del derecho a la educación de las personas privadas de libertad en las cárceles catalanas. La idea es tratar de determinar si el derecho a la educación se ve afectado de alguna manera en este contexto.

1. *La educación de personas privadas de libertad. Marco normativo de la educación en prisión*

En el ámbito internacional, las previsiones normativas sobre la educación de personas privadas de libertad, se encuentra en las *Reglas Mínimas de las*

Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos, en el Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, y en las Reglas Penitenciarias Europeas. Se exige la garantía del acceso a la educación de las personas analfabetas, jóvenes o sin formación básica, la necesidad de conectar la educación dentro de las prisiones con los sistemas educativos públicos de cada país, y la relación con el tratamiento penitenciario. Por otro lado, cabe destacar la Resolución 1990/20 del Comité Económico y Social Europeo y la Declaración de Hamburgo de la UNESCO que advierten la importancia de la educación dentro de las prisiones como elemento esencial para el desarrollo de las personas, instándose a las Administraciones a hacer todo lo posible para garantizar este derecho.

Situándonos en el ámbito estatal, corresponde tener en cuenta, en primer lugar, las previsiones constitucionales que afectan al ejercicio del derecho a la educación en la cárcel —sin olvidar aquellas que se refieren a la educación en general, que ya hemos recogido en el apartado anterior—. Se trata del art. 25.2 CE. En este precepto constitucional se prevé, por un lado, lo que ya hemos abordado al principio de este trabajo: que los derechos fundamentales no restringidos legalmente —entre ellos, el derecho a la educación— deben poder ejercerse de igual manera dentro y fuera de prisión (pudiendo alcanzarse con ellos iguales objetivos). Por otro lado, se hace inevitable advertir que, en este mismo apartado del art. 25, también se encuentra la previsión que señala que las penas privativas de libertad «estarán orientadas hacia la reeducación y la reinserción social», y esta mención parece tener algo que ver con el tema que estamos tratando. Nosotros sostenemos que el ejercicio del derecho a la educación y el fin de la reeducación y la reinserción no son identificables. Puede quizás establecerse una relación entre ambos, pero consideramos fundamental apreciar las diferencias (y salvar las distancias). Abordaremos esta cuestión más adelante. De momento, procede analizar si esta declaración constitucional de igual ejercicio del derecho a la educación se mantiene en el desarrollo normativo y en la práctica.

A continuación, se encuentran las dos normas fundamentales que regulan lo penitenciario: la LOGP y el Reglamento Penitenciario (RP). Ambas establecen que la actividad penitenciaria, tanto de régimen como de tratamiento, deberá desarrollarse respetando la personalidad del sujeto y los derechos civiles, políticos, sociales, económicos y culturales no afectados por la condena. Sin embargo, respecto de los *deberes* de quienes están en prisión, mientras la LOGP no prevé la obligación de participar en actividades educativas —como en cambio sí se prevé en el caso del trabajo, que se considera tanto un derecho como un deber—, el RP establece que la persona presa *deberá* «Participar en las actividades formativas, educativas y laborales definidas en función de sus carencias para la preparación de la vida en libertad» (art. 5.2, párrafo g) RP).

En cuanto a los apartados específicos que tratan el aspecto educativo, por un lado, en la LOGP, se encuentra el Capítulo X, denominado *Instrucción y educación*. En él se indica que: 1) Debe existir una escuela en cada prisión. 2) La Administración penitenciaria fomentará el interés por el estudio y facilitará la participación de las personas presas, especialmente de jóvenes y analfabetas. 3) Se dará la posibilidad de obtener titulaciones oficiales y acceso a formación universitaria mediante convenios.

Por su parte, en el RP, el Capítulo III, denominado *Formación, cultura y deporte*, se prevé que: 1) Las actividades educativas se agrupan junto con las formativas, culturales y deportivas, y todas ellas estarán determinadas por el Consejo de Dirección de la prisión, de acuerdo con el tratamiento penitenciario. 2) Todas estas actividades se incentivarán mediante recompensas y beneficios penitenciarios. 3) Las personas que ingresen sin la formación básica obligatoria tendrán la obligación de acudir a la escuela, priorizando a personas analfabetas, jóvenes y extranjeras. 4) Si la actividad educativa implica modificaciones regimentales, deberá estar autorizada por la Dirección, y podrá denegarse por motivos de seguridad. 5) En todas las prisiones existirá una o varias Unidades Educativas.

Tras analizar las dos normas anteriores, se evidencia que, mientras la LOGP prevé la actividad educativa en prisión sin considerarla un *deber* de la persona privada de libertad y sin establecer ninguna relación con el tratamiento penitenciario, el RP sí la considera un *deber* y la coloca directamente como un elemento que forma parte del tratamiento. De hecho, en el RP, el Capítulo que regula la actividad educativa se encuentra contenido en el Título *Del tratamiento penitenciario*, mientras en la LOGP, está en un Título aparte (*Del régimen penitenciario*).

Dado que el RP es una norma posterior a la LOGP que sirve para desarrollar esta última y concretarla, aunque se produzca esta diferencia, es difícil sostener que esto las haga contradictorias. Incluso se considera que, en realidad, lo que sucede es que el RP de 1996 adopta un «concepto de tratamiento inclusivo», que permite incorporar la actividad educativa «en la consecución de la finalidad resocializadora» (Rodríguez Yagüe 2012, 69).

No obstante, para analizar e interpretar correctamente la normativa en vigor, es necesario tener en cuenta otra norma posterior: el Real Decreto 1203/1999, que supuso la inclusión de los maestros y maestras y de las normas de funcionamiento de las escuelas de prisiones en el ámbito competencial de los departamentos de educación de cada Comunidad Autónoma. Esta norma es consecuencia de la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo (LOGSE) que ordenaba «normalizar la educación en el ámbito penitenciario incardinándola en el sistema educativo general y situándola bajo la responsabilidad de la Administración educativa competente». Se trata de una norma de igual rango que el RP, de

aprobación posterior y con un mayor grado de especialidad, de manera que, en caso de contradicción, deroga lo previsto por el RP. En este sentido, deroga expresamente los preceptos donde se prevé que el personal docente sea parte de la Junta de Tratamiento (JT) o de los Equipos, modificándose en consecuencia el RP. No obstante, desde nuestro punto de vista, cabe interpretar que, *de facto*, también quedan derogadas otras previsiones del RP.

Esta norma establece que la responsabilidad de la educación en las prisiones ya no es de la Administración penitenciaria, sino de la Administración educativa competente. En consecuencia, se señala que las funciones de la Administración penitenciaria en relación con la actividad educativa se limitan a: la puesta a disposición de las instalaciones necesarias dentro de la prisión, el aseguramiento de una dotación económica anual para financiar los gastos de funcionamiento, y la realización de las otras actividades que ya venía realizando junto a la educativa (culturales, ocupacionales y deportivas). En este sentido, cabe afirmar que también el art. 118 RP queda derogado, al menos parcialmente, pues las actividades educativas no vendrán definidas por la Dirección de la prisión. En cualquier caso, se señala que el personal docente deberá respetar las normas de control y seguridad, que la actividad educativa deberá adaptarse a los horarios de la prisión, que se trasladará información de los resultados del proceso educativo, y que, entre las dos Administraciones (penitenciaria y educativa), que ahora comparten espacio, deberá establecerse una relación de coordinación (no de subordinación).

Consideramos que esta norma produce una modificación *radical* en relación con la incardinación de la actividad educativa en las prisiones, ya que se incorpora la Administración educativa, que será la única competente para el desarrollo de esta actividad. De ello se desprende la pretensión de trasladar la competencia del funcionamiento y la organización de las escuelas de las prisiones a los responsables educativos de cada territorio, con el objetivo de apartarla de las disposiciones penitenciarias, ya sean de régimen o de tratamiento, reconociendo su entidad propia y consecuente y necesaria autonomía con respecto al funcionamiento penitenciario. Desde nuestro punto de vista, es posible afirmar que, con ello, todas las previsiones que incardinan la actividad educativa en el ámbito de la ejecución penitenciaria deben entenderse derogadas *de facto*.

Sin embargo, esta norma también contiene otra previsión muy importante: la Disposición final primera que señala respecto del articulado que, mientras los arts. 1 a 5 tienen carácter de norma básica y rigen en todo el territorio español, los arts. 6 a 11 no son de aplicación en las Comunidades Autónomas que ejerzan competencias de ejecución de la legislación penitenciaria estatal. Este es el caso de Catalunya.

2. La actividad educativa en las cárceles catalanas

Una vez analizada la normativa española en relación con el derecho a la educación en las cárceles, nos situamos ahora en el territorio catalán donde —si bien es de aplicación toda la normativa anterior—, desde 1983, la competencia penitenciaria para ejecutar las penas se encuentra transferida a la *Generalitat de Catalunya* y, para llevar a cabo esta ejecución, la Administración catalana genera su propia normativa en materia penitenciaria.

En relación con las escuelas, en Catalunya inicialmente, los maestros y maestras de las prisiones eran personal del *Departament de Justícia*. Como se ha visto, esto cambió en 1999, y, con el *Decret 325/2006*, se estableció que la titularidad y la dirección de los centros educativos en las cárceles catalanas pertenecía al *Departament d'Educació*.

También en el año 2006, se aprobó el *Decret 329/2006*, que es la norma que desarrolla el RP catalán (RPCat): establece la organización y el funcionamiento de la ejecución penal en Catalunya. Los aspectos destacables de esta norma en relación con la actividad educativa son los siguientes: 1) El RPCat se divide en Títulos, de manera que el Título IV regula los servicios propios de la Administración penitenciaria, distinguiendo tres ámbitos de actuación: administrativo, de rehabilitación y de régimen interior; y, por otro lado, en el Título V, se regulan las prestaciones de la Administración —en general, no la penitenciaria—: asistencia sanitaria, educación y servicios sociales. 2) En el Capítulo II del Título V, se regula la educación en los centros penitenciarios. Primero: se determina cuál es el papel de la Administración penitenciaria en relación con la educación: «debe velar por que las personas ingresadas en establecimientos penitenciarios tengan acceso a las enseñanzas que les correspondan de acuerdo con el grado de instrucción y las necesidades educativas que presenten, y en especial, los/as analfabetos/as, los/as jóvenes y los/as extranjeros/as» (art. 90.3), y tiene como obligaciones específicas en este ámbito el ofrecimiento de las instalaciones y hacerse cargo de las otras actividades que antes se encontraban agrupadas con la educativa. Segundo: se contienen varias previsiones en las que se hace referencia a la coordinación entre el departamento competente en ejecución penal y el departamento competente en educación: ambos deben garantizar el acceso a la educación, el servicio educativo debe ajustarse a la organización interna de la prisión y, finalmente, el/la Directora/a docente y el/la Subdirector/a de Tratamiento intercambiarán información, y la primera participará en el Consejo de Dirección cuando se traten cuestiones en materia educativa. Tercero: respecto del personal docente se prevé: «Durante el curso académico, se integrará en los órganos colegiados del centro penitenciario con la finalidad de favorecer la incardinación de la programación educativa en la general del establecimiento para la mejor consecución de las políticas penitenciarias de

reeducación y reinserción» (art. 94.2). 3) En el Título III, donde se regula la organización de los centros penitenciarios, se prevé que el/la Director/a docente formará parte de la JT, aunque entre las funciones de este órgano no se menciona en ningún momento el ámbito educativo; y también se prevé que un/a docente formará parte del Equipo Multidisciplinario (EMD), aunque tampoco se mencionen funciones concretas de este órgano en el ámbito educativo.

Observamos que, mientras se produce una separación entre el ámbito de la ejecución penal y el educativo —dependiendo cada uno de Administraciones diferentes y encomendando a la Administración penitenciaria una mera labor de facilitación y garantía, y no de realización directa—, al mismo tiempo, el RPCat establece la presencia del personal docente en la JT y los EMD. No entendemos esta inclusión, y no la encontramos coherente con el resto de las previsiones normativas. En cualquier caso, antes de exponer nuestras valoraciones al respecto, corresponde continuar explicando cuáles son los elementos de la ejecución que interfieren en el funcionamiento de la escuela en las prisiones catalanas.

2.1. Sistema de Evaluación y Motivación (SAM²)

El SAM es un instrumento regulado por la *Circular 1/1999, de 22 de enero, de la Direcció General de Serveis Penitenciaris i Rehabilitació*, cuyo objetivo es establecer un sistema de motivación para las personas privadas de libertad. Esta herramienta motivacional consiste en que, a partir de una evaluación de tres áreas (actividades, conducta y salidas), se clasifica a la persona en cuatro niveles (A, B, C, D). En función del nivel, es posible conseguir ciertas recompensas (comunicaciones especiales o notas meritorias) y beneficios penitenciarios (adelantamiento de la libertad condicional o indulto particular).

En el SAM se introducen las actividades que se considera que deben evaluarse desde el punto de vista del tratamiento penitenciario y ver su evolución. Dentro de las actividades, puede incluirse la asistencia a la escuela. Así, una de las valoraciones que influyen en esta evaluación motivacional es la que hace el personal docente sobre el desempeño de la persona presa en la escuela. En caso de buena actitud y participación, los «puntos» de la escuela ayudarán a la persona a acercarse a las letras A/B, mientras que, si la evaluación es negativa, la nota final bajará.

Además, se puede decidir marcar alguna actividad (o varias) como «Principal». La valoración de estas actividades tiene una mayor influencia en el

² La sigla SAM se construye por su denominación en catalán: *Sistema d'Avaluació i Motivació*.

resultado del SAM que la de aquellas que no se marcan así. Hasta el punto de que, si una actividad marcada como «Principal» se abandona, es posible marcarla como «Principal no hecha» y, entonces, el resultado del SAM es una «D» automática en ese periodo de evaluación trimestral, independientemente de su desempeño en otras actividades. Además, el SAM llega al absurdo de perjudicar, con la «D» automática a la persona que empieza la actividad y posteriormente la deja, pero, en cambio, puede no perjudicar a quien directamente no empieza la actividad. Se penaliza más, pues, a quien al menos ha hecho el esfuerzo de intentarlo que a quien no.

2.2. Programa Individualizado de Tratamiento (PIT)

El PIT es el instrumento central que planifica y orienta la observación y evaluación de las personas privadas de libertad, así como los objetivos de tratamiento que decidan los/as respectivos/as profesionales. El PIT es un *contrato* entre la Administración penitenciaria y la persona presa, por el que esta se compromete a cumplir con una serie de *propuestas* de tratamiento que la institución considera que debe realizar para poder evolucionar positivamente. Entre ellas, puede incluirse: reconocer el delito, satisfacer la responsabilidad civil, adquirir hábitos laborales, llevar a cabo los programas de rehabilitación en función del delito y circunstancias personales, etc. En principio, la persona presa puede aceptar o no el tratamiento, pues este, en principio, no es obligatorio. Sin embargo, en la práctica, si no se cumple con el itinerario tratamental propuesto, desaparece la posibilidad de acceder a permisos o progresar en grado, de manera que esa *voluntariedad* se ve fuertemente condicionada.

Existe la posibilidad de que uno de los requisitos del PIT sea, precisamente, la obligación de acudir a la escuela; exigencia habitual en el caso de personas jóvenes sin una formación básica. Si bien es cierto que no se puede negar que acudir a la escuela puede tener efectos muy positivos en todos los casos —y más aún en el caso de personas jóvenes sin formación—, creemos que puede resultar cuestionable que la decisión de una persona adulta sobre el ejercicio de un derecho fundamental pueda tener efectos en su grado de privación de libertad, porque pueda condicionar, en alguna medida, la concesión de permisos o del tercer grado.

2.3. Perspectiva docente: cómo funcionan las escuelas en las cárceles catalanas. Algunas conclusiones de un estudio de campo

El segundo autor de este artículo es maestro en un centro penitenciario catalán y es por este motivo por el que conoce de primera mano esta realidad y su funcionamiento. Además, el año pasado elaboró un trabajo de investigación

titulado *Escola i presó a Catalunya. Una radiografia del dret a l'educació a les presons catalanes*, que le permitió realizar un estudio sobre la materialización del derecho a la educación en el medio penitenciario a través de encuestas realizadas a personal docente de escuelas de distintas cárceles (7 directores/as docentes y 60 maestros/as), además de mostrar sus propios conocimientos y consideraciones al respecto. El objetivo de este estudio era recoger las experiencias y opiniones del personal docente sobre su labor para obtener una visión de la situación de las escuelas en las cárceles catalanas y detectar las posibles problemáticas existentes³. En este apartado, con el objetivo de realizar una aproximación al funcionamiento de las escuelas dentro de las cárceles catalanas, recogemos consideraciones extraídas del estudio mencionado y también algunas propias derivadas de la experiencia directa del autor.

2.3.1. Funcionamiento diario

El funcionamiento de las escuelas dentro de las prisiones catalanas es, en principio, igual que el de cualquier centro educativo del sistema público, dado que, como ya se ha visto, forman parte de la red pública y dependen del *Departament d'Educació*. En este sentido, debe destacarse que, a pesar de las diferencias que a continuación señalaremos, la *Generalitat* ha dotado sus prisiones de *verdaderas* escuelas de personas adultas, cuyas características de partida no las diferencian de las que existen fuera (amplia oferta formativa adaptada a las necesidades e impartición de clases por materias y niveles), y esto es un gran avance y una gran diferencia entre las prisiones catalanas y las del resto del Estado.

Una diferencia que sí puede advertirse respecto del resto del sistema de educación pública es la forma en la que se entra en contacto con el centro educativo. Cuando una persona ingresa en prisión, un miembro del equipo docente se pone en contacto con ella para realizar una entrevista inicial (práctica que tiene lugar en todos los centros, según el estudio realizado). Esta entrevista permite que la persona que ingresa conozca la existencia de la escuela, y esto puede propiciar un interés en participar en ella. A pesar de esta iniciativa, la mayoría del personal docente sostiene que el absentismo escolar es una de las principales problemáticas de las escuelas. Para paliarlo, se requerirá un trabajo pedagógico, sin duda costoso, pero necesario, que acabará beneficiando tanto al sujeto como la comunidad (Gil Cantero 2010, 53). Por otro lado, la entrevista inicial será el momento que podrá servir para determinar el nivel educativo de la persona, lo que, en algunas escuelas, da lugar a la inclusión en el PIT de la obligación de acudir a la escuela.

³ Queda pendiente completar este estudio con la incorporación de la perspectiva del alumnado, que no ha podido realizarse todavía por las complejidades propias de su situación de privación de libertad sumadas a las circunstancias actuales en relación con la Covid-19.

Tras la entrevista inicial, el contacto del personal docente y el alumnado se produce tanto en las clases que se imparten en la escuela como en los espacios de tutorías. Las tutorías son espacios individuales que sirven para realizar un seguimiento y acompañamiento escolar personalizado. El profesorado dispone de entre una y dos horas semanales para destinarlas a esta tarea, sin embargo, en las escuelas de las cárceles, frecuentemente, son espacios infrautilizados. Los motivos pueden ser variados. Sin embargo, consideramos que puede resultar altamente determinante el hecho de que el/la docente se encuentra integrada en un EMD que realiza la evaluación de la evolución del tratamiento penitenciario, a través de los instrumentos mencionados antes (SAM y PIT). En consecuencia, puede ocurrir que se renuncie a este espacio de seguimiento individual, única y específicamente educativo, y sin consecuencias en la ejecución de la pena.

2.3.2. Particularidades derivadas del encaje de la escuela en el medio penitenciario

A) El espacio físico que ocupa la escuela dentro de la prisión

En relación con el espacio físico escolar, las escuelas cuentan con un lugar específico en el que se desarrolla la actividad educativa. Es decir, la escuela es un espacio ubicado dentro de la prisión, pero diferenciado del resto de espacios. Es un lugar de encuentro, en el que las personas privadas de libertad que conviven separadas en distintos módulos se mezclan para las clases. En algunas escuelas, el espacio escolar resulta insuficiente y la tarea educativa se tiene que trasladar a otras dependencias penitenciarias. Este y otros condicionantes derivados de la gestión del centro penitenciario «pueden entorpecer la efectiva aplicación del derecho a la educación» (Ruiz Cabello y López-Riba 2019, 597). Tanto direcciones como personal docente destacan varias consecuencias negativas de ello, como, por ejemplo, la pérdida de la posibilidad de que la actividad educativa se pueda experimentar como algo ajeno a las lógicas penitenciarias. Casi la totalidad del personal docente encuestado en el estudio afirma que el alumnado le ha manifestado que en la escuela se siente tratado de manera diferente; hecho que demuestra que, efectivamente, la escuela es un espacio totalmente diferenciado del medio en que se encuentra (Cánovas Calatrava 2010, 11). Asimismo, esto se refuerza por el hecho de que la escuela constituye un espacio de participación. Si tenemos en cuenta que las personas que viven en prisión no deciden casi absolutamente nada de su día a día (horarios, visitas, comidas, actividades...), los centros educativos destacan en este punto por disponer, todos ellos, de espacios de participación del alumnado. En este sentido, la escuela puede suponer el reflejo de otras maneras de actuar posibles (Blazich 2007, 57-58).

B) La trascendencia de lo que ocurre en el aula

Todos los centros docentes cuentan con unas *Normas de organización y funcionamiento del centro* (NOFC), reguladas en la *Llei d'Educació de Catalunya* y en el Capítulo III del *Decret 102/2010* de autonomía de centros educativos. Entre diferentes aspectos, las NOFC recogen «los mecanismos y fórmulas para la prevención y resolución de conflictos» (art. 23.2), así como las «garantías y procedimiento en la corrección de faltas gravemente perjudiciales para la convivencia» (art. 25). Pues bien, a pesar de que todos los centros escolares tienen NOFC propias, cuando por parte del alumnado se da alguna conducta contraria a la normativa del centro (escolar) que supone algún tipo de sanción, según el estudio, en la mitad de las escuelas, se remite siempre la información al EMD, mientras que, en la otra mitad, se remite según la gravedad de los hechos.

La remisión de esta información al centro penitenciario supone una expansión de las consecuencias de los actos del alumnado más allá del centro educativo, hecho que solo sucede en el ámbito penitenciario, puesto que, fuera de este, sería impensable que el comportamiento de un mayor de edad en un centro educativo —salvo que fuera un comportamiento delictivo— tuviera repercusiones en otras áreas de su vida. Así, las escuelas están desaprovechando la ocasión de actuar de manera diferente ante la aparición de conflictos, y, en definitiva, de «abrir un espacio con reglas de juego propias que permita la construcción de nuevas formas de subjetivación» (Blazich 2007, 57).

C) La relación entre la escuela y el régimen penitenciario

Respecto de la relación de la escuela con el régimen, es decir, con la seguridad y el orden en el centro penitenciario, todas las direcciones docentes y la mayoría del personal docente encuestado en el estudio, consideran que su tarea se ve limitada por motivos regimentales. La mayoría de los motivos se encuentran relacionados con los horarios —los cuales los marca la prisión— y con la prohibición de utilizar ciertos materiales, Internet o de realizar ciertas actividades. Con ello, la institución educativa se ve obligada a claudicar ante la institución penitenciaria. Este es uno de los principales problemas de las escuelas de prisiones, y debe abordarse teniendo en cuenta «que la educación, tal como ocurre fuera de la prisión, tiene un papel muy relevante en la vida de las personas internas y en el propio ambiente de la institución» (Ruiz Cabello y López-Riba 2019, 598). Por ello, debe reivindicarse que:

La institución educativa es la responsable de la educación de los ciudadanos, con independencia del espacio social en que vivan, y debe ejercer su responsabilidad por encima del control del contexto del castigo. La prisión se debe adecuar a las necesidades de la acción educativa y no al contrario (Viedma Rojas 2017, 104).

D) La relación entre la escuela y el tratamiento penitenciario

Como ya se ha mencionado anteriormente, la participación en la escuela es habitualmente objeto de inclusión en el PIT y de evaluación en el SAM, lo que supone que, así, se introduce la actividad educativa como parte del tratamiento penitenciario. Según el estudio mencionado, la totalidad de las direcciones docentes considera que la escuela tiene que formar parte del tratamiento penitenciario. En el caso del personal docente encuestado, el porcentaje es menor, pero también se manifiesta mayoritariamente a favor de esta inclusión. No obstante, a pesar de este sentir general sobre la necesidad de que la escuela forme parte del tratamiento, se evidencia que no existe una misma comprensión sobre qué significa esto y qué consecuencias tiene. Ya que, como se muestra en el estudio, en cada escuela se entiende de manera dispar, según considere la dirección docente.

En primer lugar, en cuanto al SAM, según el estudio, todas las escuelas dan de alta/baja y valoran sus actividades desde el SAM; en casi todas, se marca como «Principal» alguna actividad educativa; y, en algunas, se marca como «Principal no hecha» cuando un/a alumno/a se da de baja de una actividad «Principal». Sin embargo, algunas direcciones docentes no conocen la consecuencia de la «D» automática.

En segundo lugar, en relación con el PIT, según el estudio, en todas las escuelas, hay actividades escolares que forman parte del PIT, mayoritariamente, los niveles más básicos. En algunos centros, el incumplimiento del área formativa del PIT es motivo de denegación de permisos y/o progresión a tercer grado. Finalmente, resulta llamativo que todas las personas encuestadas consideran que, al menos inicialmente, una parte del alumnado asiste a la escuela para cumplir el PIT, y no por voluntad propia.

IV. UNA SERIE DE CONSIDERACIONES ACERCA DEL ENCAJE DE LAS ESCUELAS EN LAS CÁRCELES CATALANAS

1. *La incardinación de las escuelas en el sistema penitenciario*

La existencia de escuelas dentro de las cárceles implica la ubicación de «una institución dentro de otra y supone conjugar prácticas y marcos normativos entre el sistema penitenciario y el sistema educativo con lógicas de funcionamiento diferentes» (Blazich 2007, 54). Las diferentes maneras de ligar la escuela con la institución penitenciaria dependerán de que la actividad educativa dentro de prisión se entienda como un elemento más del tratamiento penitenciario o, de lo contrario, como un derecho fundamental que la Administración tiene el deber de garantizar, pero no la potestad de imponer.

En la normativa y praxis penitenciaria de las cárceles catalanas, la escuela se conecta con el tratamiento penitenciario. Por un lado, la distribución

competencial diferenciada de una y otra actividad contribuye a la separación de la escuela del aparato penitenciario en el que se encuentra ubicada. Sin embargo, a pesar de que las escuelas formen parte de la Administración educativa y no de la penitenciaria, la realidad es que su vínculo con la cárcel no se limita al espacio físico que ocupan y al alumnado al que atienden, sino que ambas se encuentran verdaderamente *imbricadas*. De acuerdo con el RPCat, las JT y los EMD constituyen órganos de la Administración penitenciaria que emiten resoluciones administrativas en materia de ejecución penal, de los que también forma parte personal docente que no pertenece a dicha Administración.

Esta configuración permite incardinar la actividad educativa en el tratamiento penitenciario, a pesar de la separación de partida. De esta forma, se incluye la actividad educativa en el SAM y el PIT, lo que afecta al funcionamiento de las escuelas en las prisiones. Sin embargo, lo que se observó en el estudio realizado por el segundo autor, es que esta afectación difiere en unas y otras escuelas: no se procede de la misma manera en relación con el uso de estos instrumentos y, en ocasiones, ni siquiera se conocen bien. Esto es un síntoma de que esta participación no resulta coherente, pues los maestros y maestras no son personal de tratamiento de la Administración penitenciaria, sino que son, *simplemente*, docentes. Y, en este sentido, resulta ilógico que participen en las decisiones sobre ejecución penitenciaria. De hecho, que la evaluación que hace un docente de su alumnado pueda tener afectaciones más allá del espacio-aula es, cuando menos, difícil de entender, y solo se explica por la incardinación de la escuela dentro de una «institución total» que afecta y condiciona todos los aspectos de la vida de las personas que la habitan (Goffman 2001, 17-20).

Consideramos que debería rechazarse de plano que los maestros y maestras sigan participando en los órganos que dirigen el tratamiento penitenciario, en coherencia con la separación institucional que existe entre el personal de tratamiento y el personal docente.

2. *El derecho a la educación y la reeducación y reinserción social*

Sostenemos que el derecho a la educación no se encuentra englobado en la orientación hacia de reeducación y reinserción social que se da a la privación de libertad. A pesar de la proximidad terminológica, no debe aceptarse su identificación con la actividad educativa —aunque esta se produzca en el contexto carcelario—, puesto que una y otra tienen consideraciones y niveles de protección diferentes y su vinculación puede tener consecuencias negativas.

Por un lado, el fin de reeducación y reinserción social, enunciado constitucionalmente, ha sido objeto de numerosas críticas y la política criminal de los últimos años ha mostrado el predominio de otros fines en sus propuestas.

Además, se ha consolidado la consideración de la orientación de las penas privativas de libertad «hacia la reeducación y la reinserción social» como un *mandato orientador*, y no como un *derecho subjetivo* a la reinserción. Algunos autores y autoras reclaman el reconocimiento del derecho fundamental a la reinserción, interpretando el art. 25.2 CE «en el sentido marcado por el propio texto al que pertenece» (Solar Calvo 2019, 802) y teniendo en cuenta la jurisprudencia del TEDH que declara la existencia de este derecho, conectado con las obligaciones positivas del Estado para el respeto de la dignidad humana (art. 3 CEDH) (Blanco Cordero 2018, 281). Sin embargo, sigue sin reconocerse un derecho fundamental a la reinserción. En cualquier caso, a pesar de las críticas y de no considerarlo un derecho fundamental, la idea de reinserción sigue sosteniéndose como guía en la praxis penitenciaria y tiene como resultado la centralidad del tratamiento penitenciario.

El tratamiento penitenciario materializa este fin de reeducación y reinserción social *proponiendo* un programa de rehabilitación determinado desde una lógica conductista (punitivo-premial) —que hace mucho que dejó de utilizarse en el ámbito educativo— y sometido a un control, examen y valoración constantes, para la determinación de las posibilidades de acceso a mayores cotas de libertad. En este sentido, encarna la unión de lo pedagógico con lo disciplinario, con el objetivo de «corregir al delincuente», partiendo de la premisa de la obediencia.

Por otra parte, la educación es un derecho humano y fundamental, reconocido nacional e internacionalmente, y al que se le confiere una especial protección desde los ordenamientos jurídicos. Además, el fin del derecho a la educación es el pleno desarrollo de la personalidad y, en este sentido, resulta incompatible con el paradigma reeducativo que rige el tratamiento penitenciario. El pleno desarrollo de la personalidad constituye el objetivo de maximización de un desarrollo de la personalidad *libre*, una autodeterminación física, psíquica e informativa «exclusivamente en manos del propio sujeto» (Ryszard Kosmider 2018, 697). Se debe reconocer que esta libertad nunca será absoluta, porque se verá condicionada —y limitada— por el contexto sociocultural y, en este sentido, la situación de privación de libertad constituye un contexto particularmente limitador. No obstante, el Tribunal Constitucional ha reconocido que no es constitucionalmente tolerable que la privación de libertad impida de forma absoluta la autodeterminación, no pudiendo impedirse la autodeterminación de la conducta lícita (STC 95/1986, de 10 de julio).

Así, en la situación de privación de libertad, se mantienen —aunque se vean afectados parcialmente— los derechos que emanan de la libre determinación de la personalidad. Por un lado, el *derecho negativo* —que consiste en una obligación de no injerencia por parte del Estado— se ve menoscabado en cierta medida, *irremediablemente*, como consecuencia de la situación de

particular privación y dependencia. Sin embargo, el *derecho positivo* —que consiste en una obligación de promoción y favorecimiento— sí debe seguir cumpliéndose *plenamente*, a pesar de la situación de privación. Con ello, la posibilidad de autodeterminación —aunque se encuentre muy restringida en prisión— siempre debe favorecerse y uno de los derechos que contribuye a ello es precisamente el de la educación, como «derecho llave» (Scarfo et al. 2013, 88), cuyo ejercicio debe quedar garantizado. En este sentido, resulta fundamental ubicar la educación como *derecho positivo*, y no vincularla, en ningún caso, con mecanismos punitivo-premiales que, precisamente, son la manifestación de la reducción de los derechos negativos derivados del libre desarrollo de la personalidad.

Junto a lo anterior, hay que tener en cuenta la particular problemática que existe en torno a la voluntariedad del tratamiento en prisión. Si bien la normativa exige la voluntariedad o libre aceptación del tratamiento penitenciario, *de facto*, debe admitirse que esta libertad es muy cuestionable. Evidentemente, la última palabra siempre la tendrá la persona presa y, en ningún caso, se le podrá forzar a la realización del tratamiento. Sin embargo, si de una correcta evolución en el tratamiento marcado depende la posibilidad de conseguir permisos o el tercer grado, ¿existe *libertad* para rechazar el tratamiento? A esta cuestión se refiere Gallego Díaz cuando habla de «coacciones indirectas» y explica que, para que exista voluntariedad, «es necesario que de su aceptación o rechazo no puedan derivarse consecuencias desfavorables ni ventajas para él en la ejecución de la pena» (2019, 100-103).

Partiendo de esta voluntariedad claramente viciada —si no, inexistente— para la aceptación del tratamiento penitenciario, si se vincula la escuela con este, colocándola como condición para optar a mayores grados de libertad, se convierte también, *de facto*, en una obligación. Esto genera dos efectos: 1) Se vacía de contenido el derecho, porque se articula como una injerencia del Estado en la libertad que va en contra del libre desarrollo de la personalidad —que es precisamente el objetivo del ejercicio del derecho a la educación—. 2) Supone la instrumentalización de la escuela —tanto por las personas presas como por la institución—, de forma que será susceptible de utilizarse, no por las oportunidades que ofrece, sino solo por el premio que lleva asociado. Por eso, debe defenderse que «la educación pública en las cárceles, debe ser entendida como el ejercicio de un derecho humano que no apunte al tratamiento penitenciario, sino al desarrollo integral de la persona» (Scarfo et al. 2013, 72).

Algunos sostienen que la inclusión de la escuela en el tratamiento aumenta la participación escolar. No obstante, consideramos que existen otras vías para motivar la participación que no sacrifiquen el ejercicio de un derecho. Estas vías alternativas seguramente pasan por un mayor esfuerzo por parte del profesorado para incentivar la participación, estableciendo un

contacto directo más frecuente, tratando de hacer una correcta detección de las necesidades educativas concretas, etc. Deben encontrarse las vías para fomentar el contacto humano, y evitar la tendencia hacia la burocratización de la acción educativa y la perversión del derecho (Viedma Rojas 2017, 96). Además, no debe olvidarse a quienes asisten a la escuela porque tienen un interés real. A pesar de la instrumentalización apuntada, hay personas que acuden a la escuela libremente, interesadas en iniciar un proceso de aprendizaje que puede verse perjudicado por el hecho de compartir el aula con personas que no tienen dicho interés.

Finalmente, si la actividad educativa en ningún caso se relacionara con el tratamiento penitenciario, ¿sería, entonces, posible el *pleno* ejercicio del derecho a la educación en este contexto de encierro?

3. *Los límites (sombras) y las posibilidades (luces) educativas en los contextos de encierro*

¿Qué implicaciones tiene el *simple* hecho de que la escuela esté situada en una cárcel? ¿Se podría afirmar que en la cárcel no es posible el ejercicio del derecho a la educación *plenamente* debido al contexto particularmente privativo? ¿Se podría afirmar, al mismo tiempo, que la existencia de escuelas en las cárceles contribuye a una ruptura de las lógicas punitivas que hace siempre deseable su presencia?

Como ya hemos señalado antes, resultaría ingenuo afirmar que, en algún caso, las personas actuamos de manera absolutamente *libre*. Todas nos encontramos condicionadas por nuestro contexto sociocultural. Evidentemente, no en igual medida o de igual forma, puesto que algunos factores (clase, origen, situación administrativa, género, orientación sexual, edad, salud mental, etc.) resultan especialmente determinantes a la hora de configurar las condiciones de posibilidad del ejercicio de derechos. En este sentido, obviamente, la condición de privación de libertad constituye un factor fundamental que afecta a esas posibilidades de ejercer derechos; entre ellos, el derecho a la educación.

Las escuelas que se encuentran en contextos de encierro encontrarán límites a su funcionamiento como tales, que supondrán límites al ejercicio del derecho a la educación. Por un lado, existen algunos límites que denominamos *aparentes* o *visibles*, y en cuanto tales, seguramente son en parte modificables o suprimibles: son los límites que aparecen en la normativa penitenciaria como, por ejemplo, la limitación del acceso a Internet en el aula. Por otro lado, se encuentran otros límites que llamamos *intrínsecos* o *inherentes*, y que parecen resultar inevitables: se trata de los límites derivados del propio funcionamiento *normal* de una institución total. El aislamiento de la sociedad, los horarios, las rutinas, los controles, la gestión de los

espacios, la obediencia, las autorizaciones, la homogeneización, la despersonalización, etc., son todos elementos característicos de la praxis penitenciaria. Además, lo anterior —que podría identificarse más con el régimen— se complementa con el tratamiento penitenciario: la observación de los comportamientos, la recogida de información, su registro y su evaluación punitivo-premial. En este sentido, la prisión constituye una especie de «observatorio permanente», un «aparato de saber», que se rige por el «poder técnico de disciplinar» (Foucault 2012, 148-354). La escuela muy difícilmente podrá escapar de estos límites y estas lógicas. Aunque los y las docentes no participasen en los órganos de tratamiento, sería muy probablemente imposible que no se les exigiera que ofrecieran a la institución algún tipo de información sobre lo que ocurre dentro del aula y sobre el desempeño educativo del alumnado. La cárcel es totalizadora: lo quiere saber todo y atraviesa a la persona por completo. Por eso, se sostiene que las propias condiciones de privación de libertad resultan «antipedagógicas» (Ayuso 2001, 88).

Advirtiéndose estas *sombras*, podría afirmarse que no resulta posible ejercer el derecho a la educación en este contexto. No obstante, al mismo tiempo, es posible apreciar algunas *luces*: si bien el contexto de encierro es condicionante y limitativo, la educación tiene precisamente como objetivo principal que la acción educativa revierta —o, al menos, disminuya— los condicionantes socioculturales, para posibilitar el libre desarrollo de la personalidad. Y, en este sentido, la actividad educativa en prisión puede tener un papel fundamental. Para ello, no es válida cualquier acción educativa, sino que es necesario que esta se aleje y desprenda de lógicas disciplinarias punitivo-premiales. Es decir, que no forme parte del tratamiento penitenciario y que, así, el espacio escolar sea ajeno a la ejecución, y de participación completamente voluntaria.

Siendo así, el espacio de la escuela y la acción educativa en la cárcel pueden tener efectos muy positivos en la vida de las personas privadas de libertad. Viedma y Blazich son autores que defienden esta idea. Viedma explica que, frente a la temporalidad del castigo —que consiste en la espera, la rutina y la *presentización*—, «la educación es la actividad que simboliza con más fuerza la temporalidad del retorno» (2014, 3). La actividad educativa se proyecta positivamente hacia el futuro, y «permite transgredir los marcos temporales y espaciales de la prisión» (2014, 16), puesto que es posible controlar el tiempo de dedicación al estudio y, así, tener dominio sobre una acción cotidiana —cosa que es bastante difícil en prisión—. Por su lado, Blazich aprecia el valor de la escuela en la producción de significados, «con potencia para la reformulación de los proyectos de vida de los internos» (2007, 55). En este sentido, la escuela podría ser un espacio de libertad dentro del contexto de encierro, «con reglas de juego propias que permita la construcción de nuevas formas de subjetivación» (2007, 58). La persona privada de libertad sería en

la escuela, la alumna, cuya característica principal sería la de sujeto de derechos (del derecho a la educación), y no la de privada de aquellos.

Aquí donde el encierro es tomado como condición, la escuela puede habilitar un espacio de libertad no para «rehabilitar» para un futuro (cuando se salga en libertad), sino interviniendo en el hoy para constituirse en uno, donde la dignidad sea lo posible (Blazich 2007, 59)

En nuestra opinión, el funcionamiento independiente de las escuelas —todo lo alejadas posible de las lógicas punitivo-premiales que impone el contexto penitenciario— es lo que permitiría configurar la educación en las cárceles como una educación *verdaderamente inclusiva*, que trate de superar «las barreras en el contexto educativo de encierro» (Castro-Martínez 2021, 9). Siempre y, en cualquier caso, compartimos la opinión de Gil Cantero:

(...) nos parece más adecuado, más conveniente, para la calidad de vida de los presos considerar las posibilidades educativas que pueden darse y, sobre todo, que debemos crear, con todas las limitaciones conceptuales y prácticas que se quieran, que optar por centros penitenciarios donde la educación se quede a la puerta (2010, 57)

Asimismo, volviendo al marco más amplio del ejercicio de derechos fundamentales en las cárceles, consideramos que garantizar el pleno ejercicio de aquellos derechos fundamentales no restringidos legalmente —como el derecho a la educación— es la única opción posible para evitar la inconstitucional de nuestro sistema penal, y para evitar que, en definitiva, «la justicia se detenga en la puerta de las prisiones»⁴.

V. BIBLIOGRAFÍA

- AYUSO, Alejandro (2001). «La intervención socioeducativa en el tratamiento penitenciario». *Pedagogía social. Revista Interuniversitaria*, n.º 6-7, Segunda época: 73-99.
- BENITO LÓPEZ, Raquel (2007). «La relación jurídica penitenciaria». *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 15: 57-90.
- BLANCO CORDERO, Isidoro (2018). «La resocialización como obligación positiva del Estado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos». En *Derechos del condenado y necesidad de pena*, dirigido por Carmen Juanatey Dorado y Natalia Sánchez-Moraleda Vilches, 261-284. Cizur Menor, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.
- BLAZICH, Gladys Susana (2007). «La educación en contextos de encierro». *Revista Iberoamericana de educación*, n.º 44: 53-60.
- CÁNOVAS CALATRAVA, Ramón (2010). «Apuntes para un estudio de la educación en prisiones». *Educación(nos)*, n.º 52: 9-13.

⁴ STEDH, Campbell y Fell, de 28 de junio de 1984.

- CASTRO-MARTÍNEZ, Ana M. (2021). «La calidad de la educación en centros penitenciarios de la Unión Europea. ¿Una utopía en la agenda 2030?». *Revista de Estudios Europeos*, n.º 77, enero-junio: 5-21.
- ESTEBAN MIRALLES, Arnau (2020). «Escola i presó. Una radiografia del dret a l'educació a les presons catalanes». Trabajo de Fin de Grado en Derecho. Universitat Oberta de Catalunya (UOC). <http://openaccess.uoc.edu/webapps/o2/handle/10609/130146> [Pendiente de publicación por el Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada (CEJFE) de la Generalitat de Catalunya]
- FOUCAULT, Michel (2012). *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*. Madrid: Siglo XXI.
- GALLEGO DÍAZ, Manuel (2013). «Tratamiento penitenciario y voluntariedad». *Revista de Estudios Penitenciarios*, n.º Extra: 99-118.
- GIL CANTERO, Fernando (2010). «La acción pedagógica en las prisiones. Posibilidades y límites». *Revista Española de Pedagogía*, n.º 245: 49-64.
- GOFFMAN, Erving (2001). *Internados. Ensayos sobre la situación social de los enfermos mentales*. Buenos Aires: Amorrortu.
- LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki (1994). *Las relaciones de sujeción especial*. Madrid: Civitas.
- MAPELLI CAFFARENA, Borja (1992). «Las relaciones especiales de sujeción y el sistema penitenciario». *Estudios Penales y Criminológicos*, n.º 16: 281-326.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita (1998). «Derechos fundamentales entre rejas. Algunas reflexiones acerca de los derechos fundamentales en el ámbito penitenciario, al tiempo que un comentario de la jurisprudencia constitucional al respecto». *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo 51, Fasc/Mes 1-3: 245-262.
- MATA Y MARTÍN, Ricardo M. (2011). «El principio de legalidad en el ámbito penitenciario». *Revista General de Derecho Penal*, n.º 14: 121-166.
- RIVERA BEIRAS, Iñaki (1997). *La devaluación de los derechos fundamentales de los reclusos*. Barcelona: Bosch.
- (2006). *La cuestión carcelaria. Historia, Epistemología, Derecho y Política penitenciaria*. Buenos Aires: Editores del Puerto.
- RODRÍGUEZ YAGÜE, Cristina (2012). «El derecho a la educación en el sistema penitenciario español». *Revista La Ley Penal*, n.º 96-97: 66-91.
- RUIZ CABELLO, Úrsula. y LÓPEZ-RIBA, José María (2019). «Consideraciones sobre la educación en prisión: un análisis de la realidad española a partir de la lectura de Stateville». *Papers*, Vol. 104, n.º 3: 593-599.
- RYSZARD KOSMIDER, Mariusz (2018). «El contenido jurídico del concepto del libre desarrollo de la personalidad con referencia especial a los sistemas constitucionales alemán y español». *Revista de Derecho UNED*, n.º 23: 667-706.
- SANTANA RAMOS, Emilia María (2014). «Las claves interpretativas del libre desarrollo de la personalidad». *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n.º 29: 99-113.
- SCARFÓ, Francisco, PÉREZ LALLI, Florencia y MONTSERRAT, Ivana (2013). «Avances en la Normativa del Derecho a la Educación en Cárcels de la Argentina». *Educação & Realidade, Porto Alegre*, Vol. 38, n.º 1: 71-92.
- SOLAR CALVO, Puerto (2019). «Consecuencias penitenciarias de la relación de sujeción especial. Por un necesario cambio de paradigma». *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Vol. LXXII: 777-809.

- TAMARIT SUMALLA, J-M., GARCÍA ALBERO, R., RODRÍGUEZ PUERTA, M-J. y SAPENA GRAU, F. (2005). *Curso de Derecho Penitenciario* (2ª ed.). Valencia: Tirant lo Blanch.
- VIEDMA ROJAS, A. (2014). «Tiempo de estudio vs tiempo de prisión: identidad y resistencia frente al tiempo». *Crisis y cambio. Propuestas desde la Sociología: actas del XI Congreso Español de Sociología*. Universidad Complutense de Madrid. Facultad de Ciencias Políticas y Sociología. 10-12 de julio de 2013, coordinado por Heriberto Cairo Carou y Lucila Finkel Morgenstern, Vol. 3: 236-244.
- VIEDMA ROJAS, Antonio (2017). «La situación de la educación en prisión en España: realidades y expectativas de transformación». En *Los derechos de los reclusos y la realidad de las cárceles españolas. Perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*, editado por Ignacio Campoy Cervera, 95-117. Madrid: Dykinson.

RESTRICCIONES A LA LIBERTAD DE EMPRESA Y EL MERCADO EN LA NORMATIVA URBANÍSTICA APLICABLE A LAS VIVIENDAS VACACIONALES

Restrictions on the freedom of business and the market in the urban regulations applicable to vacation housing

Juan Franch Fluxà

Profesor contratado doctor de Derecho Mercantil
Universitat de les Illes Balears

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-69\(2\)-2021pp43-76](http://dx.doi.org/10.18543/ed-69(2)-2021pp43-76)

Recibido: 8.12.2021
Aceptado: 13.12.2021

Resumen

Este trabajo analiza los problemas derivados de las legislaciones autonómicas y locales en el sector turístico cuando las viviendas vacacionales se someten a restricciones que podrían ser contrarias a la regulación eficiente. Los tribunales han analizado las medidas urbanísticas a las viviendas que se comercializan turísticamente atendiendo a la Directiva de Servicios y otros principios y normas tanto europeos como nacionales.

Palabras clave

Derechos y libertades fundamentales, eficiencia del mercado, derecho de la competencia, razones imperiosas de interés general, alquiler vacacional, zonificación, medidas administrativas.

Abstract

This paper analyzes the problems arising from regional and local regulations affecting the tourism sector when holiday homes are subjected to restrictions that could be contrary to efficient regulation. The courts have analyzed the urban planning

measures for the commercialization of short term accommodations in holiday homes, in accordance with the Services Directive and other european and national principles and legislation.

Keywords

Fundamental rights and freedoms, market efficiency, competition law, overriding reasons of general interest, holiday rentals, zoning, administrative measures.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA CONFRONTACIÓN DE INTERESES GENERALES Y DERECHOS EN CONFLICTO. III. LA EXIGENCIA PRINCIPIO DE BUENA REGULACIÓN. IV. LA NORMATIVA DE VUT COMO EJEMPLO DE LIMITACIÓN DE LA COMPETENCIA EN EL ÁMBITO TURÍSTICO. V. LA ZONIFICACIÓN TURÍSTICA COMO TÉCNICA RESTRICTIVA. VI. CONCLUSIONES. VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Las normativas autonómicas y locales que regulan y afectan a la oferta turística en viviendas han generado diversos debates de profundo calado que, para este texto, vamos a circunscribir a la confrontación de intereses y derechos propiciada por determinadas medidas de naturaleza urbanística cuya técnica legislativa puede ser cuestionable.

Una de las principales dudas que suscita la tendencia actual de ordenación del turismo (orientada más a su prohibición que a una correcta racionalización u ordenación de las ciudades y las infraestructuras o recursos) pasa por resolver si las zonificaciones que están aprobando los distintos municipios son un obstáculo a la competencia efectiva en el mercado que propugna el artículo 38 de la Constitución. Restricciones o prohibiciones administrativas que privan a los gestores y propietarios (con independencia del carácter o no de grandes tenedores) de las facultades previstas en el artículo 33 de nuestra Carta Magna¹. Medidas que, además, pueden generar notorias diferencias que podrían cuestionar otro de los postulados constitucionales que sustentan nuestro ordenamiento jurídico como es el de igualdad ante la ley y no discriminación (artículo 14 CE). Como apuntaremos, la clave para la comprensión de un debate que ya se ha judicializado en diversas ocasiones se sustenta en el análisis de dichas restricciones y su justificación desde el punto de su necesidad y proporcionalidad que han sido debida y extensamente interpretadas.

Resulta paradójico que estas barreras de entrada —de distinta índole que se están generalizando en las distintas normativas locales, regionales o autonómicas— afecten al sector económico principal de nuestro país y, por lo tanto, resulta más complejo entender que pueda existir un interés general superior que prime dentro de las razones imperiosas de interés general, concepto que debe interpretarse a partir de la categorización realizada por el ordenamiento europeo y diversos pronunciamientos del propio TJUE que se citarán a lo largo de este trabajo.

¹ Con carácter monográfico y extensamente desarrollado, Rey Martínez, F. *La propiedad privada en la Constitución española*, Colección Estudios Constitucionales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1994.

Estamos ante un nuevo dilema normativo, si bien conviene recordar que no estamos ante un fenómeno nuevo para el legislador puesto que la novedad exclusivamente reside en la popular y exitosa forma de comercialización online que afecta a la oferta turística y también a muchos otros mercados². Es indudable que las viviendas de uso turístico están ampliamente consolidadas en nuestro país y buena prueba de ello es su regulación por medio de la Orden de 17 de enero de 1967 por la que se aprueba la ordenación de los apartamentos, bungalows y otros alojamientos similares de carácter turístico y especialmente por el artículo 17 del Decreto 2877/1982 que establece una definición de este tipo de alojamientos turísticos donde se incluyen las viviendas vacacionales³. Cabe apuntar que sobre estas definiciones y categorías no ha habido grandes cambios, pero sí que las normas actuales han precisado este marco fijando nuevos requisitos que son de obligado cumplimiento⁴.

Finalmente queremos apuntar una visión que no compartimos donde la vivienda turística se presenta como una manifestación de un uso abusivo o inadecuado de la propiedad y que sería sancionable conforme a lo previsto en el artículo 7.2 del Código Civil que prescribe el abuso de derecho y con ello el ejercicio antisocial del mismo⁵. Ello plantea que se puedan sobrepasar los límites normales del ejercicio de un derecho de lo que debe derivar, además, un daño para tercero. El excesivo intervencionismo que caracteriza a los actuales poderes públicos nos lleva a recordar que ante ello es muy probable que ya existiesen decisiones judiciales y otras medidas administrativas que impedirían dichos abusos⁶.

² Sobre los retos legales que generan las plataformas, AA.VV. (Directores Muñoz, A./Rodríguez, S.), *Aspectos legales de la economía colaborativa y bajo demanda en plataformas digitales*, Bosch, Madrid 2018.

³ Se fija una clara definición entre apartamentos y viviendas turísticas dependiendo entre otros motivos del uso terciario o no del suelo donde radican. Determina en su artículo 17: *No tendrán la consideración legal de apartamentos turísticos, sino de viviendas turísticas vacacionales las unidades aisladas de apartamentos, bungalows, villas y chalés y similares y, en general cualquier vivienda que, con independencia, de sus condiciones de mobiliario, equipo, instalaciones y servicios, se ofrezcan en régimen de alquiler por motivos vacacionales o turísticos.*

⁴ A modo de ejemplo del listado de requisitos puede consultarse el Decreto catalán 159/2012, de 20 de noviembre, de establecimientos de alojamiento turístico y de viviendas de uso turístico en su artículo 67 o la Ley 8/2012, de 19 de julio del turismo de las Illes Balears, en su artículo 50.

⁵ Abogando por una normalización de la actividad al amparo de una adecuada normativa turística. Franch Fluxà, J. «La regulación de la vivienda de uso turístico en Baleares tras las últimas reformas legislativas» en AA.VV. (Directoras González Cabrera, I./Rodríguez, M.P.) *Las viviendas vacacionales: entre la economía colaborativa y la actividad mercantil*, Dykinson, Madrid, 2019, págs.145-168.

⁶ Indica Fernández Torres que a la hora de regular las viviendas vacacionales el estado, las CCAA y las corporaciones locales «introducen distintos mecanismos de interven-

II. LA CONFRONTACIÓN DE INTERESES GENERALES Y DERECHOS EN CONFLICTO

La regulación de esta actividad económica pone de relieve la necesidad de entender la ponderación de derechos constitucionales y la trascendencia de la constitución económica⁷. Conforme al artículo 38 de la Constitución es una obligación de todos los poderes públicos garantizar el ejercicio de la libertad de empresa, por lo tanto, la actuación administrativa debe procurar o defender el funcionamiento eficaz y competitivo de los mercados y, para ello, deberá evitarse cualquier acto o disposición que pueda suponer una limitación o restricción a este fin. Obviamente, en el caso de que dichas medidas fuesen necesarias deberán ponderarse los intereses que se persiguen con aquellos que se vieses afectados relativos al buen funcionamiento del mercado⁸.

Las pautas de acceso al mercado están claramente definidas en la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (en adelante Directiva de servicios) que impone que solo pueden someterse a los prestadores de servicios a requisitos de acceso al mercado u otro tipo autorizaciones o concesión de licencias en la medida en que no sean discriminatorias, que sean necesarias para alcanzar un objetivo de interés público claramente identificado (artículo 4.8) y que sean proporcionados a dicho objetivo del mismo (artículo 4.6 y Considerando 39). Todo ello se impone también con respecto a los servicios profesionales por la Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales⁹.

Existe en la actividad objeto de este análisis un ecosistema de intereses en juego que ha generado que uno de los destacados debates relacionados con la normativa de las VUT sea determinar si la técnica del planeamiento

ción administrativa con escaso rigor, deficiente técnica normativa y, lo que es aún peor, poca o nula preocupación por la observancia de límites infranqueables que el Derecho Administrativo impone con el respaldo indispensable de la Constitución Española de 1978». Fernández Torres, J.R. «No todo vale a la hora de controlar las viviendas vacacionales», *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación* n.º 42/2018, *Tribuna*, pág. 13.

⁷ Vid. Gordillo Pérez, L. I./Rodríguez Ortiz, F. *Constitución económica y gobernanza económica de la UE*, Thomson-Aranzadi, Madrid, 2019.

⁸ Con mayor extensión en Jiménez Soto I. «Ordenación de los servicios turísticos: competencias administrativas y unidad de mercado» en AA.VV. Vandelli, L./Font i Llovet T.) *Ordenación jurídico-administrativa del Turismo*, Atelier, Barcelona, 2018 págs. 21-78.

⁹ Modificada por la Directiva 2013/55/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de noviembre de 2013, que ha sido incorporada a nuestro ordenamiento jurídico por el Real Decreto 581/2017, de 9 de junio, regula el procedimiento de reconocimiento de títulos obtenidos en la Unión Europea para el ejercicio de profesiones reguladas en España.

que persigue configurar un determinado modelo de ciudad encaja dentro de las «razones imperiosas de interés general» tal como éstas han sido debidamente interpretadas y definidas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Como es sabido, no cabe una interpretación abstracta de «Razón imperiosa de interés general» que se circunscribe a las siguientes materias: el orden público, la seguridad pública, la protección civil, la salud pública, la preservación del equilibrio financiero del régimen de seguridad social, la protección de los derechos, la seguridad y la salud de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, la protección del medio ambiente y del medio o entorno urbano¹⁰, la sanidad animal, la propiedad intelectual e industrial, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional y los objetivos de la política social y cultural.

El imperio de la libertad de empresa y el desarrollo de cualquier actividad económica exclusivamente queda condicionado por la concurrencia de alguno de los motivos señalados y que son expresamente tasados. Dicho esto, la libertad de establecimiento de los prestadores de servicios y el ejercicio de la libre prestación de servicios son dos derechos que se encuentran protegidos por la Directiva de servicios y las leyes de transposición en España. La Directiva y la normativa nacional afectan a cualquier acto o disposición de las administraciones públicas que contenga requisitos que regulen de manera específica actividades de servicios¹¹.

Por lo tanto, el ejercicio de la actividad turística es libre y a lo sumo solo puede condicionarse por las limitaciones que pudiera imponer la legislación vigente como, por ejemplo, advierte el artículo 21 de la Ley de turismo de Balears¹². Por tanto y atendiendo también a criterios que sustentan la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado, en adelante LGUM, cualquier operador puede establecerse en cualquier región de nuestro país y para ello es suficiente hacerlo a través de una declaración responsable o comunicación conforme se determine en las leyes o decretos turísticos de cada comunidad autónoma.

¹⁰ En la STSJ País Vasco de 11 de junio de 2019 se legitiman las restricciones para conciliar la satisfacción del derecho a la vivienda con el destino de determinadas viviendas al alojamiento turístico y para la protección del medio urbano.

¹¹ Véase el artículo 4 relativo a definiciones. En nuestra legislación art. 3 (definiciones) de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

¹² *Cualquier persona interesada en la prestación de servicios relacionados con la actividad turística puede establecerse en las Illes Balears, previa presentación de la declaración responsable o de la comunicación y la obtención de la habilitación oportuna, en su caso, en los términos legalmente o reglamentariamente establecidos.*

Partimos de la base que un catálogo de medidas que afecte particularmente a las empresas turísticas de comercialización de estancias turísticas en viviendas probablemente colisione potencialmente con el derecho de libertad de empresa; si bien resulta complejo solucionar esa fricción entre el urbanismo y la libertad de empresa puesto que si con carácter apriorístico primara esta última también podrían quedar desvirtuadas las competencias urbanísticas de las corporaciones locales¹³. Entendemos que llegados a esta disyuntiva solo puede resolverse dicha colisión conforme a la aplicación y comprensión de la existencia de una razón imperiosa de interés general.

Curiosamente es en las comunidades autónomas que sustentan su economía principal y únicamente sobre la industria turística donde se ha regulado considerando el turista o turismo como elemento nocivo. Entre los derechos afectados se alega, con un carácter secundario, que actividad turística en determinadas zonas atentaría contra la intimidad personal y familiar contenida en el artículo 18 de la Constitución, la protección social y jurídica de la familia y la salud de las personas que son exigencias que los artículos 39 y 43 de la Constitución imponen a los poderes públicos. Más peso y trascendencia se ha dado al artículo 47 Constitución, extremadamente controvertido y frecuentemente alegado, que contiene el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada que se traduce en el mandato a los poderes públicos para promover las condiciones necesarias y establecer las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, básicamente mediante la utilización del suelo conforme al interés general¹⁴.

La contraposición de intereses y la preservación de derechos constitucionales ha sido el telón de fondo del debate sobre la regulación de la actividad turística en viviendas que sirve de marco para nuestras reflexiones. Por ejemplo, las administraciones han esgrimido la vertiente social del derecho de la propiedad privada reconocido en el artículo 33.1 de la Constitución¹⁵, entendiendo que no admite injerencias en clave de relaciones de vecindad como limitación del derecho de dominio que impidan el normal uso de las facultades

¹³ Vid. Doménech Pascual, G. «La regulación autonómica y local de las viviendas de uso turístico», en Anuario de Derecho Municipal 2017, n.º 11, págs. 43-73.

¹⁴ Así en la Sentencia del TJUE (Sala Primera) de 8 de mayo de 2013 (C-197/11 y C-203/11) se indica que las exigencias «relativas a la política de vivienda social de un Estado miembro pueden ser razones de interés general y, por tanto, justificar restricciones» (apartado 52).

¹⁵ Algunos de los asuntos enjuiciados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) analizan la revocación y cambios de licencia o el control de rentas. Vid. Págs. 23-24 (especialmente punto 101 y 103) European Court of Human Rights, Guide on Article 1 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights-Protection of property (actualizado a 31 de agosto de 2021) <https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_1_Protocol_1_ENG.pdf>

des que integran su contenido. Un claro ejemplo de la repercusión directa de la utilización de las viviendas de uso turístico sobre la convivencia vecinal¹⁶ es la normativa de Barcelona.

El hecho de encontrarnos ante comunidades de propietarios pone claramente de manifiesto el efecto sobre la colectividad que presentarán actos de disposición o uso de las viviendas y que debe valorarse y regularse a partir de las normas internas que fije la propia comunidad. Estos actos son y deben considerarse aceptables siempre que esa influencia no resultara nociva para los demás integrantes de la comunidad. Ello nos lleva al normal uso de la propiedad conforme a las costumbres y las relaciones sociales que hasta el momento no habían entrado a cuestionarse en función del título de cesión de las viviendas a terceros bajo distintas modalidades de arrendamiento reconocidas en la Ley de arrendamientos urbanos, que en 2014 remite el alquiler vacacional a la normativa sectorial autonómica.

Un último derecho objetivo político que afecta a toda la actividad turística es el derecho a disfrutar de un medio ambiente¹⁷ adecuado para el desarrollo de las personas, así como el deber de conservarlo por este motivo como prescribe el artículo 45 de la Constitución; los poderes públicos tienen la obligación de velar para utilización racional de todos los recursos naturales con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente al amparo de la solidaridad colectiva. El turismo en determinados discursos y actuaciones se entiende como un depredador de recursos.

Para ejemplificar lo anterior podemos citar Andalucía donde como razón de interés general para justificar proceder a la regulación de estas viviendas con fines turísticos se esgrime la protección del medio ambiente y el entorno urbano. Es uno de tantos ordenamientos donde se manifiesta la preocupación por el impacto de la incidencia de esta actividad sobre el territorio¹⁸.

¹⁶ Expresamente Canarias Aragón y Asturias exigen que se acredite que dicha actividad no se encuentra prohibida por los estatutos de la Comunidad de propietarios. Vid. Goñi Rodríguez de Almeida, M. «El alquiler vacacional como actividad molesta en la comunidad de propietarios», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 765, enero, 2018, págs. 496-512. En cuanto a la toma de decisiones y el artículo 17 de la Ley de propiedad horizontal, vid. Fuentes-Lojo Rius, A. «Problemática del propietario múltiple en la adopción de acuerdos comunitarios», *Diario La Ley*, N.º 9539, 18 de diciembre de 2019, Editorial Wolters Kluwer (consulta online)

¹⁷ El medio ambiente primaria sobre el derecho a la propiedad en algunos casos enjuiciados por el TEDH Con especial desarrollo en el punto 130 *Guide on Article 1 of Protocol No. 1*... ob. cit., pág. 28

¹⁸ Serrano García, M. «La ordenación legal de los establecimientos de apartamentos turísticos en Andalucía». *Revista Internacional de Turismo, Empresa y Territorio*, 4 (2), 2020, 212-220. <<http://doi.org/10.21071/riturem.v4i1.13118>>.

III. LA EXIGENCIA PRINCIPIO DE BUENA REGULACIÓN

Cualquier injerencia en el funcionamiento de los mercados deberá ir precedido de una correspondiente ponderación entre los intereses que persigan esas normas limitativas y los beneficios que tienen el funcionamiento competitivo de los mercados¹⁹. Como queda expresamente determinado en el artículo 129 Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, son aplicables los principios de necesidad, proporcionalidad y no discriminación en la regulación de las actividades económicas ya que son principios previstos tanto en el derecho comunitario como en el propio ordenamiento español. Ese control de la intervención administrativa está claramente reflejado en el artículo 4.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público²⁰.

Sí consideramos oportuno reproducir el artículo 5 de la LGUM ya que específicamente aborda los límites al acceso de una actividad económica o su ejercicio:

1. Las autoridades competentes que en el ejercicio de sus respectivas competencias establezcan límites al acceso a una actividad económica o su ejercicio de conformidad con lo previsto en el artículo 17 de esta Ley o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, motivarán su necesidad en la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general de entre las comprendidas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

2. Cualquier límite o requisito establecido conforme al apartado anterior, deberá ser proporcionado a la razón imperiosa de interés general invocada, y habrá de ser tal que no exista otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad económica.

Observamos, pues, que no estamos ante una cuestión sectorial y son diversas las normativas que le impiden a las administraciones públicas imponer

¹⁹ Coincidimos con Fernández Torres que las diversas normativas sobre el alquilar vacacional no sopesan los diversos intereses en juego y que esa voluntad conciliadora se puede y debe exigir a la administración pública como reguladora y arbitro del mercado. Vid. Fernández Torres, J.R. «No todo vale a la hora de...», ob.cit., pág. 15.

²⁰ *Artículo 4 Principios de intervención de las Administraciones Públicas para el desarrollo de una actividad:*

1. Las Administraciones Públicas que, en el ejercicio de sus respectivas competencias, establezcan medidas que limiten el ejercicio de derechos individuales o colectivos o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, deberán aplicar el principio de proporcionalidad y elegir la medida menos restrictiva, motivar su necesidad para la protección del interés público así como justificar su adecuación para lograr los fines que se persiguen, sin que en ningún caso se produzcan diferencias de trato discriminatorias. Asimismo deberán evaluar periódicamente los efectos y resultados obtenidos.

medidas limitativas o restrictivas de la competencia amparándolas en criterios económicos²¹. Aunque, como insistiremos, tampoco puede hacerse de manera indirecta invocando razones imperiosas de interés general que en su esencia encubren requisitos u objetivos de planificación económica²². Al respecto ya se han pronunciado en diversas ocasiones el TJUE en Sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de junio de 2002, Comisión de las Comunidades Europeas contra República Portuguesa (Asunto C-367/98) o Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 24 de marzo de 2011, Comisión Europea contra Reino de España (asunto C-400/08) 31/16 en el ámbito nacional el Tribunal Supremo en Sentencia, n.º 1974/2016, de 21 de junio de 2016²³.

Los principios de buena regulación nos llevan a conectar la necesidad a una razón imperiosa de interés general tasadas en la directiva de servicio y leyes de transposición: la proporcionalidad implica satisfacer un doble requerimiento: la idoneidad de la medida, es decir que sea adecuada al fin que pretende alcanzar y, en segundo lugar, que presente una mínima restricción, que entendemos queda comprometida en aquellos supuestos que establezcan prohibiciones absolutas²⁴.

²¹ Vid. Artículo 18.2 g LGUM.

²² En este sentido el art. 10 e Ley 17/2009 impone que en ningún caso se supeditará el acceso a una actividad de servicios en España o su ejercicio al cumplimiento de lo siguiente: (...) e) *Requisitos de naturaleza económica que supediten la concesión de la autorización a la prueba de la existencia de una necesidad económica o de una demanda en el mercado, a que se evalúen los efectos económicos, posibles o reales, de la actividad o a que se haga una apreciación de si la actividad se ajusta a los objetivos de programación económica fijados por la autoridad competente o a que se comercialicen productos o servicios de un tipo o procedencia determinada. Las razones imperiosas de interés general que se invoquen no podrán encubrir requisitos de planificación económica.*

²³ En su F.J Quinto: «4. En ningún caso, podrán establecerse requisitos de naturaleza económica, entre otros, aquellos que supediten el otorgamiento de la autorización a la prueba de la existencia de una necesidad económica o de una demanda en el mercado o a un exceso de la oferta comercial, a que se evalúen los efectos económicos, posibles o reales, de la actividad o a que se haga una apreciación de si la actividad se ajusta a los objetivos de programación económica establecidos por la autoridad competente, o aquellos que puedan directa o indirectamente ir dirigidos a la defensa de un determinado modelo económico o empresarial dentro del sector. Asimismo se prohíbe la intervención de competidores en los procedimientos de autorización que en su caso se establezcan para la instalación de establecimientos comerciales.»

²⁴ Como se indica en la Guía sobre el artículo 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos: El propósito de la prueba de proporcionalidad es establecer primero cómo y en qué medida el solicitante fue restringido en el ejercicio del derecho afectado por la intervención o medida denunciada y cuáles fueron las consecuencias adversas de la restricción impuesta al ejercicio de los derechos del solicitante o en su situación. Posteriormente, este impacto se equilibra con la importancia del interés público que motivó la intervención. Así se describe en el punto 145 *Guide on Article 1 of Protocol No. 1*... ob. cit., pág. 30.

Todo lo indicado queda perfectamente reflejado en la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 16 de abril de 2015, Comisión Europea contra República Federal de Alemania (C-591/13): «Conforme a reiterada jurisprudencia, una normativa nacional sólo puede limitar la libertad de establecimiento si la restricción en cuestión está justificada por razones imperiosas de interés general. En tal supuesto es preciso, además, que esa restricción sea adecuada para garantizar la realización del objetivo de que se trate y que no vaya más allá de lo necesario para alcanzarlo (véase la sentencia DI. VI. Finanziaria di Diego della Valle & C., C-380/11, EU:C:2012:552, apartado 41 y jurisprudencia citada)»²⁵.

Ya en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de enero de 2002, Canal Satélite Digital SL contra Administración General del Estado, en el que participa Distribuidora de Televisión Digital SA (DTS) (Asunto C-390/99) ya recoge una serie de precedentes judiciales donde se fija esta necesidad: «En consecuencia, la cuestión de si las restricciones mencionadas en el apartado 29 de la presente sentencia están justificadas debe examinarse simultáneamente a la luz de los artículos 30 y 59 del Tratado, con el fin de apreciar si la medida nacional controvertida en el procedimiento principal persigue una finalidad de interés general y respeta el principio de proporcionalidad, es decir, si es adecuada para garantizar la realización del objetivo que pretende lograr y no va más allá de lo necesario para alcanzarlo (véanse, en particular, las sentencias de 25 de julio de 1991, Säger, C-76/90, Rec. p. I-4221, apartado 15; de 23 de noviembre de 1999, Arblade y otros, asuntos acumulados C-369/96 y C-376/96, Rec. p. I-8453, apartado 35, y Corsten, antes citada, apartado 39).»²⁶

Para la idoneidad y adecuación se reitera que debe conectarse al objetivo de manera congruente y sistemática como bien expresa la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 11 de junio de 2015, Berlington Hungary Tanácsadó és Szolgáltató kft y otros contra Magyar Állam (Asunto C-98/14): «Sin embargo, las restricciones impuestas por los Estados miembros deben cumplir los requisitos de proporcionalidad derivados de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, es decir, que sean adecuadas para garantizar el cumplimiento del objetivo perseguido y que no vayan más allá de lo necesario para alcanzarlo. Además, debe recordarse en este contexto que una normativa nacional sólo es adecuada para garantizar la consecución del objetivo invocado si responde efectivamente al propósito de lograrlo de forma coherente y sistemática (véase la sentencia HIT y HIT LARIX, C-176/11, EU:C:2012:454, apartado 22, y la jurisprudencia citada).»²⁷

²⁵ Apartado 63.

²⁶ Apartado 33.

²⁷ Apartado 64.

Las restricciones que se puedan imponer por las administraciones nunca pueden ser discriminatorias como queda expresamente manifestado en la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 12 de julio de 2012, HIT hoteli, igralnice, turizem dd Nova Gorica e HIT LARIX, prirejanje posebnih iger na srečo in turizem dd contra Bundesminister für Finanzen (Asunto C-176/11): «Sin embargo, las restricciones impuestas por los Estados miembros deben cumplir los requisitos que se derivan de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en lo que respecta a su proporcionalidad, es decir, que sean adecuadas para garantizar el cumplimiento del objetivo perseguido y que no vayan más allá de lo necesario para alcanzarlo. Además, debe recordarse, en este contexto, que una normativa nacional sólo es adecuada para garantizar la consecución del objetivo alegado si responde verdaderamente al empeño por hacerlo de forma congruente y sistemática. En todo caso, tales restricciones deben aplicarse de modo no discriminatorio (véase, en este sentido, la sentencia de 8 de septiembre de 2009, Liga Portuguesa de Futebol Profissional y Bwin International, C-42/07, Rec. p. I-7633, apartados 59 a 61 y jurisprudencia citada)»²⁸.

Tras lo apuntado podemos añadir que estos principios de buena regulación también han sido expresamente impuestos para la legislación en materia de viviendas de uso turístico de una manera muy contundente en la sentencia del Tribunal Supremo número 26/2019, de 15 de enero, exigiendo los principios de necesidad proporcionalidad y no discriminación al enjuiciar la zonificación Canarias que se consideró sustentada, ante la falta de rigor, sobre una falacia²⁹.

²⁸ Apartado 22.

²⁹ Así en el F.J Tercero se afirma: «El **primer argumento no es sino una falacia**, puesto que las zonas turísticas se establecen sobre territorios en los que previamente pueden haberse implantado usos residenciales. La especialización de usos según zonas que tratan de promover las distintas leyes en materia turística —ley 6/2009, de 6 de mayo (LCAN 2009, 184), ley 2/2013, de 29 de mayo— no es sino una aspiración, pero dista mucho de ser una realidad.

El segundo argumento no puede ser valorado de mejor manera, puesto que decir que la normativa turística exige que los hoteles de ciudad se sitúen en las ciudades, o que los alojamientos de turismo rural se emplacen en el campo, es un argumento inconsistente. Lo que sucede es que se exigen unos estándares de calidad distintos a los establecimientos alojativos que se encuentren en las ciudades o en el campo. No se establece una limitación al establecimiento de alojamientos turísticos en determinadas zonas.

La Ley de turismo de Canarias no habilita, por tanto, al reglamento a establecer una modalidad de alojamiento turístico que únicamente pueda ser desempeñada fuera de las zonas turísticas. Lo que se contempla es que determinadas ofertas de turismo alojativo sean sometidas a estándares menos exigentes por razón de encontrarse fuera de las zonas turísticas.

Así las cosas, excluir la oferta de viviendas vacacionales de las zonas turísticas o de aquellas de uso mixto, precisamente donde se tratan de localizar predominantemente los usos turísticos, carece de cobertura legal en la Ley de turismo de Canarias.

No es la primera ni única vez que se judicializa la normativa turística canarias³⁰ exigiendo cumplir con los principios de buena regulación o bien atender con propiedad las razones imperiosas de interés general como interpele el TS en su sentencia 1756/2018, 12 de diciembre de 2018, recurso 4959/2017 al indicar: «Debe señalarse al respecto que, como se puso de relieve en el acto de la vista celebrado ante esta Sala, la única justificación que se dio acerca de conveniencia de formalizar la exclusión de la oferta de viviendas vacacionales ubicadas en zonas turísticas fue la de que obedecía a meras razones de carácter económico (que las viviendas vacacionales no compitan con el resto de establecimientos alojativos turísticos hoteleros u extrahoteleros, para lo que sería necesario que no se ubiquen en la mismas zonas), lo que entendemos no puede incardinarse en ninguna de las razones imperiosas de interés general comprendidas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, al que se remite el artículo 5 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado.

La invocación ulterior, en fase procesal, de razones imperiosas de interés general vinculadas a la ordenación del territorio y al urbanismo, resulta insuficiente, en la medida que no estimamos convincente la explicación ofrecida respecto que la prohibición contemplada referida a la comercialización de viviendas vacacionales en zonas turísticas tenga como finalidad preservar el uso racional de suelos reservados a desarrollos turísticos, según la planificación del territorio»³¹.

El reglamento infringe claramente la libertad de empresa (artículo 38 CE) y la libertad de prestación de servicios (Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre) limitando la oferta turística sin justificación suficiente. No tiene sentido alguno que la oferta de viviendas vacacionales se trate de excluir de aquellos ámbitos donde debe localizarse preferentemente la actividad turística. La única explicación plausible a esta cortapisa es que con ello se trata de favorecer la oferta de productos alojativos turísticos tradicionales implantados mayoritariamente en estas zonas turísticas, vulnerando con ello la libre competencia en la prestación de servicios.»

³⁰ Una crítica desde el derecho administrativo en Rodríguez González, M.P. «Algunos aspectos cuestionables de la regulación actual de las viviendas vacacionales en Canarias, que evidencia la necesidad de su revisión» en AA.VV. (Directoras González Cabrera I./Rodríguez M.P.) *Las viviendas vacacionales: entre la economía colaborativa...ob.cit.*, págs.102 y ss.

³¹ Sobre el análisis de la normativa urbanística a la hora de fijar los usos turísticos del suelo rústico canario concluye Sarmiento que «la articulación especial de los instrumentos de ordenación supone una inserción de la ordenación turística en la ordenación territorial, y una “puesta en valor” del suelo rústico con estas finalidades». Hay una modulación de los Planes Insulares de Ordenación, que incorpora determinaciones específicas para las islas verdes, y sobre todo una erección de una figura muy peculiar, incluso en su denominación: los instrumentos de planificación singular turística, que pueden aplicarse en cual-

El concepto de razones imperiosas de interés general, al que hace referencia, la Directiva 2006/123 y la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, abarca, entre otros aspectos, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, así como la planificación urbana y rural.³²

Resulta muy esclarecedora la sentencia del Tribunal Superior de justicia de Castilla y León (sala de lo Contencioso administrativo sección primera Valladolid), n.º 86/2018, de 2 de febrero de 2018 cuando indica: «Como vimos más arriba, la normativa estatal y comunitaria, considera que la finalidad de protección de los derechos, la seguridad y la salud de consumidores u usuarios turísticos responde a razones de interés general y puede justificar, en principio, que se establezcan límites y restricciones al ejercicio de la actividad comercial, siempre y cuando sean necesarias y proporcionales para alcanzar tal fin, por lo que es desde esta finalidad desde la que debemos analizar cada uno de los preceptos impugnados, para en definitiva determinarse si en los mismo se imponen restricciones que sean necesarias y proporcionales para proteger a los consumidores y usuarios de los servicios de alojamiento turístico.»³³

A esa potestad de ordenación de los recursos turísticos a través de planes Territoriales sectoriales reconocido en el artículo 51.g de la ley de turismo del País Vasco la Autoridad de competencia vasca recordó en su informe que a la hora de diseñar los concretos instrumentos de planificación turística debe realizarse el análisis previo de necesidad proporcionalidad y mínima distorsión. Esta exigencia queda recogida en diversos apartados del mismo, siendo destacable el punto 52 de dicho informe por indicar que deberán evitarse

quier clase y categoría de suelo, contener o no ordenación, ser promovidos por iniciativa pública o privada y realizar operaciones de gran entidad territorial, que condicionan —en realidad, se imponen— al planeamiento, pues es obligado integrar sus determinaciones en el planeamiento territorial y urbanístico que resulte afectado (artículo 10.6, Ley 14/2019, de 25 de abril, de ordenación territorial de la actividad turística en las islas de El Hierro, La Gomera y La Palma.); se configuran teniendo en cuenta los Proyectos de interés insular o autonómico, pero tienen incluso más potencia, pues no se aprecian los límites que en relación con estos prevé el artículo 123.4 de la Ley 4/2017, de 13 de julio, del Suelo y de los Espacios Naturales Protegidos de Canarias. Sarmiento Acosta, M.J., «Las normas especiales y ampliatorias de los usos en el suelo rústico por razón del turismo en las “Islas Verdes” de Canarias», Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación n.º 44/2020, parte Estudios (consulta online).

³² F.J Segundo.

³³ F.J. Tercero. Esta sentencia resuelve el recurso contencioso administrativo interpuesto por la CNMC al decreto 3/2017, de 16 de febrero, por el que se regulan los establecimientos de alojamiento en la modalidad de vivienda de uso turístico en la Comunidad de Castilla y León que impone restricciones de diversa naturaleza a las viviendas de uso turístico y son analizadas estimando algunas de las argumentaciones previas de la CNMC.

restricciones en los usos del suelo como, por ejemplo, el establecimiento de distancias mínimas entre tipologías de uso o entre competidores o el número máximo de establecimientos de determinadas características cualquier restricción en el uso del suelo debería estar justificada en la consecución de un objetivo de interés general y realizarse a través de una medida proporcionada y no discriminatoria³⁴.

Actualmente uno de los grandes problemas que afrontan las normativas turísticas es la intervención de las corporaciones locales y su tendencia a regular sobre la premisa de que la cesión de uso vacacional de una vivienda es asimilable al uso terciario hotelero. Por ello hay una tendencia a aplicar por analogía el citado uso terciario cuando la vivienda sigue manteniendo un uso residencial que la caracteriza y no se pierde (corrientes a favor de lo contrario sostienen que las viviendas vacacionales no ofrecen alojamiento estable y permanente, sino temporal)³⁵; El escenario se complica pues en muchas ocasiones los planes generales y las normativas básicas originarias no lo han tenido en cuenta ya que no han previsto expresamente el uso de vivienda turística³⁶. Ello nos lleva a recordar que la interpretación de las normas debe atender a los principios de derecho, la relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas atendiendo al espíritu de la norma. A pesar de ello las interpretaciones y revisiones recientes van en contra del principio *favor libertatis*³⁷ que impone que los actos de intervención deberán ser los menos restrictivos

³⁴ Punto 52 página 28 del Informe al anteproyecto de ley de turismo de Euskadi <http://www.competencia.euskadi.eus/contenidos/informacion/informes/es_informes/Informe%20al%20Anteproyecto%20de%20Ley%20de%20Turismo%20de%20Euskadi.pdf>

³⁵ En este sentido se pronuncia la Sentencia del TSJ de Asturias de 19 de noviembre de 2018 que sustenta su criterio sobre las siguientes premisas: Dentro de la misma categoría, se encontraría el uso residencial continuo y uso residencial turístico; Distinta naturaleza, funcionalidad y régimen jurídico de las VUT con respecto a los establecimientos hoteleros; La vivienda que se destina a alojamiento turístico temporal no pierde por ese hecho su carácter residencial; La consideración de alojamiento turístico no excluiría la posible consideración de domicilio a efectos de recabarse autorización judicial para entrar en el mismo. Sobre entradas en establecimientos de alojamiento devien fundamental lo establecido en STC 10/2002, 17 de enero de 2002 (BOE n.º 34 de 8 de febrero de 2002) caso Hotel Macarena Sol Sevilla, que analiza la derogación del artículo 557 de la LEcrim, que permitía la entrada y registros de las habitaciones en hoteles, hostales y alojamientos turísticos.

³⁶ Comentando los debates sobre la configuración y conveniencia de ese uso terciario García Rubio, F. «El papel de la administración ante el turismo de plataformas» en AA.VV (director Franch Fluxà, J.) *Economía de plataformas: retos y normativa*, Atelier, Barcelona, 2020, págs. 101 y ss.

³⁷ Muy a menudo se olvida una premisa que es «de manual»: «la libertad es la regla; la limitación es, en cambio, la excepción, que, como tal, han de interpretar restrictivamente»

de la libertad individual. Es notorio que dicho principio es común y basilar y se encuentra en el artículo 84 de la Ley 7/1985, de 2 de abril reguladora de las bases del régimen local y también en el ya citado artículo 4 de la Ley 40/2015 de 1 de octubre del régimen jurídico del sector público.

En cuanto al test exigido por el principio de buena regulación debe recordarse que no serán las patronales ni los afectados los que deben soportar la carga de la prueba para justificar su disconformidad, sino que son las propias administraciones las que deben probar que la necesidad y proporcionalidad de sus medidas quedan debidamente justificadas y motivadas. Al respecto podemos mencionar la Sentencia del TJUE, de 11 de diciembre de 2014 (asunto C-576/13, Comisión contra Reino de España) que indica: «Según jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, las restricciones a la libertad de establecimiento que sean aplicables sin discriminación por razón de nacionalidad pueden estar justificadas por razones imperiosas de interés general, siempre que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y no vayan más allá de lo que es necesario para alcanzar dicho objetivo (véanse, entre otras, las sentencias Comisión/Austria, C 356/08, EU:C:2009:401, apartado 42, y Comisión/Francia, EU:C:2010:772, apartado 50).

A este respecto, y contrariamente a lo que mantiene el Reino de España, no corresponde a la Comisión sino a las autoridades nacionales competentes demostrar, por un lado, que su normativa es necesaria para alcanzar el objetivo que persigue, y, por otro lado, que se ajusta al principio de proporcionalidad (véanse, en este sentido, las sentencias Comisión/Finlandia, C 54/05, EU:C:2007:168, apartado 39, y Comisión/Portugal, C 438/08, EU:C:2009:651, apartado 47).»

La primacía del derecho comunitario debe quedar muy clara tal como interpretó el Tribunal Constitucional en la Sentencia 145/2012 de 2 de julio que ratificó la primacía del Derecho comunitario como técnica o principio normativo destinado a asegurar su efectividad, reconociendo esa primacía de las normas del ordenamiento comunitario, originario y derivado, sobre el interno.

Dichas medidas urbanísticas —que a menudo consideramos, como mínimo, restrictivas— contienen en su esencia criterios de planificación económica que persiguen una regulación de la oferta del alojamiento turístico³⁸,

te». Vid. García de Enterría, E y Fernández, T.R. *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Thomson Reuters, Madrid, volumen II, 15.^a ed., 2017, pág. 142.

³⁸ Atendiendo al contenido de la sentencia del Tribunal de Justicia la Unión Europea de 24 de marzo de 2011, Comisión Europea vs Reino de España (asunto C-400/08) Román apunta sobre determinados planes especiales que han sido controvertidos: «en mi opinión parece claro que este tipo de planes no responden a la finalidad propia de la planificación urbana, cual es la ordenación arquitectónica de los espacios de la ciudad y las condiciones para su transformación y desarrollo, sino que contiene importantes implicaciones económicas que trascienden a la materia urbanística. La única finalidad de estos planes es regular una determinada actividad económica, por lo que su naturaleza como instrumento urbanístico

con lo que podría criticarse que los poderes públicos han obviado que tanto nuestro Tribunal Supremo como Tribunal de Justicia Europeo sostienen que no es admisible una planificación de la oferta comercial fundada en factores económicos o comerciales.

Si bien no puede negarse, como ocurre en cualquier otra actividad económica que el turismo pueda presentar externalidades negativas³⁹; de este modo, es fundamental tener claro —máxime si hablásemos de prohibiciones radicales— que los medios a disposición de la administración para conseguir determinados objetivos deben provocar la menor distorsión sobre el mercado y la competencia⁴⁰. En otras palabras, nuevamente debemos reiterar que la administración debe optar por la medida menos gravosa, que implica que esta satisfice los requisitos de idoneidad y de menor intervención para el fin perseguido.

IV. LA NORMATIVA DE VUT COMO EJEMPLO DE LIMITACIÓN DE LA COMPETENCIA EN EL ÁMBITO TURÍSTICO

Una de las funciones de los poderes públicos es velar por el desarrollo de una competencia efectiva que permita la entrada de nuevos operadores. Por

debe ser puesto en entredicho a los efectos de su exclusión de la Directiva de Servicios, por más que su existencia pueda estar justificada para sus redactores en razones como la supuesta incompatibilidad relativa a los usos del suelo entre la actividad de alojamiento turístico y el uso residencial de las viviendas, o en la protección del derecho fundamental a una vivienda digna». Vid. Román Márquez, A. «Planificación urbanística del turismo: la regulación de las viviendas de uso turístico en Madrid y Barcelona». *Revista De Estudios De La Administración Local Y Autonómica*, (10), 2018, pág. 27 <https://doi.org/10.24965/reala.v0i10.10566>

³⁹ Sobre las distintas externalidades que genera la comercialización de estancias en las plataformas vid. Hinojo González, P. «La promoción de la competencia en el turismo colaborativo en la era digital» en AA.VV (director Franch Fluxà, J.) *Economía de plataformas: retos y normativa*, Atelier, Barcelona, 2020, págs. 149 y ss.

⁴⁰ Como indica el TSJ de las Illes Balears en su Sentencia n.º 486/2021, de 10 de septiembre de 2021 respecto a la zonificación de Palma donde se prohíbe la comercialización de estancias en viviendas plurifamiliares: «Las finalidades públicas perseguidas pueden obtenerse a través de medios menos radicales, algunos de ellos ya positivizados. La prohibición, lógicamente, constituye la última de las soluciones posibles a los efectos nocivos que la Administración demandada trata de evitar y atajar. El libre ejercicio de la actividad turística debe conjugarse con los intereses generales, y en esta interconexión pueden adoptarse decisiones administrativas que deben ser proporcionales, idóneas y necesarias para la colectividad. La prohibición absoluta de la comercialización de ETH en edificios plurifamiliares no aparece como ponderada con las finalidades alegadas por el Ayuntamiento, el cual, bajo el escudo de la normativa comunitaria, estatal y autonómica, ostenta competencias en materia de protección del medioambiente, la convivencia, la ordenación de su territorio y el diseño del mismo, y en ejercicio de estas atribuciones puede hacer uso de sus potestades, entre ellas, la reglamentaria destinada a regular un marco de gestión de las actividades económicas que repercuten en tales ámbitos de interés general.» (F.J. Séptimo).

lo tanto, la administración debe actuar en el mercado siempre que sea acreditada la existencia de fallos de mercado y que estos puedan afectar a razones imperiosas de interés general. Gracias a la competencia se permite reasignar los recursos productivos a favor de los operadores y técnicas más eficientes⁴¹. La eficiencia productiva se traduce en un mayor beneficio de los consumidores en forma de precios o de un aumento de la cantidad y calidad de los productos provocando un mayor bienestar colectivo. La protección del mercado conforme al artículo 38 corresponde a los poderes públicos que velarán por su garantía y protección. Para ello resulta basilar la imposición impuesta en el artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia, que con carácter general *«prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional»*.

Ello impone, según hemos explicado, que en la elaboración y aprobación de normas —a cualquier nivel de producción normativa— las administraciones deban tener en cuenta, junto a otros intereses, la necesidad de garantizar el funcionamiento competitivo de los mercados y, para ello, se establecen los principios de regulación económica efectiva. Por lo tanto, debe criticarse que sea el propio sector público el que a través de sus potestades regulatorias introduzca restricciones injustificadas a la competencia.

En el ámbito de las viviendas vacacionales se ha producido un giro radical de la competencia desleal hacia la defensa y promoción de la competencia. Los primeros debates y pasos normativos se estructuraron a partir de la erradicación de la competencia desleal y el intrusismo que ilustra la reforma de la LAU en 2013⁴². A partir de este momento fueron añadiéndose otros elementos para la intervención como, por ejemplo, la protección de los consumidores mediante unos mínimos de calidad y seguridad y que ha propiciado la existencia y creación un registro de actividades turísticas y un censo de viviendas turísticas como ocurre en Andalucía o el Principado de Asturias o Madrid⁴³.

⁴¹ En este sentido y analizando la trascendencia social y económica de la promoción de la competencia. Canedo Arrillaga, M. P. «Poderes públicos y competencia. En busca del efecto útil del Derecho de competencia», Cuadernos de derecho transnacional, Vol. 12, n.º 2, 2020, págs. 226-253.

⁴² Véase la exposición de motivos y el artículo 5 apartado e) tras la reforma por Ley 4/2013, de 4 de junio, de flexibilización y fomento del mercado de alquiler de viviendas. Para más detalle González Jiménez, P. M. «La oferta de viviendas de uso turístico a través de plataformas colaborativas: reflexiones desde el derecho de la competencia desleal», en Revista de Estudios Europeos, n.º 70, julio-diciembre, 2017, págs. 111-126.

⁴³ Sobre las principales restricciones existentes en Madrid y Barcelona, vid. Vid. Román Márquez, A. «Planificación urbanística del turismo: la regulación...», ob. cit. pág. 36 y ss.

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia⁴⁴, en adelante CNMC, ya en marzo de 2016, tras el trabajo que establece las Conclusiones preliminares sobre los nuevos modelos de prestación de servicios y la economía colaborativa propone una serie de recomendaciones que, lamentablemente, son aplicables a la reacción normativa que en los últimos años están consolidando y aplicando las corporaciones locales y ayuntamientos o las propias CCAA⁴⁵. Entre estas recomendaciones podemos destacar: la aplicación de los principios de regulación económica eficiente por parte de las administraciones públicas en la regulación sectorial y horizontal (como pueden ser impuestos o cotizaciones sociales), mayores libertades en el ejercicio de la actividad de alquiler de las viviendas de uso turístico, seguimiento estadístico de la modalidad de alojamiento en viviendas de uso turístico, mayor libertad de acceso al mercado de viviendas de uso turístico.

En este documento subraya que es importante actuar solamente cuando exista un fallo de mercado que requiera intervención pública para salvar una razón imperiosa de interés general y en el caso de que dicha intervención esté justificada se someta a los principios de necesidad y proporcionalidad. Las medidas que dificulten la mayor eficiencia del mercado son contrarias al interés general y deben ser removidas para incrementar el bienestar social (obviamente, es probable que este tipo de medidas incorporen restricciones de entrada o afecten al ejercicio de una determinada actividad).

En el Informe de la CNMC sobre viviendas turísticas (2018) se resalta que la zonificación es una restricción que consiste en establecer limitaciones o incluso prohibir la implantación de viviendas de uso turístico en determinadas zonas o barrios de la ciudad situados en el centro histórico o alrededores y caracterizados por un número elevado de alojamientos turísticos por la afluencia de turistas en esas zonas el hecho que se impongan barreras de entrada a nuevos operadores al mercado en las zonas turísticas refuerza el poder de mercado en los operadores inconvenientes, es decir, ya instalados (la oferta hotelera). Debe quedar muy claro que cuando se pone una barrera

⁴⁴ Sobre las funciones y actuaciones de la CNMC (impugnación e informes económicos en legitimación activa) puede consultarse el capítulo (centrado en el sector transporte) elaborado por quien fuera Director del Departamento de Promoción de la Competencia Antonio Maudes. Vid. Maudes, A. «La aplicación de los principios de regulación económica eficiente al transporte colaborativo. El papel de la CNMC» en AA.VV. (editores Boix A./De la Encarnación A.M./Doménech G.) *La regulación del transporte colaborativo*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017, págs.45 y ss.

⁴⁵ Han quedado completamente superados los debates sobre la regulación o no de lo que en su momento se calificaba como economía colaborativa y que actualmente engloba gran parte de esta comercialización onerosa de estancias en viviendas. Para más detalle vid. AA.VV. (directores Alonso Sánchez, R. y Valero Torrijos, J.) *Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital*, Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor, 2017.

de entrada por parte de la administración el mercado se resiente ya que ello implica precios más elevados para los consumidores menores incentivos a la eficiencia, la inversión, la innovación, la calidad del servicio y todo ello, al final, repercute en la calidad y la competitividad del destino turístico en el que se aplican estas medidas⁴⁶.

Muy vinculado al tema de la priorización de derechos o intereses —tanto en juego como contrapuestos— debemos tener en cuenta el ya citado Informe 19 de julio de 2018 CNMC establece claramente las externalidades positivas atribuibles a las VUT: efectos pro competitivos derivados del incremento de la oferta que provoca una reducción del precio medio del mercado y mejora de la calidad ofertada; incremento de la variedad de opciones de alojamiento turístico disponibles; mayor información disponible para los usuarios debido a las plataformas y a los sistemas de valoración que incorporan; generación de rentas a favor de particulares permitiéndose la democratización y acceso a la actividad turística como fuente de ingresos; modernización de barrios del centro de las ciudades por adecuación y mantenimiento de las viviendas para poder ser ofertadas para uso turístico; trazabilidad y mayor transparencia en las transacciones económicas fruto de los medios de pago y el uso de las plataformas de intercambio.

Como hemos expuesto, una de las cuestiones más controvertidas y que ha generado diversas actuaciones de la CNMC es la relación entre las normas urbanísticas y el acceso a la actividad⁴⁷. A pesar de la aparente exclusión de las normas urbanísticas del ámbito de aplicación de la Directiva de servicios se extiende el ámbito de aplicación de la directiva de servicios a cualquier instrumento formalmente urbanístico que desde un punto de vista material contenga una regulación económica que afecta directamente al acceso económica que afecta directamente al acceso y ejercicio de actividades de carácter económico que deben realizarse en competencia y que por tanto, no están excluidos de la Directiva de servicios⁴⁸.

Finalmente conviene indicar que las restricciones se han centrado y concretado principalmente en determinadas tipologías de alojamiento⁴⁹. En el

⁴⁶ Vid. E/CNMC/003/18: Estudio sobre viviendas de uso turístico en la web de la CNMC <<https://www.cnmc.es/expedientes/ecnmc00318>> especialmente en sus páginas 50 a 56.

⁴⁷ Uno de los últimos ejemplos es Informe económico sobre las restricciones a la competencia incluidas en el plan especial de hospedaje del Ayuntamiento de Madrid —LA/05/2019 que ha sido estimado parcialmente por el TSJ de Madrid en 2021. Ambos se pueden consultar en <<https://www.cnmc.es/expedientes/la052019>>.

⁴⁸ Conclusiones que se extraen de la lectura del considerando 9 de la Directiva y lo establecido en el punto 2.3.2 del Manual sobre la transposición de la directiva de servicios en la página 15 de este Manual. <<https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/a4987fe6-d74b-4f4f-8539-b80297d29715>>

⁴⁹ Siguiendo la sistematización realizada por la CNMC podríamos diferenciar entre: a) *restricciones especialmente graves* como la prohibición de licencias para viviendas

caso de las (grandes) ciudades por ser la más común y extendida la discusión se ha centrado en los pisos turísticos que radican en edificios plurifamiliares, es decir, fincas sometidas al régimen de propiedad horizontal. Su comercialización ha sido constantemente debatida y la razón principal debe atender a un criterio de igualdad ya que ha sido limitada o prohibida desde el momento inicial en el que se desarrolla y aprueba la regulación de esta materia. La expulsión del mercado de las viviendas de tipología plurifamiliar, ya sea de manera radical o bien limitada a determinadas plantas o por algunos requisitos de morfología edificatoria (entrada independiente) comportan una restricción adicional, probablemente insalvable, para los nuevos operadores que quieran ofertar una vivienda residencial para estancias turísticas en edificios⁵⁰.

A modo de preámbulo del siguiente apartado debemos citar un informe de la CNMC previo a la expansión de las viviendas vacacionales donde se abordaba la zonificación del suelo. Ya en el Informe E-2012-01 de la CNC *Problemas de competencia en el mercado del suelo en España* se extraen las siguientes conclusiones sobre la zonificación:

- a) No constituye un mecanismo suficientemente eficaz para corregir determinadas externalidades.
- b) Puede llevar a una provisión ineficiente de bienes públicos.
- c) Limita de forma considerable la competencia en el mercado del suelo.

V. LA ZONIFICACIÓN TURÍSTICA COMO TÉCNICA RESTRICTIVA

Antes de centrarnos en los aspectos más turísticos conviene recordar que existe una conexión directa entre la zonificación y el derecho a la propiedad

turísticas, la aplicación de moratorias y zonificación de ciudades, el establecimiento de cupos por zonas, la prohibición de alquilar habitaciones, la limitación de la duración de la estancia, el establecimiento de tamaños mínimos o la regulación de los precios de los alquileres; b) *requisitos y obligaciones que suponen una carga* para los titulares de viviendas, tales como las exigencias de equipamiento y servicios mínimos —climatización, wifi, asistencia telefónica o placas distintivas—, los regímenes de autorización previa o la exigencia de comunicación de precios a la Administración.

⁵⁰ Como ocurre en el Plan Especial de Hospedaje del Ayuntamiento de Madrid validado por el TSJ de Madrid en Sentencia n.º 10/2021, de 14 de enero de 2021, o en la aprobación provisional de la modificación puntual del Plan General de Ordenación Urbana de San Sebastián 25 de marzo de 2019 publicada en el Boletín Oficial de Gipuzkoa, finalmente rechazada por el TS mediante fecha el 21 de enero, contra el recurso de casación 2250/20, referido a la ‘Aprobación definitiva de la ordenanza reguladora del uso de vivienda turística y de alquiler de habitaciones de vivienda habitual para uso turístico’.

en el art. 11.1 del RDL 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana⁵¹: *El régimen urbanístico de la propiedad del suelo es estatutario y resulta de su vinculación a concretos destinos, en los términos dispuestos por la legislación sobre ordenación territorial y urbanística.*”

El binomio urbanismo-turismo es una tendencia que queda patente en normativas turísticas como las de las Islas Baleares que se remiten a las normas de ordenación territorial. Así el artículo 5 establece que conforme a la Ley 14/2000, de 21 de diciembre, «los planes de intervención en ámbitos turísticos (PIAT) son planes directores sectoriales cuyo objeto es el de regular el planeamiento, la ejecución y la gestión de los sistemas generales de las infraestructuras, los equipamientos, los servicios y las actividades de explotación de recursos en el ámbito de la ordenación turística.»⁵²

Para justificar el interés general de la actuación y políticas urbanísticas se entiende que esta planificación se destina a garantizar la calidad de vida de la ciudadanía y también el desarrollo sostenible de las urbes. Esos ejes estructurales se insertan modernamente dentro de una concepción de desarrollo sostenible que se manifiesta en hitos como los establecidos en el artículo 3.3 a) del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana cuando se manifiesta que los poderes públicos «posibilitarán el uso residencial en viviendas constitutivas de domicilio habitual en un contexto urbano seguro, salubre, accesible universalmente, de calidad adecuada e integrado socialmente, provisto del equipamiento, los servicios, los materiales y productos que eliminan o, en todo caso, minimicen, por aplicación de la mejor tecnología disponible en el mercado a precio razonable, las emisiones contaminantes y de gases de efecto invernadero, el consumo de agua, energía y la producción de residuos, y mejoren su gestión». En esta misma norma marco también se impone que el suelo vinculado a un uso residencial por la ordenación territorial y urbanística esté al servicio de la efectividad del derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada en los términos que disponga la legislación en la materia⁵³.

⁵¹ Concretamente se afirma: *1. El régimen urbanístico de la propiedad del suelo es estatutario y resulta de su vinculación a concretos destinos, en los términos dispuestos por la legislación sobre ordenación territorial y urbanística.*

⁵² En la Ley 14/2000 de ordenación territorial balear los Planes Directores Sectoriales son uno de los tipos de instrumentos contemplados en el artículo 3 y se definen en el artículo 11 (naturaleza y clases) como aquellos instrumentos de ordenación y planificación que tienen por objeto regular la incidencia territoriales de las diferentes políticas sectoriales.

⁵³ El art. 3.4 del Texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana (TRLR-U) exige la necesidad de garantizar que el suelo vinculado a un uso residencial se ponga al servicio de la efectividad del derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada.

La expresión turistificación (de las ciudades) ha venido a englobar todas las externalidades y efectos negativos que puede generar la actividad turística sobre todo cuando se consolida en entornos urbanos frente a las zonas costeras destinadas tradicionalmente al turismo⁵⁴. Entre los argumentos más manidos a la hora de desprestigiar la actividad turística en términos de sostenibilidad ambiental suelen alegarse los consumos de agua y la generación de residuos, entendiéndose que son superiores en el caso de los turistas frente a los residentes sobre la premisa de que estos no son tarifados o cobrados aparte y son asumidos con independencia del volumen por los empresarios turísticos de alojamiento.

La expulsión de la población residente, fenómeno que se ha denominado gentrificación, y la dificultad creciente que tiene para acceder a la vivienda es considerado uno de los problemas de primer orden que se debe afrontar pues se entiende que el destino turístico de las viviendas afecta el equilibrio del mercado de la vivienda, que deriva en un escenario de tensión económica y financiera por el hecho de ser un activo económico y estar sometido a la burbuja inmobiliaria y la especulación⁵⁵. Si en la década anterior el acceso a los préstamos hipotecarios pudo afectar seriamente a este mercado ahora las maldades se sitúan en alquiler turístico ya que el parque de viviendas y la demanda residencial se verían afectados por dicha comercialización.

Respecto al alcance de la propiedad privada se discute si este es un derecho potencialmente ilimitado o bien un derecho que debe entenderse sometido

⁵⁴ Boix Palop, A. «Economía colaborativa para el desarrollo local». En M. R. Alonso Ibáñez (dir.), *La sostenibilidad socioeconómica de las ciudades: estudios jurídicos*, Tirant lo Blanch, 2018, pág. 382 y ss.

⁵⁵ Se ha convertido en un hito fundamental sobre este aspecto la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 22 de septiembre de 2020 *Cali Apartments SCI y HX contra Procureur général près la cour d'appel de Paris y Ville de Paris* (asuntos acumulados C-724 y 728718). De manera contundente el apartado 75 expresa: «Habida cuenta de las anteriores consideraciones, procede responder a las cuestiones prejudiciales tercera y cuarta que el artículo 9, apartado 1, letras b) y c), de la Directiva 2006/123 debe interpretarse en el sentido de que una normativa nacional que, en aras de garantizar una oferta suficiente de viviendas destinadas al arrendamiento de larga duración a precios asequibles, somete determinadas actividades de arrendamiento a cambio de una remuneración de inmuebles amueblados destinados a vivienda a clientes de paso que no fijan en ellos su domicilio, efectuadas de forma reiterada y durante breves períodos de tiempo, a un régimen de autorización previa aplicable en determinados municipios en los que la tensión sobre los arrendamientos es particularmente acusada está justificada por una razón imperiosa de interés general como la lucha contra la escasez de viviendas destinadas al arrendamiento y es proporcionada al objetivo perseguido, dado que este no puede alcanzarse con una medida menos restrictiva, en particular porque un control *a posteriori* se produciría demasiado tarde para ser realmente eficaz.» Sobre la idoneidad de las medidas adoptadas a tales efectos por los poderes públicos competentes (apartados 87 a 90).

a la función social y desde el prisma del derecho público; por lo tanto, condicionado a los límites definidos por las normas urbanísticas y donde se utilizan como instrumento los planes de ordenación⁵⁶. Las visiones más intervencionistas entienden que normas y planes no recortarían un derecho que inicialmente tiene una extensión mayor, sino que su cometido es definir cuál es la extensión de dicho derecho al precisar sus fronteras en función de la calificación y clasificación urbanística de las parcelas o los terrenos. Todo ello ampara que en nuestro sistema la planificación urbanística no da derecho a ningún tipo de indemnización que solo sería otorgable y reconocido en casos de ablación, recorte o privación de potestades previamente reconocidos con mayor extensión en una ley⁵⁷.

Un ejemplo es Illes Balears donde la tipología de alojamiento objeto de este trabajo ha sido el eje para ordenar y solucionar las diversas problemáticas que la comercialización de estancias turísticas y que se entiende pueden colisionar con el derecho al domicilio libre de inmisiones, la planificación urbanística y la ordenación del territorio o la protección del medio ambiente. Sobre la comercialización de estancias en viviendas la Exposición de motivos de la Ley 6/2017, de 31 de julio, de modificación de la Ley 8/2012, de 19 de julio, del turismo de las Illes Balears, relativa a la comercialización de estancias turísticas en viviendas manifiesta: «Debe prestarse especial atención a las repercusiones que esta puede suponer sobre la configuración de los barrios o las zonas donde se concentre la oferta y en la convivencia pacífica en estos; además de la existencia de infraestructuras adecuadas, y, a escala general, en el hecho de evitar una subida de los precios del arrendamiento o de la vivienda, así como en la falta de oferta de esta para la población residente.»

Estas técnicas de zonificación llevadas a cabo por las corporaciones locales tienen tres potenciales efectos que no se deberían olvidar ni obviar: a) una reducción de la oferta real de viviendas de uso turístico y una reducción de potenciales altas que debilita la competencia entre alojamientos turísticos b) consolida las modalidades de alojamiento tradicionales y ello lleva, por lo tanto, a coordinaciones anticompetitivas y a la rebaja de incentivos e inversiones para su mejora c) pérdida de todas las externalidades positivas derivadas de las viviendas vacacionales como puede ser el consumo en comercios de proximidad⁵⁸.

⁵⁶ Los planes tienen una discrecionalidad amplia pero no ilimitada. De manera más extensa en Muñoz Guijosa, M.A., *El derecho de propiedad del suelo. De la Constitución a la ordenación urbana*, Civitas, Madrid, 2009.

⁵⁷ Sobre la discrecionalidad del planeamiento Desdentado Daroca, E. *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico*, Aranzadi, Navarra, 1999

⁵⁸ Sobre los efectos positivos de las estancias en viviendas de uso turístico ya sea en gastos en restaurantes y comercios de proximidad como también de otro tipo de productos

Nos sumamos a la opinión de que las viviendas vacacionales, o de uso turístico, solo deberían y solo pueden implantarse en un edificio destinado a vivienda, por lo tanto, en inmuebles calificados por el planeamiento urbanístico como de uso residencial. La Autoridad de competencia de la Comunidad Valenciana en un informe emitido el 22 de diciembre de 2016 (Informe CDC PROM 14/2015-Viviendas Turísticas) concluyó que el Ayuntamiento de Valencia no debe incluir las viviendas turísticas como uso terciario hotelero en la interpretación y aplicación de sus normas urbanísticas vigentes y menos aún debe modificar dichas normas está ese sentido. Dicho posicionamiento es coherente con lo previamente afirmado en la Sentencia n.º 513/2013 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección 2 Sala de lo Contencioso) donde se afirma: «las viviendas vacacionales turísticas son viviendas normales y corrientes»⁵⁹.

El problema de fondo, mencionado anteriormente, es determinar si los mencionados planeamientos caen o no dentro del ámbito de la Directiva 2006/123/CE. La respuesta solo cabe caso por caso al analizar si las medidas plantean requisitos que afecten al acceso a una actividad de servicios o a su ejercicio o bien requisitos tales como normas relativas a la ordenación del territorio o/y de urbanismo que no regulan o afectan específicamente a la actividad del servicio, pero que tienen que ser respetadas por los prestadores en el ejercicio de su actividad económica, al igual que por los particulares en su capacidad privada. Así lo considera la STS, n.º 779/2021 de 2 de junio de 2021 donde expone que: «de lo actuado en vía administrativa solo se alcanza la preocupación del planificador por abordar la problemática de la viviendas de uso turístico en las ubicaciones de su razón habida cuenta de la preexistencia de los mismos y su concentración, defendiendo un modelo que según los casos detiene su atención en la manzana, en una zona o las zonas establecidas, sin que, además de ello, resulten mayores méritos que pudiesen hacer pensar en una ordenación que traspasase el ámbito de ordenación territorial de usos en que se ubica teniendo en cuenta las preexistencias que concurren»⁶⁰.

pueden consultarse los distintos barómetros del alquiler vacacional en España elaborados por la Universidad de Salamanca y Homeaway y que están disponibles en la página web de esta última plataforma dejando constancia, año tras año, del ascendente y positivo efecto de este fenómeno sobre las economías locales.

⁵⁹ F.J. Segundo.

⁶⁰ F.J. Primero (in fine). En este fallo se considera la vulneración Directiva de Servicios en los siguientes mecanismos por el Plan especial de Barcelona para las viviendas turísticas: se vulnera por la imposición de los siguientes requisitos para el ejercicio de dicha actividad: una densidad máxima de viviendas de uso turístico limitadas a las existentes [artículo 11.2º.b), 12.2º.c); 13.2º.c) y 14.2º.c)], en relación con el artículo 17]; el decrecimiento de habilitaciones de viviendas de uso turístico en determinadas zonas específicas [artículo 11.2º.c) y 14.2º.c)]; la prohibición de implantar viviendas de uso turístico en entidades con usos de viviendas a fecha 1 de julio de 2015 [artículos 7.1º.d), 12.2º.b) y

Por lo tanto, lo que resulta relevante es la naturaleza de la regulación que contengan ese instrumento o normativa urbanística. Por lo tanto, si esta pudiera tener un carácter económico o comercial la directiva de servicios resultará de aplicación. En nuestra opinión cualquier plan especial, cualquier zonificación, contendrá una regulación específica económica si: a) determina qué tipo de viviendas pueden desarrollar la actividad propia de las viviendas de uso turístico (por ejemplo quede limitado a una concreta tipología); b) establezca o imponga una barrera de entrada al mercado totalmente injustificada que impida que los titulares de las viviendas pueden desarrollar una determinada actividad; c) que para la elaboración de dicha zonificación se tengan en cuenta razones económicas.

Tanto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea como el Tribunal Supremo han confirmado que si bien los instrumentos de planificación urbanística se fundamentan en principios y legislación urbanísticas ello no impide que le sean de aplicación las normas europeas y nacionales relativas al libre acceso a la actividad y a su ejercicio cuando de estos instrumentos se deriven restricciones a estas libertades⁶¹.

Conviene destacar también por su influencia en posteriores fallos de la Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 30 de enero de 2018 *College van Burgemeester en Wethouders van de gemeente Amersfoort contra XBV y Visser Vastgoed Beleggingen BV contra Raad van de gemeente Appingedam* (asuntos acumulados C-360/15 y C-31/16)⁶² en la que se declara la aplicabilidad de la directiva de servicios a normas de carácter urbanístico en la medida en que éstas tengan por objeto determinar zonas en las que se puede ejercer una actividad y se dirige a las personas que pretenden desarrollarlas. Este dilema se plantea en muchas de las medidas que se han adoptado en nuestro país con el fin de limitar la actividad turística a través del urbanismo⁶³.

13.2º.b) del Plan] y en la fijación del índice del 1,18 por 100 de densidad máxima de viviendas de uso turístico por manzana en determinadas zonas [artículos 12.2º.d), 13.2º.d) y 16 del Plan Especial aprobado]

⁶¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de junio de 2002, Comisión de las Comunidades Europeas contra República Portuguesa (Asunto C-367/98) o Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 24 de marzo de 2011, Comisión Europea contra Reino de España (Asunto C-400/08).

⁶² Analizada detenidamente por Fernández Torres, J.R. «Planificación urbanística y Directiva de servicios. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea arroja luz», *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación* n.º 42/2018, Tribuna, Parte Estudios, págs. 93-114.

⁶³ A modo de ejemplo la limitación de viviendas turísticas en áreas de la ciudad (áreas de exclusión) con la finalidad de compatibilizar el uso turístico con el espacio urbano y que ya han sido enjuiciadas por Tribunales Superiores de Justicia como las STSJ Catalunya 12 de junio de 2014 (Recurso 425/10) y 12 de junio de 2017 (Recurso 254/13); STSJ País Vasco 29 de enero de 2018.

Dicho fallo consagra que la Directiva de servicios no es contraria a que el acceso a una actividad de servicios se sujete a límites de esta naturaleza, siempre que se cumplan las condiciones de no discriminación, necesidad y proporcionalidad. Por lo tanto, el objetivo de protección del entorno urbano puede constituir una razón imperiosa de interés general que justifique un límite territorial como el controvertido en el litigio principal⁶⁴.

Consideramos fundamental reproducir en este punto lo que manera expresa se afirma en los apartados 123 y 124 del fallo⁶⁵:

«Por consiguiente, la Directiva 2006/123 no debe aplicarse a requisitos que no pueda considerarse que constituyen tales restricciones, puesto que no regulan específicamente ni afectan específicamente al acceso a una actividad de servicios o a su ejercicio, si bien deben ser respetados por los prestadores en el ejercicio de su actividad económica, al igual que por los particulares en su capacidad privada.

(124) Dicho esto, ha de considerarse que las normas controvertidas en el litigio principal, aunque, como se desprende de la resolución de remisión, tengan como finalidad preservar la habitabilidad del centro de la ciudad del municipio de Appingedam y evitar la existencia de locales desocupados en zona urbana en el marco de una política de ordenación del territorio, también tienen como objeto específico determinar las zonas geográficas en las que pueden implantarse ciertas actividades de comercio minorista. Así pues, se dirigen exclusivamente a las personas que pretenden desarrollar esas actividades en dichas zonas geográficas, con exclusión de los particulares en su capacidad privada. Por consiguiente, la Directiva 2006/123 no

⁶⁴ En este sentido también la Sentencia n.º 292/2019, de 11 de junio, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 2ª) del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (recurso 565/2018), que constituye una razón imperiosa de interés general la preservación del derecho a la vivienda de la población afectada por la ordenación así como la protección del entorno urbano.

⁶⁵ En las Conclusiones de 18 de mayo de 2017 el AG Szpunar indicó: «Sin embargo, el considerando 9 no se refleja en ninguna parte de la Directiva en el sentido de que se corresponda con una de las disposiciones (preceptivas). En consecuencia, los ámbitos enumerados en dicho considerando no quedan excluidos *per se* del ámbito de aplicación de la Directiva 2006/123 por el mero hecho de que se mencionen en dicho considerando. Por lo tanto, la Directiva no contiene un ángulo muerto en lo que se refiere a los planes urbanísticos.» (apartado 133).

«En cambio, el considerando 9 no implica que un plan urbanístico esté totalmente excluido del ámbito de aplicación de la Directiva. En efecto, es posible que el plan urbanístico afecte a los prestadores de servicios específicamente. Los límites territoriales (artículo 15, apartado 2) y las autorizaciones para las grandes superficies comerciales (considerando 47) están contempladas expresamente en la Directiva. Además, según lo entiendo, cualquier norma, con independencia de su origen, que tenga por efecto incrementar los costes de establecimiento de los prestadores de servicios, está comprendida en principio en el ámbito de aplicación de la Directiva 2006/123.» (apartado 137).

debe aplicarse a requisitos que no pueda considerarse que constituyen tales restricciones, puesto que no regulan específicamente ni afectan específicamente al acceso a una actividad de servicios o a su ejercicio, si bien deben ser respetados por los prestadores en el ejercicio de su actividad económica, al igual que por los particulares en su capacidad privada.»

En esta línea y acogiendo la doctrina sentada por la recién mencionada sentencia se ha pronunciado el Tribunal Supremo Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª) Sentencia n.º 2259/2016, de 19 octubre, al afirmar:

«Pese a que, como acabamos de señalar, la Directiva 2006/123 proclama que no se aplica respecto de las normas relativas a la ordenación del territorio, urbanismo y ordenación rural, resulta, que la propia Directiva enuncia entre las «razones imperiosas de interés general» que habilitan ciertos regímenes autorizatorios —y, por ende, restricciones—, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, incluida la planificación urbana y rural (considerandos 40 y 56). En este sentido, la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha establecido reiteradamente que todas las medidas nacionales, incluidas por tanto la ordenación del territorio y el urbanismo, que restrinjan el ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado CE únicamente pueden justificarse si reúnen los siguiente cuatro requisitos:

- a) aplicación de manera no discriminatoria,
- b) que estén justificadas por razones imperiosas de interés general,
- c) que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen,
- d) no vayan más allá de lo necesario.»⁶⁶

El TS nos ha recordado recientemente que «cuando la regulación de la libertad de establecimiento de servicios se realiza directamente, como aquí sucede, por el planeamiento urbanístico, la aplicación de la normativa general en materia de libre prestación de servicios que se imponen tanto en la Directiva como en la Ley nacional, tiene la peculiaridad de que debe ser el mismo planeamiento el que debe contener las exigencias que se imponen, tanto para someter la actividad a la previa autorización administrativa, como los requisitos para la concesión de dichas autorizaciones»⁶⁷.

El planeamiento no puede elaborarse al margen de otras normativas y también de las previsiones ya existentes. Un condicionante fundamental lo encontramos en el artículo 75.2 de la LTIB reconoce el carácter residencial de las viviendas de uso residencial si bien es cierto que entiende que la

⁶⁶ F.J. Décimo.

⁶⁷ Sentencia del Tribunal Supremo, n.º 779/2021, de 2 de junio de 2021 en su F.J. Quinto.

turística extraordinaria por lo tanto avala la aplicación de medidas correctoras por parte de los poderes públicos competentes. En este sentido conviene recordar el tenor literal de dicho precepto: «tiene la consideración de zona apta para la comercialización de estancias turísticas en viviendas de uso residencial aquella en que, motivadamente, con las medidas correctoras que se puedan establecer y cumpliendo las previsiones establecidas legalmente o reglamentariamente en materia de vivienda, la administración competente para llevar a cabo la zonificación considere que esta utilización extraordinaria de las viviendas residenciales resulta compatible con el uso ordinario de vivienda que las caracteriza (...)».

Al igual que la normativa balear el vigente decreto andaluz sobre la materia opta por calificarlos de inmuebles situados en el suelo de uso residencial y en ambas legislaciones que el carácter turístico no depende tanto de la calificación del suelo, sino de los medios de comercialización utilizados por los explotadores y que tienen la naturaleza turística⁶⁸.

Canarias, en un concepto de vivienda turístico particularmente amplio, entiende que son aquellas ubicadas en las en el ámbito de la comunidad autónoma que se encuentren edificadas conforme a las normas urbanísticas y cuenten con las preceptivas licencias; se excluyen expresamente del ámbito de aplicación del reglamento ordenador las edificaciones en suelos turísticos que se encuentran dentro de las zonas turísticas o de las urbanizaciones turísticas así como las viviendas ubicadas en urbanizaciones turísticas, urbanizaciones mixtas residenciales turísticas conforme a la ley de renovación y modernización turística canaria.

En muchas ocasiones se han esgrimido por nuestros gobernantes problemas y efectos negativos que no han podido precisarse ni cuantificarse convirtiéndose en meras proclamas políticas que, al final, han vulnerado derechos constitucionales. Es por ello que el propio Tribunal Constitucional⁶⁹, ya

⁶⁸ La ley de turismo balear (LTIB) en su artículo 3.n) es un claro ejemplo de definición absolutamente amplia de canal de oferta turística que se define como: *Todo sistema mediante el cual las personas físicas o jurídicas, directamente o a través de terceros, comercializan, publicitan o facilitan, mediante enlace o alojamiento de contenidos, la reserva de estancias turísticas en viviendas, bien sea por plazos de días o semanas con el límite establecido en el artículo 50 de esta ley, bien sea con prestación de algunos de los servicios previstos en el artículo 51 de la misma.*

Entre otros, las agencias de viajes; las centrales de reserva; otras empresas de mediación u organización de servicios turísticos, incluidos los canales de intermediación a través de internet u otros sistemas de nuevas tecnologías de información y comunicación; las agencias inmobiliarias; así como la inserción de publicidad en medios de comunicación social, cualquiera que sea su tipo o soporte.

⁶⁹ Sentencia n.º 157/2016, de 22 de septiembre, (BOE n.º 263, de 31 de octubre de 2016). Concretamente en su F.J. Noveno.

como doctrina consolidada, exige a los poderes públicos que justifiquen sus actuaciones aportando datos precisos: «Como se afirma en la STC 193/2013, FJ 7, en estos casos el “Tribunal considera necesario que, dado que se trata de una excepción a la regla general de la libertad de acceso a una actividad de servicio como es la distribución comercial, el legislador autonómico aporte razones que justifiquen que los requisitos a que sujeta la localización de ciertos formatos de establecimiento comercial atienden conjuntamente a dichos objetivos de ordenación territorial y protección ambiental, y no a otros que están prohibidos por predominar en ellos connotaciones económicas”. Y la STJUE de 24 de marzo de 2011, *Comisión c. España* (asunto C-400/08) ha establecido que “las razones que pueden ser invocadas por un Estado miembro para justificar una excepción al principio de la libertad de establecimiento deben ir acompañadas de un análisis de la oportunidad y de la proporcionalidad de la medida restrictiva adoptada por dicho Estado miembro, así como de los datos precisos que permitan corroborar su argumentación (véase la Sentencia de 22 de diciembre de 2008, *Comisión/Austria*, C-161/07, Rec. p. I-10671, apartado 36 y jurisprudencia citada).

El alto tribunal expone que para entender que concurren las razones imperiosas de interés general exigidas por la normativa básica estatal con el fin de establecer una restricción al principio de libertad de establecimiento no basta con que el legislador apele a tales razones, sino que es preciso que se aporten en el presente proceso los datos precisos en las que se justifica la adopción de la medida limitativa de acuerdo con tales razones, pues solo en tales casos podrá apreciarse, cuando surge una controversia sobre la constitucionalidad de la medida, que la limitación establecido tiene como finalidad la consecución de fines de interés general que la legitiman.

Ello implica exigir que las memorias justificativas de los instrumentos de planeamiento urbanístico deben encontrar una justificación suficiente sobre las determinaciones fundamentales que establecen, manifestando las razones por las que adoptan las decisiones esenciales contenidas en dicho plan que, además, es una exigencia prevista en el artículo 35 de la Ley 39/2015. La observancia o no de la motivación impuesta (con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho) supondrá la nulidad del instrumento de planeamiento.

En este sentido destacamos por su ingente aportación de doctrina judicial la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña n.º 323/2017, de 29 de mayo, que declara la nulidad de la Modificación del Plan especial de establecimientos de concurrencia pública, hotelería y otras actividades en Ciutat Vella que acogiendo la doctrina del Tribunal Supremo nos recuerda⁷⁰:

⁷⁰ F.J. Segundo.

«En relación con el ejercicio por la Administración de la potestad discrecional en materia de planeamiento urbanístico, tiene declarado la sentencia de 15 de febrero de 2013, dictada en el Recurso de Casación 3128/2010:

En fin, resulta oportuno recordar nuestra jurisprudencia sobre la exigencia de justificación de las determinaciones que el plan alumbra, cuya expresión tiene su sede natural en la memoria del plan. Así, en Sentencia de 23 de marzo de 2012 (recurso de casación n.º 2650/2008) hemos declarado que “Desde antiguo esta Sala viene declarando, por todas, las sentencias dictadas en apelación de 23 de junio de 1997 (recurso de apelación n.º 13058/1991), 27 de diciembre de 1995 (recurso de apelación n.º 5436/1991), y 25 de junio(sic) de 1996 (recurso de apelación n.º 8533/1991), entre otras muchas posteriores, que la memoria ha de contener justificación suficiente sobre las determinaciones fundamentales que establece, exteriorizando las razones por las que adopta las decisiones esenciales contenidas en el plan. Tal justificación es una exigencia en garantía de los intereses generales. En este sentido, la última sentencia citada declara que ‘La Administración al planificar y al modificar no puede actuar con alejamiento de los intereses generales o con falta de motivación debidamente justificada, y siempre con observancia de los principios contenidos en el artículo 103 de la Constitución’”. Igualmente en Sentencia de 30 de Noviembre de 2010 (recurso de casación n.º 5617/2008) señalamos que “Esta Sala se ha pronunciado con reiteración acerca de la necesidad de motivación de los Planes de urbanismo. Así, en la STS de 5 de junio de 1995, Recurso de Apelación n.º 8619/1990 —reiterando lo dicho, entre otras, en las SSTS de 25 de abril, 9 de julio y 20 de diciembre de 1.991, 13 de febrero, 18 de mayo y 15 de diciembre de 1.992—, advertimos sobre el carácter trascendental de la motivación del Planeamiento, declarando que ‘la amplia discrecionalidad del Planeamiento, conjunto normativo emanado de la Administración, con la repercusión que ello puede comportar en la regulación del derecho de propiedad —artículos 33.2 de la Constitución— justifica la necesidad esencial de la motivación de las determinaciones del planeamiento...’; y, en la más reciente STS de 26 de febrero de 2010, RC n.º 282/2006 indicamos que ‘... el control de la discrecionalidad administrativa en el orden urbanístico, ... impone que en el ejercicio de potestad discrecional, como presupuesto de legitimación, se han de explicar las razones que determinan la decisión. Y esta justificación ha de hacerse con criterios de racionalidad expresados en la memoria. Sólo así podremos diferenciar la discrecionalidad de la pura arbitrariedad’” (FJ 8).»

VI. CONCLUSIONES

1. Es una exigencia y función de todos los poderes públicos garantizar el ejercicio de la libertad de empresa conforme establece el artículo

- 38, por lo tanto, la actuación administrativa debe defender el funcionamiento competitivo del mercado y no puede originar una limitación o restricción para dichos mercados. Únicamente puede encontrarse limitada en la potestad de intervención de la Administración Pública mediante normas que disciplinen razonablemente el mercado.
2. A la hora de valorar si una Comunidad Autónoma o un Ayuntamiento pueden limitar, restringir o prohibir el alquiler turístico en determinadas zonas (como ocurre en muchas ciudades y municipios de España) conviene recordar la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de enero de 2018 que indica que la Directiva de servicios no se opone a que el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio se supedita al respeto de un límite territorial de esta índole, siempre que se cumplan las condiciones de no discriminación, necesidad y proporcionalidad enunciadas en su artículo 15, apartado 3. Nos encontramos ante un expreso condicionamiento a los límites de carácter urbanístico o territorial (por ejemplo, mediante zonificaciones), que para ser validados deben cumplir con el test y los principios de buena regulación exigidos por el derecho europeo y también como fundamento de nuestro derecho administrativo.
 3. No es suficiente invocar intereses generales para prohibir, limitar o restringir la prestación de un servicio. La falta de rigor en el cumplimiento e interpretación de las normas europeas y la definición y concreción de las razones imperiosas de interés general por parte de los legisladores autonómicos y municipales para introducir barreras de entrada sobre cualquier actividad económica sin más limitación y control que su propia voluntad implica vulnerar el derecho y la jurisprudencia europea. Como hemos indicado Directiva de servicios y las leyes de transposición que imponen solamente autorizar con carácter previo ante limitaciones por razones justificadas e imperiosas de interés general y nunca atendiendo a objetivos o motivos de planificación económica. Por lo tanto, todas aquellas medidas urbanísticas que meramente encubren razones puramente económicas y de planificación de la oferta de alojamiento deben ser proscritas y declaradas contrarias a nuestro ordenamiento jurídico
 4. En diversas ocasiones y por parte de administraciones radicadas en distintos puntos de nuestro país queda patente que las externalidades negativas que han justificado determinadas medidas restrictivas para el mercado carecen de una documentación probatoria y se tratan de meros juicios de valor. Por lo tanto, es exigible esa tarea de justificación y búsqueda de la adecuación y proporcionalidad ante medidas

que por dichas externalidades puedan restringir el establecimiento de operadores en el mercado o bien disuadirles de hacerlo.

5. Atendiendo a todo lo indicado a lo largo de este artículo podríamos plantearnos si existe una desviación de poder el actuación de los poderes públicos toda vez que a través de un procedimiento de carácter netamente urbanístico pretenden solventarse cuestiones que atañen a otros ámbitos como, por ejemplo, pueden ser los de convivencia y seguridad, políticas de acceso a la vivienda y su promoción pública o planificación de recursos medioambientales y que entendemos deben someterse a otros mecanismos de actuación.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV. (directores Alonso Sánchez R./Valero Torrijos, J.). *Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital* (directores Alonso Sánchez y Valero Torrijos), Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor, 2017.
- (Directores Muñoz, A./Rodríguez, S.). *Aspectos legales de la economía colaborativa y bajo demanda en plataformas digitales*, Bosch, Madrid 2018.
- Boix Palop, A. «Economía colaborativa para el desarrollo local». En M. R. Alonso Ibáñez (dir.), *La sostenibilidad socioeconómica de las ciudades: estudios jurídicos*, Tirant lo Blanch, 2018.
- Canedo Arrillaga, M. P. «Poderes públicos y competencia. En busca del efecto útil del Derecho de competencia», *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 12, n.º 2, 2020, págs. 226-253.
- Desdentado Daroca, E. *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico*, Aranzadi, Navarra, 1999.
- Doménech Pascual, G. «La regulación autonómica y local de las viviendas de uso turístico», en *Anuario de Derecho Municipal* 2017, n.º 11.
- Fernández Torres, J.R. «No todo vale a la hora de controlar las viviendas vacacionales», *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación* n.º 42/2018, Tribuna.
- «Planificación urbanística y Directiva de servicios. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea arroja luz», *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación* n.º 42/2018, Tribuna, Parte Estudios.
- Franch Fluxà, J. «La regulación de la vivienda de uso turístico en Baleares tras las últimas reformas legislativas» en AA.VV. (Directoras González Cabrera, I./Rodríguez M.P.) *Las viviendas vacacionales: entre la economía colaborativa y la actividad mercantil*, Dykinson, Madrid, 2019.
- Fuentes-Lojo Rius, A. «Problemática del propietario múltiple en la adopción de acuerdos comunitarios», *Diario La Ley*, N.º 9539, 18 de diciembre de 2019, Editorial Wolters Kluwer.
- García Rubio, F. «El papel de la administración ante el turismo de plataformas» en AA.VV (director Franch Fluxà, J.) *Economía de plataformas: retos y normativa*, Atelier, Barcelona, 2020.
- García de Enterría, E. y Fernández, T.R. *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Thomson Reuters, Madrid, volumen II, 15.ª ed., 2017.

- González Jiménez, P. M. (2017). «La oferta de viviendas de uso turístico a través de plataformas colaborativas: reflexiones desde el derecho de la competencia desleal», en Revista de Estudios Europeos, n.º 70, julio-diciembre, 2017.
- Goñi Rodríguez de Almeida, M. «El alquiler vacacional como actividad molesta en la comunidad de propietarios», Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, n.º 765, enero, 2018.
- Gordillo Pérez, L. I./Rodríguez Ortiz, F. *Constitución económica y gobernanza económica de la UE*, Thomson-Aranzadi, Madrid, 2019.
- Hinojo González, P. «La promoción de la competencia en el turismo colaborativo en la era digital» en AA.VV. (director Franch Fluxà, J.) *Economía de plataformas: retos y normativa*, Atelier, Barcelona, 2020
- Jiménez Soto I. «Ordenación de los servicios turísticos: competencias administrativas y unidad de mercado» en AA.VV. Vandelli, L./Font i Llovet T.) *Ordenación jurídico-administrativa del Turismo*, Atelier, Barcelona, 2018.
- Maudes, A. «La aplicación de los principios de regulación económica eficiente al transporte colaborativo. El papel de la CNMC» en AA.VV. (editores Boix A./De la Encarnación A.M./Doménech G.) *La regulación del transporte colaborativo*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017.
- Muñoz Guijosa, M.A., *El derecho de propiedad del suelo. De la Constitución a la ordenación urbana*, Civitas, Madrid, 2009.
- Rey Martínez, F. *La propiedad privada en la Constitución española*, Colección Estudios Constitucionales, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1994.
- Román Márquez, A. «Planificación urbanística del turismo: la regulación de las viviendas de uso turístico en Madrid y Barcelona». Revista De Estudios De La Administración Local y Autonómica, (10), 2018.
- Rodríguez González, M.P. «Algunos aspectos cuestionables de la regulación actual de las viviendas vacacionales en Canarias, que evidencia la necesidad de su revisión» en AA.VV. (Directoras González Cabrera I./Rodríguez M.P.) *Las viviendas vacacionales: entre la economía colaborativa y la actividad mercantil*, Dykinson, Madrid, 2019.
- Sarmiento Acosta. M.J. «Las normas especiales y ampliatorias de los usos en el suelo rústico por razón del turismo en las “Islas Verdes” de Canarias», Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación n.º 44/2020, parte Estudios.
- Serrano García, M. «La ordenación legal de los establecimientos de apartamentos turísticos en Andalucía». Revista Internacional de Turismo, Empresa y Territorio, 4 (2), 2020.

DERECHO A LA VERDAD Y CÁNONES DE VERACIDAD

Right to the truth and canons of veracity

Ana Galdámez Morales

Contratada predoctoral FPU, Departamento de Derecho Constitucional
de la Universidad de Sevilla

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-69\(2\)-2021pp77-110](http://dx.doi.org/10.18543/ed-69(2)-2021pp77-110)

Recibido: 23.11.2021

Aceptado: 13.12.2021

Resumen

Que el hecho narrado se ajuste a la verdad —a la realidad— resulta indiferente; lo esencial de cara a la protección constitucional de la información —además de la relevancia pública— es que se respete el límite de la veracidad. Un concepto que ha quedado obsoleto en el contexto de la comunicación digital y requiere de una reformulación conforme a las circunstancias de nuestro presente. En este sentido, el perfil de quien ejerce el derecho resulta determinante: no es posible aplicar el mismo concepto de veracidad a la redacción de un periodista —profesional de los medios de comunicación, sujeto a un deber de diligencia— que al discurso que un ciudadano publica en sus redes sociales. Ha cambiado el paradigma comunicativo y, con él, deben hacerlo las categorías jurídicas y los parámetros normativos que manejamos. Partiendo de esta premisa, el presente trabajo ha sido elaborado en clave propositiva para sugerir el tránsito desde el concepto clásico de veracidad, hacia un abanico integrado por diversos cánones de veracidad.

Palabras clave

Verdad; veracidad; posverdad; libertad de información; opinión pública.

Abstract

It is not important that the fact of the news corresponds to the truth —to reality—. The essential thing for the constitutional protection of information —apart from

public relevance— is the respect of the other limit: veracity. It is an obsolete concept in the context of digital communication, and requires a reformulation according to the circumstances of our present. In this sense, the profile of the person who exercises the right is decisive: it is not possible to apply the same concept of veracity to a journalist—a mass media professional, subject to a duty of diligence— than to the speech that a citizen publishes on their social networks. The communication paradigm has changed and, with it, so must the legal categories we handle. Based on this need for renewal, this paper has been prepared to suggest the transition from the classic concept of veracity, to a range of veracity's canons.

Keywords

Truth; veracity; post-truth; Freedom of press; public opinion.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. OBSOLESCENCIA DE LAS CATEGORÍAS JURÍDICAS EN LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN. 1. *La comunicación en el contexto digital: elementos determinantes*. 2. *Nuevas herramientas, nuevos usos; viejos patrones conceptuales*. III. DERECHO A RECIBIR INFORMACIÓN VERAZ Y BÚSQUEDA DE LA VERDAD. 1. *¿Tenemos derecho a recibir información veraz?* 2. *Eficacia del derecho a recibir información veraz en la búsqueda de la verdad*. IV. LA VERACIDAD COMO LÍMITE AL EJERCICIO DE LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN. 1. *Veracidad y diligencia profesional en la jurisprudencia del TC*. V. EN CLAVE PROPOSITIVA: DEL CONCEPTO CLÁSICO A LOS CÁNONES DE VERACIDAD. VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

*«¿Tu verdad? No, la Verdad,
y ven conmigo a buscarla.
La tuya, guárdatela».*

Antonio Machado. Proverbios y cantares.

Hace ya varios años que la desinformación, y su efecto sobre la democracia, se erige como una de las principales preocupaciones de los poderes públicos¹. La proliferación, gracias a las tecnologías digitales (Freelon y Wells, 2020), de *fake news* capaces de afectar y de desvirtuar el proceso de construcción de la opinión pública (Habermas, 1981: 261-64) y, en definitiva, la legitimidad del sistema representativo² se ha situado en el centro del debate, a pesar de las voces que insisten restarle novedad e importancia. No podemos decir que Internet sea algo nuevo; los bulos y la mentira como instrumento de manipulación, tampoco. Sin embargo, aún a riesgo de resultar poco original, me aventuro a comenzar aludiendo a la irrupción del nuevo contexto tecnológico y digital, que lo cambia todo.

Podemos, por ejemplo, afirmar la existencia de determinados seres mitológicos en el Océano Pacífico. Incluso, redactarlo en forma de noticia,

¹ Desde las elecciones presidenciales americanas de 2016 se viene hablando del fenómeno de la posverdad: del nuevo escenario comunicativo en el que las noticias falsas pueden adulterar el proceso de toma de decisión de los electores generando un clima de desconfianza.

² Consecuencias de la mentira en la información, sobre las que mucho se ha escrito, a las que recientemente —desde el inicio de la pandemia— se vienen sumando nuevos riesgos: bienes jurídicos colectivos, como la salud pública, la seguridad o el normal funcionamiento de las instituciones, afectados por la propagación de bulos sobre la enfermedad (Barrientos-Báez *et al.*, 2021; Salaverría *et al.*, 2020).

apoyando el discurso con imágenes retocadas y sólidos —en apariencia— argumentos de autoridad para, finalmente, publicarlo en Facebook o Twitter. Comprobaremos que, sin dejar de ser más que una invención, se trata de un contenido que nace con una capacidad innata: la de viajar a través de la red para llegar mucho más lejos de lo que, hace solo unos años, no hubiéramos podido ni imaginar. El experimento ya se ha realizado con éxito en varios centros escolares (Cantó, 2017), poniendo en circulación un dibujo hecho por los propios alumnos que ven, en pocas horas, cómo pierden el control de un contenido que se hace viral. Y es que se impone un nuevo paradigma comunicativo cuyos efectos resultan determinantes en la medida en que nos obligan a una revisión del marco normativo (Rodríguez-Izquierdo Serrano, 2015: 149-50) y de los conceptos jurídicos que aplicamos³, pensados para un modelo comunicativo obsoleto, sin que ello implique la deconstrucción de todos los presupuestos epistemológicos de los derechos de la comunicación (Vázquez Alonso, 2020b: 477).

¿Cómo podemos defendernos de la mentira en la información?, ¿es posible determinar si algo es falso o cierto?, ¿qué clase de organismo debe asumir las competencias en materia de desinformación?, ¿cómo hacemos frente a las noticias falsas que afectan a la salud pública?, ¿y a la negación de una verdad histórica? Aquello que cuenta con un sólido respaldo científico y aval del método, ¿no es acaso una verdad empírica? Se trata de interrogantes a los que no se pretende dar respuesta adecuada en estas páginas, redactadas a partir de una distinción terminológica —sobradamente conocida— que conviene subrayar: verdad no es sinónimo de veracidad; la confusión de ambos conceptos puede llevarnos a un escenario de imposición de la verdad oficial, que nos aleje del sentido que adquiere el derecho a la información en nuestro ordenamiento. Es, precisamente, este segundo concepto, su definición y los criterios establecidos por el Tribunal Constitucional para su identificación, así como el análisis acerca de la necesidad —o no— de su adecuación al nuevo escenario digital, el que justifica la presente investigación.

Sabemos que el límite interno en el ejercicio del derecho a la libertad de información reconocido en el art. 20.1 d) CE, no es la verdad⁴, sino la exigencia de veracidad de los contenidos que se transmiten. Es éste un concepto jurídico que el Tribunal Constitucional ha definido como el «deber de

³ Conviene, en las actuales circunstancias, superar las propuestas orientadas a ofrecer un tratamiento diferenciado al contenido de la información en razón del medio o canal de transmisión, puesto que no asistimos a la emergencia de un soporte —como pudo ser en su día la radio o la televisión— sino a un nuevo contexto.

⁴ El motivo ha sido reiterado por el TC: «de imponerse la verdad como condición para el reconocimiento del derecho la única garantía de seguridad jurídica sería el silencio», en STC 158/2003, FJ 6.

diligencia del profesional en el proceso de elaboración de la información» (STC 54/2004, FJ 4; STC 61/2004, FJ 4). Un deber cuya observancia no excluye la posibilidad del error, pero —en caso de conflicto con otro derecho fundamental— sí exime de responsabilidad: siempre y cuando el periodista haya sido diligente y haya contrastado suficientemente la información⁵, no como exigencia de fidelidad con los hechos o de certeza absoluta, sino de rigor en el ejercicio de la actividad profesional.

Es cierto que el objeto del ejercicio del derecho sigue siendo el mismo —la esencia de la comunicación se mantiene—, a pesar de la generalización de nuevos medios para la difusión de los diferentes discursos⁶. Sin embargo, en el actual contexto, es innegable que las plataformas y canales de la comunicación digital han propiciado una transformación de los patrones clásicos; una revolución (Teruel Lozano, 2016: 43) en la que se abren paso nuevos actores —también titulares del derecho a la libertad de información y, por tanto, informadores— que narran y transmiten hechos sin otra herramienta que su teléfono móvil. No estamos solo ante la llegada de un nuevo medio de comunicación, con sus peculiaridades propias, sino ante la consolidación de un marco comunicativo definido por rasgos propios, entre ellos, la ampliación del elemento subjetivo de la ecuación: todos podemos informar (De Miguel Bárcena, 2016: 151) —sin que se nos exija el carné profesional—, con un alcance y capacidad de difusión similar a la de cualquier medio convencional. Ciudadanos de a pie, que ejercen su derecho a transmitir información veraz, a quienes no podemos aplicar el límite de la veracidad; al menos, no como lo hemos entendido hasta ahora (Escobar Roca, 2018: 102).

Pero no debemos olvidar que también existe un derecho a recibir información veraz que, aunque no pueda exigirse de forma directa, sí debería poder esgrimirse como principio para la exigencia de responsabilidad (Carrillo, 2013: 13) en la aplicación de ciertas reglas que garanticen la veracidad de los contenidos que se difunden, en función de las circunstancias del caso concreto, a fin de reformular los «presupuestos desde los cuales hemos venido juzgando los límites al ejercicio de estos derechos», (Vázquez Alonso, 2020: 477).

⁵ Volveremos sobre esta definición y los criterios establecidos por el TC para su identificación.

⁶ Frente a quienes defienden que el nuevo contexto digital no justifica un tratamiento jurídico diferenciado de los contenidos —hechos u opiniones que se transmiten a través de Internet—, se sitúan quienes entienden que el nuevo marco tecnológico obliga a una necesaria reformulación de los parámetros normativos que aplicamos a los derechos de la comunicación (Rodríguez-Izquierdo Serrano, 2015: 150), en la medida en que el desarrollo de la informática y sus implicaciones, genera profundas transformaciones en el funcionamiento de nuestro Derecho (Boix Palop, 2020: 225).

En este sentido, partiendo de la delimitación constitucional del concepto clásico de veracidad —separado de la verdad⁷ como criterio absoluto— se aborda, en los apartados que siguen, una revisión de esta categoría jurídica —que encuentra su fundamento en el derecho a recibir información veraz— para adaptarla a las exigencias derivadas del marco comunicativo vigente, pasando del singular al plural, a través de un abanico de cánones de veracidad, aplicables en función de las cualidades del emisor, así como del sector de actividad profesional que se desarrolle.

II. OBSOLESCENCIA DE LAS CATEGORÍAS JURÍDICAS EN LA *SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN*

A menudo, cuando nos conectamos y deslizamos la vista por el muro de *la red social*⁸, nos encontramos con titulares de origen dudoso; publicaciones que algún conocido ha podido ver y compartir —en la mayoría de los casos, sin preocuparse por conocer su procedencia— como eslabón de una cadena que acumula varios cientos de *likes* y numerosos comentarios, con amplísima capacidad de alcance. Es una práctica que se ha integrado en la vida cotidiana de millones de personas en todo el mundo y que describe el contexto comunicativo vigente (Boix Palop, 2016), en el que se imponen nuevos patrones de creación y consumo de la información. Es cierto que se ha escrito mucho al respecto; desde la década de los 90 se acumulan las aportaciones doctrinales⁹ sobre los efectos de la que el sociólogo Manuel Castells (2006) describió como una *sociedad en red*, pero conviene comenzar destacando —sin ánimo de exhaustividad— aquellas características fundamentales; los rasgos definitorios del nuevo marco tecnológico, que resultan determinantes y que repercuten, inevitablemente, en los conceptos jurídicos que manejamos.

1. *La comunicación en el contexto digital: elementos determinantes*

Puede resultar útil establecer una primera clasificación, en función del carácter subjetivo u objetivo de estos rasgos o elementos definitorios. Comenzaremos por el segundo grupo, en el que enmarcamos aquellas características y efectos —objetivos— derivados del propio medio como canal de comunicación.

⁷ «La verdad es asunto de cada cual, que a lo sumo se confronta en el debate público (libertad de expresión e información)» (Villaverde Menéndez, 2016: 153).

⁸ Título original «The Social Network», 2010. Película dirigida por David Fincher sobre el origen de Facebook.

⁹ Nos limitaremos a mencionar aquí aquellos elementos que inciden de manera directa en el objeto de estudio del presente trabajo.

Boix Palop destaca el que quizás sea el más relevante de estos elementos: la capacidad de difusión masiva de unos contenidos que «históricamente quedaban en un ámbito, si no privado, sí restringido, propio de las relaciones de familiaridad [...] y a día de hoy tienen un alcance mucho mayor» (Boix Palop, 2016: 4). Los mensajes son potencialmente virales desde que se publican, gracias a la aparición de plataformas¹⁰ que facilitan el contacto virtual entre personas y el flujo de información. En este sentido, las redes sociales que más interés suscitan son las que permiten no sólo la interacción con otros contactos, sino también la difusión de contenidos de naturaleza discursiva, como sucede en el caso de Twitter y Facebook. Algo distinto es el funcionamiento de redes como WhatsApp o Telegram, que también permiten el intercambio de opiniones e informaciones, aunque de forma individualizada o en grupos reducidos. En estas plataformas es donde se plantean, con mayor frecuencia, problemas relacionados con los límites que se imponen al ejercicio de las libertades de expresión e información, cosa que no sucede en otras redes sociales como, por ejemplo, Instagram o Youtube —orientadas principalmente a la publicación de imagen y vídeo— y, por tanto, sede de otro tipo de conflictos propios del material audiovisual.

Son las redes sociales del primer tipo¹¹ las que operan, sin que puedan llegar a considerarse medios de comunicación convencionales, como «foros»¹² o canales de comunicación con capacidad para alojar el proceso de construcción de la opinión pública. Su papel como canales del nuevo sistema de comunicación no puede ignorarse, fundamentalmente por el alcance de los mensajes; un alcance que puede medirse como distancia física, —todo llega más lejos— en número de receptores de la información —alcance subjetivo— y en términos de tiempo. El alcance temporal, que también aumenta considerablemente, es el que podemos considerar el segundo elemento determinante: la permanencia.

Los contenidos llegan más lejos y con una pervivencia también mayor. Los mensajes que se propagan quedan almacenados —no se trata de emitir, sino de *colgar* el contenido— en bases de datos y archivo digital de los

¹⁰ Existe abundante bibliografía sobre el funcionamiento de las redes sociales. Para un estudio más profundo de la perspectiva de las ciencias sociales, Molina (1995) y Santos (2008). Si se prefiere un enfoque general desde el punto de vista histórico y técnico de las redes sociales más conocidas (Facebook, Twitter, MySpace y LinkedIn), véase Casella (2015).

¹¹ Las asimilables a Twitter y Facebook.

¹² La necesidad de determinar la naturaleza de estos foros y subforos, estriba en la determinación de su naturaleza —pública o privada—; algo esencial a la hora de abordar el debate sobre la regulación (Barnett Lidsky, 2011; Feldman, 2018) del discurso que se difunde dentro de ellas, «en un contexto en el que la separación clásica entre foros privados y foros públicos parece difuminarse» (Vázquez Alonso, 2020b: 478).

servidores de forma permanente, salvo que actuemos en sentido contrario; algo que se torna especialmente peligroso cuando hablamos de contenidos falsos creados fraudulentamente por medio de portales «con apariencia de páginas web, que pretenden engañar a los usuarios de la red y lucrarse de ingresos publicitarios por cada clic» (Pauner Chulvi, 2018: 302). Esto se produce gracias, entre otras cosas, al acceso universal¹³ —que sería el tercer rasgo determinante— y que nos conduce directamente a los elementos subjetivos del nuevo marco digital de la comunicación, que pueden englobarse en una sola categoría: los actores de la *sociedad de la información*.

En un contexto de libre acceso en el que los usuarios operan alternando los roles de emisor y receptor, según el caso, e interactuando de forma instantánea con otros sujetos, se desdibuja la línea divisoria entre creadores y destinatarios de los contenidos. Hasta ahora, identificábamos como sujetos principales a los medios de comunicación convencionales, periodistas y profesionales de la información, de un lado, y a los receptores de dicha información, lectores, oyentes o telespectadores, de otro. Un esquema que se complica con la irrupción de múltiples actores (Balkin, 2018). Destacan, entre ellos, las plataformas, redes sociales y canales digitales de transmisión de la información¹⁴ —desempeñando el papel de la difusión de los contenidos—, así como —en el estadio necesariamente previo de la creación— los ciudadanos que emiten mensajes y actúan como informadores, rompiéndose la barrera entre éstos y los periodistas.

2. *Nuevas herramientas, nuevos usos; viejos patrones conceptuales*

Sirva este breve apunte de los rasgos y características fundamentales, para dibujar un mosaico comunicativo en el que la velocidad y la inmediatez (Suárez Villegas, 2015: 97) cobran el protagonismo cedido por viejas prácticas como la reflexión y el tratamiento sosegado de los temas¹⁵. Los patrones de consumo también se invierten; lo que era habitual y cotidiano hace unos años, hoy resulta raro. En lugar de acudir, en busca de la información, a comprar un periódico, hoy es la información la que llega hasta nosotros, nos

¹³ Todo aquel que tenga acceso a las nuevas tecnologías puede operar en la red, desde cualquier lugar del mundo, como emisor o como receptor de la información.

¹⁴ Plataformas, que son empresas tecnológicas y, sin embargo, se les confiere una responsabilidad cada vez mayor como «garantes interpuestos» en la gestión de los contenidos (Rodríguez-Izquierdo Serrano, 2019: 98). En este sentido, Cotino Hueso (2017).

¹⁵ La exigencia de información inmediata, constantemente actualizada, que retransmite casi en directo todo lo que acontece, impone nuevos patrones de producción informativa que casan mal con los deberes de diligencia profesional y contraste de fuentes exigidos por el límite de la veracidad (Suárez Villegas y Cruz Álvarez, 2013: 7 y 8).

inunda y nos persigue en forma de titulares breves que tan rápido aparecen en la pantalla, como desaparecen seguidos de cerca por el siguiente mensaje. Es el caldo de cultivo perfecto para que las noticias falsas; la mentira en sus diferentes modalidades —información falseada o manipulada, bulos creados con una determinada intención—, viajen a través de la red influyendo inevitablemente en el debate público.

En este contexto, lo esencial de cara a la protección constitucional de la información —además de la relevancia pública— es que se respete el límite de la veracidad. Y, en este sentido, el perfil —renovado— del sujeto que ejerce el derecho resulta determinante: no es posible aplicar el mismo concepto de veracidad a un periodista —profesional de los medios de comunicación, sujeto a un deber de diligencia en el desarrollo de su actividad— que a un ciudadano que publica en sus redes sociales (Vraga y Bode, 2020). Por este motivo, se hace necesario acometer la búsqueda que nos lleve al modo más adecuado de exigir esta responsabilidad, adaptándola al sujeto que ejerce el derecho. En este sentido, sobre la base del derecho a recibir información veraz, interpretado como principio rector, podemos entender justificada la aplicación de ciertas reglas que garanticen con carácter general la veracidad de los contenidos que se publican, atendiendo a las circunstancias del caso concreto. No se pretende dar respuesta a los nuevos retos jurídicos endureciendo los límites previstos en la normativa específica para la comunicación en Internet; tampoco propiciar la imposición de una verdad oficial de dudoso encaje constitucional (Urías Martínez, 2020; Vázquez Alonso, 2020a); el objetivo es modernizar las técnicas tradicionales y de reformular los límites y criterios establecidos para el ejercicio de estos derechos, de modo que se adapten al nuevo contexto.

III. DERECHO A RECIBIR INFORMACIÓN VERAZ Y BÚSQUEDA DE LA VERDAD

«Sólo su verdadero nombre hace reales a todos los seres y todas las cosas —dijo ella—. Un nombre falso lo convierte todo en irreal. Eso es lo que hace la mentira».

La Historia Interminable. Michael Ende.

Podemos hablar de verdad y derecho, como conceptos interrelacionados, al menos, en tres planos diferenciados: el de la verdad judicial; la verdad histórica en el contexto de la llamada justicia transicional; y el de la verdad en el terreno comunicativo y de las ideas. En todos ellos se ha planteado la cuestión de si tenemos —y podemos reclamarlo— derecho a conocer la verdad; y, en este sentido, qué es la *verdad*.

Huelga decir que no estamos ante un concepto unívoco (Serra Cristóbal, 2021: 207); aquello que consideremos cierto, aquí y ahora, puede no serlo en otras latitudes o puede —pareciendo cierto hoy— demostrarse dentro de unos años que realmente nunca lo fue. Es ampliamente compartida la interpretación de la verdad como entelequia reservada a la esfera personal de cada individuo; o como consenso¹⁶, sobre la base de la aceptación colectiva de unos mínimos parámetros comunes que hacen posible el entendimiento recíproco, a partir de una serie de normas y valores compartidos. Es la verdad que se describe, en Habermas (1973: 212) como «pretensión de validez de los enunciados de los cuales nos servimos en nuestras afirmaciones» (citado por Belardinelli, 1991: 122), nunca como imposición. El concepto de verdad, por el contrario, equiparado a la «existencia real de las cosas, no es más que una idea ontológicamente razonable» pero, «sin trascendencia jurídica» (Urías Martínez, 2014: 110).

La verdad, más que una realidad, se define como un objetivo, una búsqueda o un camino, siendo éste un concepto mucho más cercano y asimilable a la exigencia de veracidad. Sin embargo, la verdad en el terreno de lo jurídico opera en planos diversos, con un alcance y tratamiento sobre los cuales merece la pena reflexionar.

1. ¿Tenemos derecho a recibir información veraz?

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido la dimensión individual del «derecho a la verdad», en el ámbito procesal, como «obligación positiva de los Estados de realizar la adecuada investigación de las circunstancias de una violación de los derechos del Convenio», a efectos de proporcionar la correspondiente protección a las víctimas (López Guerra, 2018: 11). A pesar de la trascendencia y el interés público que se confiere a la necesaria investigación sobre vulneraciones de derechos, esto no se traduce en el reconocimiento de un derecho de titularidad colectiva en el que se extienda la legitimación —que pertenece a las víctimas directas o indirectas de dichas violaciones— (López Guerra, 2018: 25) para reclamar su cumplimiento. Sin embargo, en la sentencia del caso *Magyar Helsinki Bizottság c. Hungría*, en el año 2016, se introduce una interpretación del art. 10 del Convenio —derecho a recibir y suministrar información— orientada al reconocimiento de un derecho de acceso a la información pública¹⁷ que se encuentre en manos del

¹⁶ En los años 70 Habermas formula la *teoría consensual de la verdad*, afrontando la tarea de «identificar y reconstruir las condiciones universales de una posible comunicación» (Belardinelli, 1991: 115).

¹⁷ Sobre la importancia de la transparencia y el derecho de acceso a la información pública «para el desarrollo de una adecuada cultura de rendición de cuentas de las admi-

Estado, otorgando un papel determinante a nuevos sujetos legitimados para solicitarla: periodistas, organizaciones no gubernamentales, académicos o investigadores¹⁸. En este sentido, sí podría hablarse de la existencia de un «derecho a la verdad», entendido como el derecho a tener acceso a dicha verdad —siempre que se trate de obtener información elaborada que ya se encuentre en manos del Estado— «cuyo ejercicio se encomienda a sujetos especialmente cualificados» (López Guerra, 2018: 28). Para algunos autores, ésta es la única interpretación que permite dotar de contenido al derecho a recibir información veraz reconocido en el art. 20.1 d) de la Constitución¹⁹, aunque tampoco la opinión de la doctrina ha sido pacífica. El tenor literal del precepto parece orientado a un reconocimiento en igualdad de condiciones con el derecho a emitir información veraz: «Se reconocen y protegen los derechos: d) a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión». Sin embargo, en la práctica, la eficacia jurídica de uno y otro no es, en absoluto, comparable. Se acepta, por tanto, la distinción y autonomía de ambos derechos, ya que «las actividades de comunicar y recibir son radicalmente diferentes y revelan un conflicto de intereses, al menos, latente: quienes comunican quieren hacerlo sin trabas y quienes reciben lo comunicado pretenden, al menos, que no les engañen» (Escobar Roca, 2018: 98).

¿Tenemos derecho a que la información que recibamos sea veraz? Y, en su caso, ¿qué significado adquiere esa exigencia de veracidad del contenido? En uno de sus primeros pronunciamientos al respecto dijo el TC que el derecho a recibir «es una mera redundancia —no hay comunicación cuando el mensaje no tiene receptor posible—», justificando su inclusión en el texto constitucional en «el propósito de ampliar al máximo el conjunto de legitimados²⁰ para impugnar cualquier perturbación de la libre comunicación social» (STC 6/1981, FJ 4).

A lo que más adelante añade, con ocasión de otro pronunciamiento, que «en el ejercicio de la libertad de información por parte del medio no sólo ha de salvaguardarse la delimitación constitucional de este derecho sino también el derecho que corresponde a los lectores [...] a recibir una información veraz». Porque, si la diligencia profesional no fuera exigible, quedaría «afectado el derecho de los lectores a recibir una información veraz» (STC 336/1993, FJ 7).

nistraciones públicas en todos sus niveles», ofrece un balance del funcionamiento de las herramientas implementadas en los últimos años (Curto-Rodríguez, 2019: 180).

¹⁸ STEDH, de 8 de noviembre de 2016, caso Magyar Helsinki Bizottság c. Hungría, párrafo 166.

¹⁹ Es un derecho inédito en los textos constitucionales de nuestro entorno, según el estudio realizado por Ripollés Serrano (2010) citado por Escobar Roca (2018: 97).

²⁰ Parece que abre la puerta a una cierta titularidad colectiva del derecho, a pesar de las dificultades para hacer efectivo su cumplimiento.

Sin embargo, se trata de una doctrina que, si bien parece reconocer la existencia del derecho a recibir información veraz, entraña serias dificultades prácticas a la hora de delimitar su contenido y hacer efectivo su cumplimiento.

No parece que pueda traducirse en un derecho a recibir información —sea frente a los medios o frente a la administración— acerca de determinados hechos concretos. Esto supondría una interferencia en el establecimiento de la llamada *agenda setting*²¹ cuya configuración corresponde a los medios en exclusiva. Tampoco puede concretarse en la obligación de que la información de los medios sea accesible para todos los ciudadanos; estaríamos admitiendo una injerencia en la libertad de las empresas informativas para determinar el ámbito de difusión de sus contenidos e, incluso, para condicionar el acceso a una suscripción previa o al pago de cierta cantidad económica. Sirven estos argumentos para desechar la interpretación del derecho a recibir información veraz como un derecho de prestación, sin perjuicio de la posibilidad de esgrimirlo como defensa frente a ciertas intromisiones ilegítimas o actos concretos que impidan el acceso a la información que ya ha sido publicada. En cualquier caso, parece clara la intención del TC cuando afirma que:

[R]esultan menoscabados los derechos reconocidos en el art. 20. 1 d) de la Constitución tanto si se impide comunicar o recibir una información veraz como si se difunde, se impone o se ampara la transmisión de noticias que no responden a la verdad, siempre que ello suponga cercenar el derecho de la colectividad a recibir, sin restricciones o deformaciones, aquéllas que sean veraces (STC 168/1986, FJ 2).

Los problemas aparecen a la hora de intentar garantizar la eficacia del derecho a recibir información entendido como derecho a la veracidad, esto es, como el derecho de todos los ciudadanos a que la información que recibamos sea veraz. Actualmente no podemos exigir su cumplimiento de forma individual²²; los detractores de esta posibilidad consideran que supondría imponer una obligación general de veracidad en la actividad periodística²³,

²¹ «Queda a criterio de los profesionales [...] decidir cuáles son las noticias de las que se va a informar y no se les puede obligar a informar de determinados hechos en contra de su criterio» (STS 114/2011, de 21 de febrero).

²² Los titulares del derecho y, por tanto, legitimados para reclamarlo, serían todos los potenciales receptores de la información y esto explica, en buena medida, la resistencia generalizada a dotarlo de contenido.

²³ Cualquier información falsa podría ser objeto de reclamación por vulnerar el derecho a recibir información de los receptores potenciales del mensaje. En 1964, el Tribunal Supremo americano defendió la aplicación de un concepto flexible de veracidad, al considerar que la imposición de criterios rígidos puede conducir a un escenario de autocensura o desincentivo a la hora de publicar determinadas informaciones, lo cual va en detrimento de la propia democracia. *New York Times c. Sullivan* (376 U.S. 254 1964).

con independencia de que el mensaje haya —o no— provocado algún daño a otros bienes jurídicos protegidos o derechos concretos: la mera falsedad de la información podría considerarse un daño al público. Sin embargo, no podemos olvidar que la veracidad es, en nuestra Constitución, condición para el ejercicio legítimo del derecho a la información²⁴. No estamos descubriendo nada nuevo si afirmamos que la información protegida es la información veraz, sin que ello derive en un supuesto conflicto —que no es tal—, entre transmitir y recibir información, puesto que, si ésta no es veraz, queda fuera de la letra del artículo 20 CE y, por tanto, no estará protegida. Esto no quiere decir que quede automáticamente prohibida —porque no lo está de forma expresa— pero, en caso de producir algún daño, aquellas informaciones que no son veraces carecen de protección constitucional. Tampoco debemos entenderlo como una prohibición general de información falsa o errónea —puesto que no es ese el sentido que damos a la veracidad— aunque no hayan provocado ningún daño, pero sí como fundamento para la exigencia de responsabilidad en los supuestos en los que, habiéndose desatendido el deber de diligencia y contraste de la información, pueda haberse vulnerado algún bien jurídico constitucionalmente protegido. Con esta idea clara, procede un ejercicio de concreción y delimitación del concepto que nos permita, efectivamente, garantizar su eficacia. Para ello, es necesario acudir a los diferentes instrumentos jurídicos aplicables, tanto en el ámbito internacional, como en nuestro ordenamiento.

2. *Eficacia del derecho a recibir información veraz en la búsqueda de la verdad*

En los tratados internacionales no se reconoce el de recibir información veraz como un derecho autónomo, aunque sí podemos extraer consecuencias jurídicas relevantes en materia de límites y de responsabilidad de la lectura de dos textos especialmente significativos. Así, el artículo 19.2 y 19.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que:

Toda persona tiene derecho a la libertad 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.

El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo *entraña deberes y responsabilidades especiales*. Por consiguiente, *puede estar sujeto a ciertas restricciones que deberán, sin embargo, estar expresa-*

²⁴ Para considerar, en caso de conflicto, que el derecho ha sido ejercido de forma legítima, es necesaria la concurrencia de los requisitos de veracidad y relevancia pública.

mente fijadas por la ley y ser necesaria para: a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. (Énfasis añadido).

En la misma línea, el art. 10.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos:

Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de *recibir o de comunicar informaciones* o ideas [...] El ejercicio de estas libertades, que entrañan *deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley*, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial. (Énfasis añadido).

Se reconocen, por tanto, deberes y responsabilidades aparejadas al derecho a recibir información veraz que bien podrían esgrimirse como principio o fundamento para la exigencia de ciertas reglas que garanticen la veracidad de la información (Espada, 2008), en la medida en que dichos deberes se encuentran estrechamente vinculadas a la finalidad que se atribuye a la inclusión del adjetivo «veraz» en el texto constitucional, que no puede ser otra que la de proteger a los ciudadanos, como receptores de información, en el proceso de construcción de la opinión pública. Y es que, a partir de la interpretación sistemática de la CE, encontramos —al menos— tres bienes jurídicos en los que fundamentar la protección de este derecho: a) el principio democrático y de participación política (arts. 1.1 y 23 CE), en la medida en que la información sobre la gestión de lo público es presupuesto y garantía de legitimidad en el sistema representativo (Guichot *et al.*, 2018: 29-32), permitiendo que el derecho a voto adquiera todo su sentido democrático. Si la información que recibimos es falsa o manipulada, el proceso de construcción de la opinión pública en el que se asienta la democracia se ve adulterado o desvirtuado²⁵; b) la dignidad de la persona (art. 10.1 CE) —aunque el argumento pueda tacharse de paternalista— se ve afectada por la instrumentalización de los individuos, manipulados de forma intencionada con una finalidad concreta; c) el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), en la medida en que la recepción de información veraz también forma parte, como

²⁵ Seguimos aquí el sugerente concepto de Ingolfur «democracia simulativa», cuya obra recientemente ha sido traducida al castellano de la mano del profesor Eloy García (Bluhdorn, 2020). Sobre el concepto, vale también la pena atender al prólogo del propio Eloy García a la obra del alemán, de título ya de por sí significativo: «Democracia y veracidad: La urgente necesidad de recuperar la veracidad en las instituciones democráticas».

elemento determinante, de nuestro proceso de crecimiento personal y adquisición de las capacidades que resultan imprescindibles para desenvolvemos como adultos autónomos en sociedad.

Consecuencia de todo lo anterior, estaría justificada la interpretación del derecho a recibir información veraz reconocido en el art. 20.1 d) CE como derecho a la veracidad de los contenidos y las informaciones que se publican, materializado en forma de reglas y criterios de diligencia en torno a los cuales se construye en concepto jurídico de la veracidad, si bien es cierto que, para hacerlo efectivo, se hace necesario acometer una revisión de la categoría jurídica y de sus implicaciones, partiendo de la ya reiterada aclaración: no se pretende una imposición de la verdad²⁶, ni la equiparación de ambos conceptos. Precisamente, es el hecho de que midamos la veracidad en términos de actitud o comportamiento profesional, el que permite establecer una correlación entre el derecho de los ciudadanos a la información y el deber profesional de informar adecuadamente, derivado de este mismo derecho (Azurmendi, 2005: 43). No en vano, la verdad o falsedad puede predicarse, en todo caso, de la información —de los acontecimientos narrados— mientras que la veracidad es un término que hace referencia a la actuación o modo de proceder del informador (Torres del Moral, 2010: 446).

Siguen oyéndose voces que defienden el requisito de la verdad en el acto comunicativo, como condición y «objetivo moral del periodismo» (Espada, 1996: 33), como una triple exigencia derivada de la Constitución, del público y de los cánones éticos; «la comunicación pública, o es verdadera o es otra cosa» (Sinova Garrido, 2015: 267 y 268). Frente a quienes entienden la verdad como elemento sustancial e irrenunciable en la comunicación²⁷, una corriente más escéptica, construida sobre la base del principio de pluralismo, es la que entiende que un mismo hecho puede ser explicado de diversas formas (De Carreras Serra, 1996: 46-48) sin que ello implique necesariamente una merma de su sentido. La postura mayoritariamente aceptada²⁸ es la que defiende la verdad como una búsqueda, un fin o un objetivo; como fundamento de la confianza frente a la habitual opacidad del Poder: «nadie quiere

²⁶ Como ya hemos indicado, el TC insiste en que «el concepto de veracidad no coincide con el de verdad de lo publicado o difundido. [...] Cuando la Constitución requiere que la información sea veraz no está privando de protección a las informaciones que puedan resultar erróneas, como estableciendo un deber de diligencia sobre el informador» (STC 29/2009, FJ 4). Sin embargo, la inclusión del término veraz, para algunos autores, aporta al contenido del derecho a la información una noción cercana a la verdad, en la medida en que «el adjetivo veraz se predica de aquello que tiene que ver con la verdad» (Azurmendi, 2005: 10).

²⁷ Hasta el punto de que sin verdad desaparece la información misma.

²⁸ La Ilustración fue el momento histórico disruptivo que permitió dejar a un lado la verdad única e indiscutible (Villaverde Menéndez, 2002: 13 y ss.).

que le engañen; necesitamos confiar en que los demás no nos mienten» (Williams, 2006 citado por Villaverde Menéndez, 2016: 195). La *verdad informativa* se nos antoja, por tanto, como una forma de actuar orientada al objetivo de no defraudar al receptor. Si se pretende —y así lo perseguimos de forma activa— que la narración de los hechos sea, al menos, verosímil, esto es, que resulte plausible, razonable y creíble, estaremos alimentando esa relación de confianza, en la base de la comunicación, a partir de la cual alcanzar consensos y aceptar la interpretación de la realidad desde el lugar común —aplicando el método tópico— (Viehweg, 2012). Es el consenso en Habermas, que bien merece la extensión de la cita:

[Necesario] para que el que habla y el que escucha puedan entenderse el uno al otro; el que habla debe tener la intención de comunicar un contenido proposicional verdadero, para que el que escucha pueda compartir su saber; el que habla debe querer exteriorizar las propias intenciones de modo verdadero, para que el que escucha pueda creer (tener confianza) en aquello que dice; el que habla debe finalmente buscar la expresión justa en la consideración de normas y valores vigentes, para que el que escucha la pueda aceptar de modo que ambos, el que habla y el que escucha, puedan ponerse de acuerdo en orden a un fundamento normativo reconocido. [...] El estar de acuerdo reposa sobre la base del reconocimiento de las respectivas pretensiones de validez: comprensibilidad, verdad, sinceridad y justicia en relación a normas y valores (Habermas, 1976: 176).

Es probable que sólo podamos hablar en términos jurídicos de verdad para referirnos a la verdad judicial: el uso del *ius puniendi* sólo es legítimo cuando se apoya en la verdad hallada sobre lo sucedido, presupuesto de validez de la decisión judicial que debe, ante todo, evitar el error²⁹. No se cuestiona la importancia que la verdad tiene para el derecho procesal —la práctica de la prueba— en la medida en que necesitamos determinar lo que se consideran hechos probados a partir de los cuales resolver el caso aplicando el derecho positivo vigente (Abellan, 2010; Conde, 1999; Taruffo, 2013). A pesar de esto, en el marco de los procesos judiciales —en el penal, especialmente— con frecuencia se plantea la pregunta de si puede existir una única decisión correcta para cada caso. Y, también en este ámbito, la respuesta tiene mucho que ver con la confianza que la aplicación del Derecho despierta en la sociedad, que viene dada por la existencia de reglas y procedimientos concretos legalmente establecidos para llegar a un resultado —decisión— que será verdadero —válido— en la medida en que se ha respetado dicho procedimiento reglado. No se trata, por tanto, de hallar la verdad en sentido objetivo o material, sino de respetar las normas que nos hemos

²⁹ El principio *in dubio pro reo*, así como el de presunción de inocencia persiguen, precisamente, evitar este error en la condena.

dado como garantía de legitimidad y confianza en la toma de una decisión que tendrá como resultado lo que llamamos *verdad judicial*³⁰.

Sin embargo, cuando la referencia a la verdad tiene que ver con lo que consideramos hechos históricos o *verdad histórica*, se acentúa la polarización en la disyuntiva que nos obliga a escoger entre la órbita del relativismo³¹—desde esta perspectiva, verdad y mentira se consideran categorías totalitarias— y el convencimiento de la existencia de la verdad, como reflejo de la realidad, y la posibilidad de alcanzarla (Rubio Núñez, 2018: 226). El debate, a menudo planteado de la mano del derecho a la libertad de expresión, ha motivado interesantes reflexiones del TC acerca de la necesidad de proteger el debate sobre la historia:

Las afirmaciones, dudas y opiniones acerca de la actuación nazi con respecto a los judíos y a los campos de concentración, por reprobables o tergiversadas que sean —y ciertamente lo son al negar la evidencia de la historia—, quedan amparadas por el derecho a la libertad de expresión (art. 20.1 CE), en relación con el derecho a la libertad ideológica (art. 16 CE), pues, con independencia de la valoración que de las mismas se haga, lo que tampoco corresponde a este Tribunal, solo pueden entenderse como lo que son: opiniones subjetivas e interesadas sobre acontecimientos históricos (STC 214/1991, FJ 8).

Para el TC la verdad histórica pertenece a la esfera personal; podemos crearla, crearla y difundirla, en virtud de la libertad ideológica, la libertad de expresión y la de producción científica. Pero esto no puede servir de excusa para menospreciar y discriminar, porque «nuestro ordenamiento constitucional se sustenta en la más amplia garantía de los derechos fundamentales, que no pueden limitarse debido a que se utilicen con una finalidad anticonstitucional. Como se sabe, en nuestro sistema —a diferencia de otros de nuestro entorno— no tiene cabida un modelo de «democracia militante», esto es, un modelo en el que se imponga, no ya el respeto, sino la adhesión positiva al ordenamiento y, en primer lugar, a la Constitución» (STC 235/2007, FJ 4). La libertad de expresión no puede amparar las incitaciones al odio, los atentados contra la dignidad o la justificación del genocidio:

La especial peligrosidad de delitos tan odiosos y que ponen en riesgo la esencia misma de nuestra sociedad, como el genocidio, permite excepcionalmente que el legislador penal sin quebranto constitucional castigue la justificación pública de ese delito, siempre que tal justificación opere como incitación indirecta a su comisión (STC 235/2007, FJ 9).

³⁰ Esto sucede una vez que la sentencia es firme, produciéndose el efecto de cosa juzgada.

³¹ Según la cual todas las ideas serían igualmente válidas y, por tanto, verdaderas.

En cualquier caso, cuando se trata de analizar la protección constitucional del debate histórico, como parte fundamental de la producción científica, el argumento es meridianamente claro:

[...] las valoraciones y juicios sobre los hechos históricos, y no solo sobre la actualidad o sobre el pasado más próximo, son tan inevitables como necesarios, sin perjuicio de la dificultad de que alcancen consenso o valoración unánime. [...] La posibilidad de que los contemporáneos formemos nuestra propia visión del mundo a partir de la valoración de experiencias ajenas depende de la existencia de una ciencia histórica libre y metodológicamente fundada (STC 43/2004, FJ 4).

A lo que añade que, la libertad científica, en lo que se refiere al debate histórico, «disfruta en nuestra Constitución de una protección acrecida respecto de la que opera para las libertades de expresión e información, [...] *solo de esta manera se hace posible la investigación histórica*, que es siempre, por definición, polémica y discutible, por erigirse alrededor de aseveraciones y juicios de valor sobre cuya verdad objetiva es imposible alcanzar plena certidumbre». Así,

La afirmación de la verdad absoluta, conceptualmente distinta de la veracidad como exigencia de la información, es la tentación permanente de quienes ansían la censura previa ... Nuestro juicio ha de ser en todo momento ajeno al acierto o desacierto en el planteamiento de los temas o a la mayor o menor exactitud de las soluciones propugnadas, desprovistas de cualquier posibilidad de certeza absoluta o de asentimiento unánime por su propia naturaleza. [...] Por todo ello, *la investigación sobre hechos protagonizados en el pasado por personas fallecidas debe prevalecer, en su difusión pública*, sobre el derecho al honor de tales personas cuando efectivamente se ajuste a los usos y métodos característicos de la ciencia historiográfica (STC 43/2004, de 23 de marzo, FJ 5). (Énfasis añadido).

El Tribunal Constitucional protege el análisis de la Historia, por encima de una determinada verdad histórica (Teruel Lozano, 2015: 51-59) —inalterable— que sólo desde el control y la imposición vertical podría garantizarse. También aquí, como en el *mercado de las ideas*³², se prefiere un debate libre, alejado de los marcos preestablecidos: las verdades. No quiere decir esto que se abrace la mentira en el discurso, pues para ello se sería necesaria la presencia del ingrediente subjetivo de la ecuación: la intención de mentir; de defraudar al receptor.

Descartado este punto, así como el de la verdad como imposición, resulta preferible esa noción de verdad interpretada en términos de búsqueda —camino—; pretensión de honestidad y validez de los contenidos. Cuando esto sucede, su significado coincide con sentido que damos al concepto

³² En el marco de la tradición del liberalismo (Mill, 1984: 74-75).

jurídico de veracidad en la información, alcanzándose así la —tantas veces rechazada— equiparación de ambos términos, que solo se hace posible a partir de una determinada actitud del creador del discurso.

Si el autor afronta el proceso narrativo con la pretensión de llegar a una verdad lógica o factual, esto es, siguiendo la clasificación de Arendt (1993: 248), aquella que se identifica con la transmisión de los hechos —aunque difícilmente pueda quedar circunscrita únicamente a estos— estará, al menos, afrontando la creación previa de los contenidos de acuerdo con la exigencia de veracidad —como una búsqueda honesta de la verdad— cumpliendo con este requisito para el ejercicio legítimo del derecho a emitir y recibir libremente información veraz. Es el único punto en el que verdad y veracidad pueden equipararse, dotando de pleno sentido al derecho a recibir información veraz. En cualquier caso, si se quiere que esta noción de veracidad llegue a ser algo más que un mero elemento retórico (Carrillo, 1988: 188), se hace necesario el compromiso —serio— de cumplimiento, por parte de los actores de la información, así como de los operadores jurídicos.

IV. LA VERACIDAD COMO LÍMITE AL EJERCICIO DE LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN

Según el diccionario de la lengua española, se predica el adjetivo veraz de aquello «que dice, usa o profesa siempre la verdad»³³. Una definición —enmarcada en la corriente objetivista— que necesita del matiz recogido en el diccionario panhispánico del español jurídico: «la exigencia de veracidad de la información que requiere la jurisprudencia para amparar una determinada noticia no se identifica con la verdad material ni con una realidad incontrovertible, sino que solo obliga a que el informador haya realizado un previo contraste de lo que transmite como hechos con datos objetivos»³⁴. Mientras la primera hace referencia a la dimensión objetiva de la veracidad —identificada con los hechos³⁵—, la segunda definición entronca con la dimensión subjetiva, vinculada exclusivamente a la actitud y modo de proceder del informador que debe creer en la adecuación de aquello que transmite³⁶. Sin embargo, de aceptarse que la mera creencia del informador es suficiente, se

³³ «Veraz», Diccionario de la Lengua de la Real Academia Española [En línea]: <https://dle.rae.es/veraz> [Consulta: 08/11/2020].

³⁴ «Veracidad informativa», Diccionario panhispánico del español jurídico [En línea]: <https://dpej.rae.es/lema/veracidad-informativa> [Consulta: 15/11/2020].

³⁵ La información veraz sería aquella que coincide con los hechos acaecidos. En el Anteproyecto de nuestra Constitución, el artículo 20.1 d) hablaba de información «objetiva y veraz». Se suprimió finalmente el requisito de la objetividad alejándose de esta corriente.

³⁶ La información será veraz si éste cree que lo es.

podría estar ocultando un «comportamiento negligente e irresponsable al transmitir como hechos verdaderos simples rumores carentes de toda constatación o meras invenciones o insinuaciones» (STC 144/1998, FJ 4).

Una postura intermedia es la que ha mantenido el Tribunal Constitucional y aceptado mayoritariamente la doctrina española³⁷, considerando como veraz aquello que comporta una «adecuación aceptable entre el hecho y el mensaje» (Cremades García, 1994: 76). Así, una vez descartada la identificación de la veracidad con una verdad única y objetiva, se establece el requisito de la comprobación diligente de la información, como garantía del principio de pluralismo (Solozábal Echavarría, 1988). Veamos en qué términos.

1. Veracidad y *diligencia profesional en la jurisprudencia del TC*

Ya sabemos que para el Tribunal Constitucional³⁸ la «información veraz es aquella rectamente obtenida y difundida, aun cuando su total rectitud sea controvertible» (STC 6/1988, FJ 5; STC 121/2002). El motivo quedó recogido en la ya célebre cita —que no por reiterada pierde su importancia— con la que se introdujo un criterio interpretativo (Carrillo, 1988: 203) muy novedoso en aquel momento: «las afirmaciones erróneas son inevitables en un debate libre, de tal forma que, de imponerse la verdad como condición para el reconocimiento del derecho, la única garantía de la seguridad jurídica sería el silencio» (STC 6/1988, FJ 5). Así, se delimita —en el mismo fundamento jurídico— la información veraz de una forma flexible, acogiendo la protección constitucional —hoy totalmente aceptada— de los errores:

Cuando la Constitución requiere que la información sea «veraz» no está tanto privando de protección a las informaciones que puedan resultar erróneas —o sencillamente no probadas en juicio— cuanto estableciendo un específico deber de diligencia sobre el informador, a quien se le puede y debe exigir que lo que transmita como «hechos» haya sido objeto de previo contraste con datos objetivos.

Y añade, perfilando los límites del derecho, que quedará privado de protección:

[Q]uien, defraudando el derecho de todos a la información, actúe con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado. El ordenamien-

³⁷ Pueden consultarse en este punto (Cremades García, 1994; Vega Ruiz, 1997; Villaverde Menéndez, 1995)

³⁸ La delimitación del concepto nos obliga a realizar un recorrido a través de los principales pronunciamientos del TC. Para ello, se ofrece una selección de los extractos que se consideran más relevantes, siguiendo un orden temático —descartando el cronológico— en la exposición.

to no presta su tutela a tal conducta negligente, ni menos a la de *quien comunique como hechos simples rumores* o, peor aún, meras invenciones o insinuaciones insidiosas».

El fundamento de esta argumentación ha sido igualmente reconocido por el TEDH, para quien «la limitación del derecho a la información al relato puro, objetivo y aséptico de hechos no resulta constitucionalmente aceptable ni compatible con el pluralismo, la tolerancia y la mentalidad amplia, sin los cuales no hay «sociedad democrática» (STEDH, de 7 de diciembre de 1976, caso Handyside, párr. 65). Unos planteamientos, reiterados en numerosos pronunciamientos, en los que el TC pone el acento en el proceso de obtención de la información, descartando que el requisito de la veracidad pueda aplicarse como límite a la transmisión de opiniones y juicios valorativos, en la medida en que «la veracidad, entendida como diligencia en la averiguación de los hechos [...] no es exigible cuando lo que se ejercita es la libertad de expresión, pues las opiniones y juicios de valor no se prestan a una demostración de su exactitud, como sí ocurre con los hechos» (STC 216/2013). Es, por tanto, la información —su obtención y proceso de elaboración— la que queda sujeta a un deber de diligencia profesional del que pueden destacarse los siguientes elementos definitorios:

a) La diligencia profesional como rasgo de la elaboración de la información no puede analizarse en abstracto, ni «precisarse *a priori* y con carácter general, pues depende de las características concretas de la comunicación de que se trate por lo que su apreciación dependerá de las circunstancias del caso» (STC 53/2006, de 27 de febrero, FJ 6).

b) El estudio sobre la diligencia se centra fundamentalmente en el trabajo que el autor desarrolla en el momento anterior a la publicación; con carácter previo, tomando como referencia a los periodistas y profesiones de la información (Escobar Roca, 2006: 15):

El requisito de la veracidad deberá entenderse cumplido en aquellos casos en los que el informador haya realizado con carácter previo a la difusión de la noticia una labor de averiguación de los hechos sobre los que versa la información y la referida indagación la haya efectuado con la diligencia que es exigible a un profesional de la información (STC 53/2006, de 27 de febrero).

Lo relevante para la veracidad informativa “no es que a posteriori se pruebe en un proceso la realidad de los hechos, sino el grado de diligencia observado para su comprobación con anterioridad a la publicación de aquéllos (STC 68/2008, FJ 3; STC 129/2009, FJ 2).

c) En el análisis de la veracidad de la información, el deber de diligencia profesional admite grados de intensidad, en función de la relevancia del

hecho narrado. Conforme aumenta la gravedad de las consecuencias derivadas del error en la información, mayor será en nivel de diligencia exigida:

El nivel de diligencia exigible al informador adquiere una especial intensidad cuando la noticia divulgada pueda suponer, por su propio contenido, un descrédito de la persona a la que la información se refiere (STC 139/2007).

Para precisar si en el presente amparo la información publicada resulta desprotegida por carencia de veracidad, es importante valorar la diligencia observada en la contrastación o verificación de lo informado, así como, en su caso, la repercusión de los errores en que se haya podido incurrir (STC 52/1996, FJ 6).

d) Adquiere especial relevancia el estudio sobre el uso que se hace de las fuentes, así como la labor de comprobación del periodista —si pudo o no tener acceso a la realidad de los acontecimientos acaecidos—. En este sentido, se tiene en cuenta, por un lado, la fiabilidad de las fuentes y, por otro, la tarea de contraste:

[E]stableciendo un específico deber de diligencia sobre el informador, a quien se le puede y debe exigir que lo que transmita como hechos haya sido objeto de previo contraste con datos objetivos (STC 52/1996, FJ 2).

— No se considera cumplido el requisito de la veracidad cuando la fuente es indeterminada o, en virtud del secreto profesional, dichas fuentes no son reveladas:

[E]l deber de diligencia en la comprobación razonable de la veracidad de la información no se satisface con la pura y genérica remisión a fuentes indeterminadas, que, en ningún caso, liberan al autor de la información del cumplimiento de dicho deber, [...] la obligación de contrastar la verosimilitud de la noticia es un deber propio y específico de cada informador, que es el que está ejerciendo el derecho a informar, y, por tanto, aquel al que incumbe no exceder sus límites, evitando la propagación de noticias que, aun procediendo de sedicentes fuentes bien informadas, no se ha preocupado de contrastar con diligencia razonable (STC 172/1990, FJ 3).

— La consideración de las fuentes como fiables o dignas de solvencia recae sobre aquellas que, en sí mismas, gozan de especial credibilidad, tales como instituciones oficiales o informes y documentos policiales:

La utilización como fuente directa para una información de unas diligencias policiales y judiciales abiertas en las que se confirma su contenido implica que los datos transmitidos en ese momento por el informante no puedan calificarse de producto de la mera invención o carentes de fundamento fáctico, quedando disipada de ese modo una eventual falta de diligencia en el contraste de la información difundida (STC 129/2009, FJ 2).

- Así mismo, el Tribunal trata de averiguar si el periodista trató de ponerse en contacto con las personas aludidas para recabar su opinión al respecto:

[D]el carácter involuntario de dicho error es prueba el hecho de que el mencionado periodista también se preocupó de contrastar la información con la persona aludida en la misma, si bien este intento de ponerse en contacto con la persona afectada fue infructuoso al haberse ausentado ésta del municipio (STC 240/1992, FJ 7).

- En el caso de los escritos remitidos al periódico y publicados en la sección de *cartas al director* se exige la comprobación previa de la identidad de la persona que remite la carta. El responsable de ello es el Director de la publicación:

El deber de diligencia del Director del periódico entraña la comprobación de la identidad de la persona que figura como autor de la carta, antes de autorizar su publicación. Ello constituye, como es sabido, práctica habitual de los medios de comunicación, pues si esta diligencia no fuera exigible, obvio es, de una parte, que no quedarían debidamente deslindados, respectivamente, el ejercicio de la libertad de expresión de una determinada persona ajena al medio, que éste posibilita al publicar la carta, y el derecho que asiste al diario de informar de esa opinión a sus lectores; y de otro lado, ello también supondría que quedase afectado el derecho de los lectores a recibir una información veraz (STC 336/1993, FJ 7).

- Puede obviarse el análisis de la veracidad en aquellos casos en los que se cumple la teoría del reportaje neutral³⁹, esto es, «aquellos casos en que un medio de comunicación se limita a dar cuenta de declaraciones o afirmaciones de terceros» (STC 232/1993, FJ 3):

En los supuestos de reportaje neutral, y esta es su más importante consecuencia, este Tribunal ha entendido que el deber de diligencia se cumple “con la constatación de la verdad del hecho de la declaración”, pero no se extiende en principio a la constatación de la veracidad de lo declarado, pues tal responsabilidad sólo sería exigible por lo general al autor de la declaración (STC 232/1993, FJ 3).

- e) El requisito de la veracidad no persigue la difusión de informaciones neutrales y objetivas:

[...] no siendo, por ello, exigible que las informaciones difundidas por los medios de comunicación social [...] sean neutrales o estrictamente objetivas, ya que lo contrario equivaldría a limitar el principio de pluralismo más allá de lo que consiente su condición de valor esencial de la socie-

³⁹ Por razones de espacio no me detengo en analizarlo en el presente trabajo.

dad democrática, dejando reducida la libertad de información a inocua transmisión mecánica de hechos noticiables (STC 172/1990, FJ 3).

g) En sentido negativo, se establece:

— Que la intención del informador queda fuera del análisis de la veracidad:

No es canon de veracidad la intención de quien informa, sino su diligencia, de manera que la forma de narrar y enfocar la noticia no tiene que ver propiamente con el juicio de la veracidad de la información (STC 29/2009, FJ 4).

— Que «omitir datos esenciales en una información; silenciar puntos de vista; deformar la realidad con valoraciones intencionadas o destacando unos hechos sobre otros...» (Escobar Roca, 2018: 104), no se considera información veraz.

Estos son los criterios a partir de los cuales el Tribunal Constitucional ha configurado el requisito de la veracidad⁴⁰, tal y como se ha venido aplicando hasta ahora, como límite al ejercicio de la libertad de información, sin olvidar que el análisis de su concurrencia se realiza siempre a la luz de las circunstancias de cada caso concreto. Si bien es cierto que la comprobación en virtud de tales parámetros puede resultar pertinente cuando el objeto en cuestión es una información creada en el marco de la actividad periodística profesional, ésta se torna impracticable cuando nos referimos a contenidos publicados por los nuevos actores del escenario comunicativo digital o cuando la transmisión de los mismos queda enmarcada en sectores de actividad de distinta naturaleza, como pueden ser la investigación científica o historiográfica. La naturaleza de relato —informativo, divulgativo o científico— determina la imposición de un mayor o menor grado de exigencia en la comprobación y contraste de las fuentes; algo que difícilmente podremos pedir —en los mismos términos— a un ciudadano de a pie, sujeto privado que, sin embargo, gestiona sus redes sociales con una clara vocación de proyección pública. Pero, las consecuencias que puedan derivar de sus mensajes —con una capacidad de difusión mayor, incluso, que un informativo líder de audiencia— deben poder someterse a un tamiz específico, acorde a los rasgos definitorios del contexto comunicativo vigente, pero tamiz de responsabilidad, al fin y al cabo.

Ante esta necesidad, se propone la superación del concepto clásico de veracidad para dar paso a un abanico integrado por distintos cánones de veracidad —en plural—, en función del sujeto que ejerce el derecho y del marco interpretativo o sector de actividad profesional.

⁴⁰ Es un concepto jurídico que toma como referente indiscutible al periodista tradicional que desarrolla su actividad bajo el paraguas de un medio de comunicación convencional.

V. CONCLUSIÓN PROPOSITIVA: DEL CONCEPTO CLÁSICO A LOS CÁNONES DE VERACIDAD

*«Los periódicos de aquí de la capital traen algo,
pero la verdad es mucho más hermosa».*

Francisco UMBRAL, *Madrid 1940.*

Es innegable que vivimos, de la mano de las grandes plataformas y canales de comunicación digital, una transformación de los patrones clásicos. Se imponen nuevos hábitos de creación y consumo de la información, al tiempo que se consolida el caldo de cultivo perfecto para la desinformación. Algunas propuestas recientes ponen el foco en la responsabilidad de las plataformas⁴¹, convirtiendo a las redes sociales en una suerte de guardianes o garantes del contenido que se publica, como «agentes de seguridad interpuestos» (Serrano, 2019).

Esta es una —si no la principal— de las preocupaciones que se plantea en todos los debates y foros académicos que analizan el alcance de la esperada reforma digital en el entorno europeo, con la llegada de la *Digital Service Act*⁴². Lejos de esto y tomando distancia respecto de otras soluciones que pueden llegar a confundirse con el control público de los contenidos⁴³, lo que aquí se plantea es una alternativa que busca, salvaguardando el principio de pluralismo, reformular el derecho para adaptarlo a las exigencias del nuevo contexto.

Como es sabido, la titularidad del derecho a la libertad de información corresponde los ciudadanos en su conjunto. Consecuencia de ello, su ejercicio no puede, por ejemplo, quedar sometido a una colegiación obligatoria que generaría distinciones entre los sujetos. «Esta argumentación que, en el

⁴¹ A este respecto, Germán Teruel (2020) alerta de los riesgos asociados a la delegación de determinadas funciones en las corporaciones tecnológicas que pueden convertirse «en censores de la Red con potestades semi-públicas, algo que debe preocuparnos también desde la perspectiva de la garantía de la libertad de expresión y del pluralismo».

⁴² Veinte años después de la entrada en vigor de la Directiva 2000/31/CE sobre comercio electrónico, se encuentran en fase de tramitación dos propuestas legislativas llamadas a modificar el ecosistema jurídico de las plataformas y redes sociales: la Norma de Servicios Digitales (DSA) y la Norma de Mercados Digitales (DMA).

⁴³ El revuelo mediático generado por el «Procedimiento de actuación contra la desinformación» en el que se definen niveles de «prevención, detección, alerta, seguimiento y respuesta», así como los organismos —y sus funciones— que actuarán en cada caso. Entre ellos, destaca la comisión permanente contra la desinformación, coordinada por la Secretaría de Estado de Comunicación y presidida de forma ordinaria por el Director del Departamento de Seguridad Nacional. Véase «Orden PCM/1030/2020, de 30 de octubre, por la que se publica el Procedimiento de actuación contra la desinformación aprobado por el Consejo de Seguridad Nacional». *Boletín Oficial del Estado* (292), de 5 de noviembre de 2020. *BOE-A-2020-13663*.

marco de los medios de comunicación mecánicos no era un problema, favorece la construcción de discursos vinculados a la democracia horizontal y se torna muy rígida», especialmente a la hora de abordar buena parte de los problemas descritos⁴⁴ (De Miguel Bárcena, 2016: 151). Porque, a pesar de que cualquier ciudadano debería poder ejercer el derecho a la información, en la práctica, «es al periodista al que corresponde la búsqueda de información y su posterior transmisión» (STC 105/1983, FJ 11) quedando, el resto, excluidos de facto (López García y Boix Palop, 2005: 103). Partiendo de esta premisa y del papel destacado que el derecho a la libertad de información ocupa en nuestro ordenamiento, se han expuesto de forma ordenada cuáles son los criterios aplicables en los casos en que el informador es un periodista profesional. Sin embargo, éste ya no es el sujeto protagonista en el proceso de construcción de la opinión pública; han emergido nuevos actores —ciudadanos de a pie que publican con su teléfono móvil— y es preciso que nos acerquemos a nuevos formatos de responsabilidad.

En este sentido, sobre la base del derecho a recibir información veraz, interpretado como principio rector, podemos entender justificada la aplicación de ciertas reglas que garanticen con carácter general la veracidad de los contenidos que se publican, atendiendo a las circunstancias del caso concreto y a las condiciones del sujeto, con el objetivo de modernizar las técnicas tradicionales y de reformular los límites y criterios establecidos para el ejercicio de estos derechos, de modo que se adapten al nuevo contexto.

Sólo si aceptamos esa noción de la verdad —equiparable a la veracidad— que se nos presenta como un camino; una búsqueda honesta de sentido, podremos justificar el establecimiento de ciertas reglas o criterios de veracidad, que encuentran su fundamento en el derecho a recibir información veraz reconocido en el art. 20 CE. Unas reglas que necesariamente deben adaptarse al sujeto que ejerce el derecho, así como al marco interpretativo y al tipo de actividad que éste desarrolla. Al respecto, conviene distinguir una serie de cánones de veracidad delimitados, en primer lugar, en función de si los contenidos han sido difundidos en un contexto profesional o no profesional.

Esta primera categoría —la veracidad profesional— es la que aplicaríamos como límite al ejercicio de la libertad de información, en el caso de contenidos que hayan sido elaborados por un periodista o comunicador y publicados, ya sea a través de lo que entendemos como un medio institucionalizado de comunicación social, o a través de cualquier otra plataforma

⁴⁴ Cuestiones en su mayoría de carácter práctico, como la vulneración de otros derechos fundamentales, el incumplimiento de los límites materiales o el respeto a la propiedad intelectual.

informativa, siempre que el emisor se dedique a ello profesionalmente. En definitiva, acudiríamos a este canon de veracidad cuando nos encontremos con informaciones elaboradas y publicadas por todos los que hacen de la actividad periodística su profesión.

Por su parte, el canon de veracidad no profesional sería el de aplicación a los conflictos en los que el sujeto que ejerce el derecho a la información es un ciudadano de a pie, sin vinculación con la actividad periodística o los medios de comunicación. Este canon deberá estar integrado necesariamente por criterios flexibles —rebajando la exigencia que el TC impone a los profesionales de la comunicación— pero sin desatender la responsabilidad de todo aquel que trasmite información, con el conjunto de la sociedad y con la democracia. Es la responsabilidad que se explica a partir de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales que, en el caso que nos ocupa, justifica la especial protección que, en los sistemas occidentales, se confiere a los derechos a la comunicación, esenciales para la formación de la opinión pública libre.

Esta primera distinción, centrada en las cualidades del individuo que elabora el mensaje, resulta especialmente significativa teniendo en cuenta que, en el actual contexto, se añaden al esquema de los sujetos que intervienen en la comunicación, nuevos actores: las plataformas y canales digitales de transmisión —en el papel de la difusión de los contenidos—, los sujetos que actúan como emisores, puede hacerlo cualquier ciudadano; ya no es exclusivo de los profesionales de la comunicación, y, por último, los perfiles. El perfil de la red social puede coincidir o no con la identidad de la persona física que hay detrás. Y esto es determinante en la medida en que los *bots* no son titulares de derechos fundamentales. Solo las personas somos titulares del derecho a la libertad de información, sin embargo, existe un gran volumen de contenido que se genera y se difunde de forma automatizada a través de la red; contenido que no estaría protegido por la libertad de información.

Al mismo tiempo, podemos distinguir otros dos cánones de veracidad vinculados al ejercicio de otros derechos fundamentales. Se trata de cánones de exigencia diferenciados en la medida en que el discurso objeto de análisis puede ser resultado de una actividad distinta: la investigación científica o historiográfica. Incluso, podría resultar conveniente delimitar un último canon de veracidad —también al margen de la actividad periodística— configurado a partir de los criterios que se utilizan para determinar la llama verdad judicial; los hechos probados en el proceso penal. Sería una suerte de canon de veracidad judicial, aunque esto es algo que se aleja del objeto del presente trabajo, elaborado con una pretensión más modesta. En virtud de lo anterior, el esquema de los cánones de veracidad quedaría de la siguiente forma:

1. Veracidad como límite al ejercicio de la libertad de información

A) Veracidad profesional: de aplicación a los contenidos elaborados y difundidos en el marco del ejercicio de la actividad periodística. Este canon de veracidad se configura a partir de los criterios que han sido desgranados por el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia y expuestos en el epígrafe anterior. En todo caso, puede resultar conveniente ampliar el abanico de criterios con el objetivo de dar cabida a algunas de las reclamaciones que proceden de las asociaciones profesionales de periodistas y colegios profesionales⁴⁵.

B) Veracidad no profesional: se trata de un canon de veracidad flexible, adaptado a las características que definen el nuevo contexto comunicativo en el que todos los ciudadanos participan en el debate público emitiendo mensajes que se difunden a través de las redes sociales. En este caso, sería conveniente incluir cuatro criterios o elementos a tener en cuenta:

a. La intención del emisor del mensaje. A pesar de que el TC ha descartado que este punto sea objeto de análisis cuando nos referimos a la veracidad de ámbito periodístico —se presupone que la finalidad del profesional es la de informar— puede ser determinante en el caso de un mensaje publicado por un ciudadano que, siendo de contenido falso, pueda causar algún daño. La diferencia entre un contenido erróneo y uno falso —lo que llamamos *fake news*— es, precisamente, la intención; el interés de engañar y manipular. De darse este elemento doloso, no podría entenderse cumplido el requisito de la veracidad de la información.

b. El ánimo de lucro. Puede ser relevante analizar si se trata de un portal o perfil falso, creado con la finalidad de obtener beneficio económico, multiplicado a partir de la difusión masiva de los mensajes, con cada clic.

c. La búsqueda del origen. En aquellos casos —bastante habituales— en los que se reenvía o reproduce determinado contenido de origen desconocido, sin la previa comprobación de su procedencia; puede tratarse de un mensaje creado fraudulentamente con intención de manipular y la mera transmisión estaría contribuyendo a multiplicar su efecto. En este sentido, sería conveniente conocer cuál fue la actitud del sujeto ante dicha situación, si se limitó a reenviarlo o trató de indagar en el origen del mensaje.

d. Gradación de la exigencia en los criterios de veracidad en función del efecto y capacidad de difusión de los contenidos. Los *twits* y mensajes cortos —propios del contexto de las redes sociales— bien pueden recibir el mismo tratamiento que la jurisprudencia da a los titulares de prensa⁴⁶, condicionado «por su propia naturaleza, en la que destaca, de una parte, el hecho de su

⁴⁵ Esto queda pendiente para un ulterior trabajo.

⁴⁶ Registra muchos más lectores que el cuerpo de la noticia.

necesaria concisión como presentación y resumen de la información y, de otra, el dato de su mayor difusión, pues es indudable que sus lectores son mucho más numerosos e impresionables que los del cuerpo de las noticias que presentan». De la aplicación analógica de esta misma argumentación, podemos extraer la conveniencia de aplicar los criterios del canon de veracidad, teniendo en cuenta la capacidad de alcance de los contenidos.

2. Veracidad en el marco de otros derechos fundamentales

A) Veracidad científica o historiográfica: se trata de un canon configurado sobre la base del derecho a la libertad ideológica (art. 16 CE) que admite, no sólo la investigación, sino también la interpretación de la historia, de forma que los relatos se construyen a partir de criterios más flexibles —como sostiene el TC— que los exigidos en el ámbito profesional de los derechos de la comunicación:

Si la historia solamente pudiera construirse con base en hechos incuestionables, se haría imposible la historiografía, concebida como ciencia social. En su ámbito, los historiadores valoran cuáles son las causas que explican los hechos históricos y proponen su interpretación, y aunque tales explicaciones e interpretaciones sean en ocasiones incompatibles con otras visiones, no corresponde a este Tribunal decidir, por acción u omisión, cuál o cuáles deban imponerse de entre las posibles. Son los propios ciudadanos quienes, a la luz del debate historiográfico y cultural, conforman su propia visión de lo acaecido, que puede variar en el futuro. (STC 43/2004, FJ 5).

Como dice el TC, «la veracidad de una narración de hechos nada tiene que ver con la “verdad histórica” y menos cuando lo que se examina, como bien dice el Tribunal Supremo, no es un hecho, sino la interpretación que del mismo se hace o la opinión que de él se tenga» (STC 43/2004, FJ 6). En cualquier caso, dejando margen suficiente a la interpretación y a la libertad ideológica, puede resultar conveniente incluir en este canon de veracidad otros criterios, presenten en todo proceso de producción científica, tales como:

a. La especificación del método. El respaldo de una metodología adecuada y sólida es determinante a la hora de considerar la veracidad de un trabajo de estas características, aunque su resultado pueda cuestionarse en términos de absoluta certeza o coincidencia con la realidad.

b. El adecuado estudio doctrinal y documental que sostenga, con el respaldo de fuentes bibliográficas suficientes, las hipótesis formuladas y los resultados de la investigación.

B) Veracidad judicial. Canon construido a partir de los criterios que sirven para determinar los hechos probados en el proceso penal a partir de los

cuales dictar sentencia. No en vano, el *ius puniendi* se apoya en la verdad hallada sobre lo sucedido: «la averiguación de la verdad de los hechos es condición necesaria para la justicia de la decisión» (Taruffo, 2013: 13) que debe, en todo caso, evitar el error. En este sentido, el derecho a la presunción de inocencia (art. 24 CE) opera como regla probatoria del proceso, de forma que el inculpado queda absuelto si la culpabilidad⁴⁷ no queda suficientemente demostrada (Montañés Pardo y Sánchez Tomás, 2018: 842). La búsqueda de la verdad judicial tiene, por tanto, la finalidad de verificar —validar— en virtud de determinados medios de prueba «pertinentes»⁴⁸, que los hechos imputados efectivamente han sucedido, que son subsumibles en la norma penal que se aplica, así como la participación del acusado en los mismos. La naturaleza de este proceso justifica que los criterios de comprobación sean, en este ámbito, extremadamente rígidos, sujetos a reglas estrictas, legalmente establecidas, para llegar a un resultado adecuado.

Lo que aquí se plantea no es más que el germen de una propuesta que aún debe ser adecuadamente detallada y concretada. Requiere, sin duda, de un tratamiento profundo y exhaustivo —que está más allá de la pretensión de este trabajo— a fin de delimitar sus contornos con la precisión suficiente para garantizar la seguridad jurídica de quienes puedan verse afectados. Se trata de una tarea que, por razones de espacio, no es posible abordar en estas páginas redactadas, en cualquier caso, con la idea de dar forma al boceto inicial de la alternativa: la aplicación de cánones de veracidad diferenciados, adaptados al sujeto y al ámbito profesional de la actividad que se desarrolla. Una propuesta orientada a la consolidación de los deberes y responsabilidades que se derivan del derecho a recibir información veraz, esgrimido como fundamento para la exigencia de la veracidad de la información, requisito para el ejercicio legítimo del derecho fundamental. No en vano, la información protegida es la información veraz.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ABELLAN, M. G. (2010). *Los hechos en el Derecho. Bases argumentales de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- ARENDRT, H. (1993). *Entre el pasado y el futuro Ocho ejercicios sobre la reflexión política*. Barcelona: Península.
- AZURMENDI, A. (2005). «De la verdad informativa a la “información veraz” de la Constitución Española de 1978. Una reflexión sobre la verdad exigible desde el derecho de la información». *Comunicación y sociedad* 18 (2), 67-83.

⁴⁷ La carga de la prueba corresponde, como es sabido, a la acusación.

⁴⁸ Solo serán tenidas en cuenta aquellas pruebas que se practiquen en el juicio oral con plena observancia de los principios de publicidad, oralidad, inmediación y contradicción. La jurisprudencia prohíbe la valoración de pruebas obtenidas vulnerando los derechos fundamentales (STC 114/1984).

- BALKIN, J. M. (2018). «Free Speech is a Triangle». *Columbia Law Review* (118), 2011-56. doi: <https://ssrn.com/abstract=3186205>.
- BARNETT LIDSKY, L. (2011). «Public Forum 2.0». *Boston University Law Review* 91 (155), 1975-2028.
- BARRIENTOS-BÁEZ, A. MARTÍNEZ-SALA, A. M. ALTAMIRANO, V. P. y DOMÍNGUEZ, D. C. (2021). «Fake news: The COVID-19 pandemic and its chronology in the tourism sector». *Historia y Comunicación Social* 26, 135-148. doi: 10.5209/HICS.74248.
- BELARDINELLI, S. (1991). «La teoría consensual de la verdad de Jürgen Habermas». *Anuario filosófico* 24 (1), 115-124.
- BLUHDORN, I. (2020). *La democracia simulativa. Nueva política tras el giro posdemocrático*. Bogotá, Colombia: Editorial TEMIS.
- BOIX PALOP, A. (2016). «La construcción de los límites a la libertad de expresión en las redes sociales». *Revista de Estudios Políticos* (173), 55-112. doi: 10.18042/cepc/rep.173.02.
- (2020). «Los algoritmos son reglamentos: la necesidad de extender las garantías propias de las normas reglamentarias a los programas empleados por la administración para la adopción de decisiones». *Revista de Derecho Público: Teoría y Método* (1), 223-270. doi: 10.37417/RPD/vol.
- CANTÓ, P. (2017). «¿Ya llegó Nico a tu WhatsApp? El dibujo salió de este instituto de Madrid». *El País*, marzo 2.
- DE CARRERAS SERRA, L. (1996). *Régimen Jurídico de la Información*. Barcelona: Ariel Derecho.
- CARRILLO, M. (1988). «Derecho a la información y veracidad informativa». *Revista española de derecho constitucional* 8 (23), 187-206.
- (2013). «Internet como espacio público de la información». en *Requejo Rodríguez, P. (coord), Derechos y espacio público. Cátedra de amparo de derechos y libertades* (págs. 11-28). Universidad de Oviedo.
- CASELLA, M. (2015). *The social networks: an introduction*. (Ebook).
- CASTELLS, M. (2006). *La sociedad red: una visión global*. Alianza Editorial.
- CONDE, F. M. (1999). «La búsqueda de la verdad en el proceso penal». *Revista de derecho y proceso penal* (1), 63-98.
- COTINO HUESO, L. (2017). «Responsabilidad de intermediarios y prestadores de servicios de internet en Europa y Estados Unidos y su importancia para la libertad de expresión». *Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías* (17), 1-32.
- CREMADES GARCÍA, J. (1994). «La exigencia de veracidad como límite a las libertades informativas». en *Estudios sobre derecho de la información* (págs. 71-115). Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia.
- CURTO-RODRÍGUEZ, R. (2019). «¿Qué información relacionada con la rendición de cuentas contienen los portales de datos abiertos autonómicos españoles?» *Revista Española de Transparencia* (9), 177-198.
- ESCOBAR ROCA, G. (2006). «La idea de veracidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: exposición y crítica». *Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro* (7), 4-16.
- (2018). «¿Tenemos realmente un derecho a recibir información veraz?» en *Aznar, H., Pérez Gabaldón, M., Alonso, E., Edo, A. (dirs.), El Derecho de Acceso*

- a los Medios de Comunicación. I. Legislación y Autorregulación (págs. 95-123). Valencia: Tirant Humanidades.
- ESPADA, A. (1996). «Presente, verdad y objetividad (Notas sobre la relación entre periodismo y memoria)». *Boletín de la Unidad de Estudios Biográficos, Universidad de Barcelona* (1), 31-34.
- (2008). *Periodismo práctico*. Espasa.
- FELDMAN, N. (2018). «If Trump Can't Block Twitter Users, Twitter Can't Either». *Bloomberg*, mayo 24.
- FRELON, D. y WELLS, C. (2020). «Disinformation as Political Communication». *Political Communication* 37 (2), 145-156. doi: 10.1080/10584609.2020.1723755.
- GUICHOT, E. BOIX PALOP, A. CARRILLO DONAIRE, J. A. DE LA SIERRA, S. y VÁZQUEZ ALONSO, V. J. (2018). *Derecho de la comunicación*. 5ª Ed. Iustel.
- HABERMAS, J. (1973). «Wahrheitstheorien». en *Wirklichkeit und Reflexion. Walter Schulz zum 60. Geburtstag* (págs. 211-266) editado por H. Fahrenbach y W. Schulz. Pfullingen.
- (1976). «Was heisst Universalpragmatik?» en *Sprachpragmatik und Philosophie* (págs. 174-272) editado por K.-O. Apel. Frankfurt: Suhrkamp Verlag.
- (1981). *Historia y crítica de la opinión pública. La transformación estructural de la vida pública*. Barcelona: Gustavo Gili.
- LÓPEZ GARCÍA, G. y BOIX PALOP, A. (2005). «Derecho y cuarto poder en la era digital». *Revista de Estudios Políticos* (130), 77-112.
- LÓPEZ GUERRA, L. (2018). «El derecho a la verdad: ¿la emergencia de un nuevo derecho en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos?» *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* (22), 11-30. doi: 10.18042/cepc/aijc.22.01.
- DE MIGUEL BÁRCENA, J. (2016). «Las transformaciones del derecho de la información en el contexto del ciberperiodismo». *Revista de Estudios Políticos* (173), 141-168. doi: 10.18042/cepc/rep.173.04.
- MILL, J. S. (1984). *Sobre la libertad*. Madrid: Alianza Editorial.
- MOLINA, J. L. (1995). «Análisis de redes y cultura organizativa: una propuesta metodológica». *Revista Española de Investigaciones Sociológicas* (71-72), 249-63.
- MONTAÑÉS PARDO, M. Á. y SÁNCHEZ TOMÁS, J. M. (2018). «La presunción de inocencia». en *Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M., Casas Baamonde, M. E. (dirs.), Comentarios a la Constitución Española — Tomo I* (págs. 840-859). Madrid: Boletín Oficial del Estado.
- PAUNER CHULVI, C. (2018). «Noticias falsas y libertad de expresión e información. El control de los contenidos informativos en la red». *Teoría y Realidad Constitucional* (41), 297-318. doi: 10.5944/trc.41.2018.22123.
- RIPOLLÉS SERRANO, R. (2010). *Constituciones de los 27 Estados miembros de la Unión Europea*. Congreso de los Diputados.
- RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO, M. (2015). «El discurso de odio a través de Internet». en *Miguel Revenga Sanchez (dir.), Libertad de expresión y discursos del odio* (págs. 149-186). Universidad de Alcalá, Servicio de Publicaciones.
- (2019). «Las empresas tecnológicas en Internet como agentes de seguridad interpuestos». *Revista española de derecho constitucional* 117 (39), 77-100. doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.117.03>.

- RUBIO NÚÑEZ, R. (2018). «Los efectos de la posverdad en la democracia». *UNED. Revista de Derecho Político* (103), 191-228. doi: 10.5944/rdp.103.2018.23201.
- SALAVERRÍA, R. BUSLÓN, N. LÓPEZ-PAN, F. LEÓN, B. LÓPEZ-GOÑI, I. y ERVITI, M.-C. (2020). «Desinformación en tiempos de pandemia: tipología de los bulos sobre la Covid-19». *El Profesional de la Información* 29 (3), 1-15. doi: 10.3145/epi.2020.may.15.
- SANTOS, F. R. (2008). *Redes sociales y sociedad civil*. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas, Colección Monografías.
- SERRA CRISTÓBAL, R. (2021). «De falsedades, mentiras y otras técnicas que faltan a la verdad para influir en la opinión pública». *Teoría y Realidad Constitucional* (47), 199-235.
- SERRANO, M. R. I. (2019). «Las empresas tecnológicas en Internet como agentes de seguridad interpuestos». *Revista Espanola de Derecho Constitucional* (117), 77-100. doi: 10.18042/cepc/redc.117.03.
- SINOVA GARRIDO, J. (2015). «La objetividad y la verdad en el ejercicio del derecho a la información». en *Derecho de la información: El ejercicio del derecho a la información y su jurisprudencia* (págs. 267-289) editado por Ignacio BEL MALLÉN y Loreto CORREDOIRA Y ALFONSO. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J. J. (1988). «Aspectos constitucionales de la libertad de expresión y el derecho a la información». *Revista Española de Derecho Constitucional* 8 (23), 139-155.
- SUÁREZ VILLEGAS, J. C. (2015). «Aspectos éticos y deontológicos de la actividad periodística online. Su percepción por los profesionales». *Revista Latina de Comunicación Social* 1 (70), 91-109. doi: 10.4185/RLCS-2015-1036.
- SUÁREZ VILLEGAS, J. C. y CRUZ ÁLVAREZ, J. (2013). «Problemas éticos de la instantaneidad informativa en el entorno digital». *Beatriz Lloves y Francisco Segado (coords.), I Congreso Internacional de Comunicación y Sociedad Digital*.
- TARUFFO, M. (2013). *Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos*. México: Cuadernos de Divulgación de la Justicia Electoral.
- TERUEL LOZANO, G. M. (2015). *La lucha del derecho contra el negacionismo: una peligrosa frontera. Estudio constitucional de los límites penales a la libertad de expresión en un ordenamiento abierto y personalista*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- (2016). «Libertad de expresión y censura en Internet». *Estudios de Deusto* 62 (2), 41. doi: 10.18543/ed-62(2)-2014pp41-72.
- (2020). «Una lectura garantista de las nuevas tendencias en la lucha europea contra la difusión del mensajes terroristas en internet». *Revista de Derecho Constitucional Europeo* (34).
- TORRES DEL MORAL, A. (2010). *Principios de derecho constitucional español*. Madrid: Servicio de Publicaciones. Universidad Complutense.
- URÍAS MARTÍNEZ, J. (2014). *Principios de Derecho de la Información*. 3ª Ed. Madrid: Tecnos.
- (2020). «La verdad no os hará libres (si es obligatoria)». *Revista Contexto* (260).
- VÁZQUEZ ALONSO, V. J. (2020a). «El problema constitucional de la falsedad». *Agenda Pública | El País*.

- (2020b). «Twitter no es un foro público pero el perfil de Trump sí lo es. Sobre la censura privada de y en las plataformas digitales en los EEUU». *Estudios de Deusto* 68 (1), 475-508. doi: 10.18543/ed-68(1)-2020pp475-508.
- VEGA RUIZ, J. A. de. (1997). *Libertad de expresión, información veraz, juicios parciales, medios de comunicación*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces.
- VIEHWEG, T. (2012). *Tópica y jurisprudencia*. editado por T. de L. D. Picazo. Madrid: Civitas.
- VILLAVARDE MENÉNDEZ, I. (1995). *Los derechos del público. El derecho a recibir información del artículo 20.1 d) de la Constitución Española de 1978*. Madrid: Tecnos.
- (2002). «Introducción histórica a las libertades de información y expresión». en *Las libertades de información y de expresión: actas de las VII jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional* (págs. 11-44). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- (2016). «Verdad y Constitución. Una incipiente dogmática de las ficciones constitucionales». *Revista Española de Derecho Constitucional* 36 (106), 149-201. doi: 10.18042/cepc/redc.106.04.
- VRAGA, E. K. y BODE, L. (2020). «Defining Misinformation and Understanding its Bounded Nature: Using Expertise and Evidence for Describing Misinformation». *Political Communication* 37 (1), 136-144. doi: 10.1080/10584609.2020.1716500.
- WILLIAMS, B. (2006). *Verdad y veracidad una aproximación genealógica*. Tusquets.

PRE-PACK CONCURSAL Y DERECHO COMPARADO

Bankruptcy Prepack and Comparative Law

César Gilo Gómez
Profesor Asociado
Universidad de Salamanca

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-69\(2\)-2021pp111-121](http://dx.doi.org/10.18543/ed-69(2)-2021pp111-121)

Recibido: 11.10.2021

Aceptado: 13.12.2021

Resumen

La importancia del mecanismo denominado como Pre-Pack y su incipiente utilización en nuestro país convierte en esencial dirigir nuestra mirada hacia aquellos países que ya cuentan con una cierta tradición en la materia para poder así anticipar los efectos que se espera que produzca la utilización de este mecanismo por parte de los actores de la insolvencia en España. En este sentido, mientras que los países anglosajones como Reino Unido o Estados Unidos cuentan con un mayor bagaje en la materia, los países continentales están adaptando en los últimos tiempos sus sistemas de insolvencia hacia esta nueva corriente respecto a la que sólo puede tenerse claro una cosa: ha llegado para quedarse.

Palabras claves

Deudor, acreedores, unidad productiva, negociación, venta, Tribunal.

Abstract

The importance of the mechanism referred to as Pre-Pack and its incipient use in our country makes it essential to direct our gaze towards those countries that already have a certain tradition in the field in order to be able to anticipate the effects that are expected to produce the use of this mechanism by the insolvency agents in Spain. In this sense, while the Anglo-Saxon countries such as the United Kingdom or the

United States have a greater background in the matter, The continental countries are recently adapting their insolvency systems to this new trend for which one thing can only be clear: it is here to stay.

Keywords

Debtor, creditors, production unit, negotiation, sale, Court.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. ORIGEN DEL MECANISMO PRE-PACK. III. EL PRE-PACK EN REINO UNIDO. IV. EL PRE-PACK EN HOLANDA. V. EL PRE-PACK EN ESTADOS UNIDOS. VI. EL PRE-PACK EN FRANCIA. VII. EL PRE-PACK EN ALEMANIA. VIII. EL PRE-PACK EN LA DIRECTIVA (UE) 2019/1023. IX. CONCLUSIONES. X. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La introducción judicial en nuestro país del mecanismo de venta anticipada de la unidad productiva denominado Pre-Pack ha supuesto una auténtica revolución doctrinal ante las posibilidades y esperanzas depositadas en un procedimiento del cual se espera que suponga una importante solución para la avalancha de procedimientos concursales que se avecinan, una vez finalice la prórroga de la moratoria concursal vigente hasta el próximo 31 de diciembre de 2021.

Conocemos las directrices y protocolos establecidos en España para la adaptación de este mecanismo, pero, ¿cómo se articula este procedimiento en los países con tradición que ya llevan tiempo con él establecido?

Ésta y otras preguntas pretenden ser respondidas en este estudio.

II. ORIGEN DEL MECANISMO PRE-PACK

El Pre-Pack es un concepto anglosajón que procede de la expresión inglesa «pre-packaged insolvency sale» que significa literalmente: venta concursal preempaquetada y que viene a identificar aquel procedimiento que busca la venta de los bienes del deudor cuya declaración de concurso es inminente, con carácter previo a la propia declaración del mismo.

Con ello se pretende conseguir dos objetivos: en primer lugar evitar que la imagen negativa asociada a toda declaración de concurso recaiga sobre los activos del deudor, reduciendo tanto su valor como las posibilidades de su venta. En segundo lugar, la venta anticipada de los bienes busca impedir que la propia tramitación del concurso suponga una depreciación de los mismos provocada por el efecto del paso del tiempo hasta que el procedimiento concursal finalice.

Como puede deducirse de su terminología, el Pre-Pack tiene su raíz en la cultura anglosajona, pudiéndose traducir literalmente como un «pre-paquete» o más concretamente como «insolvencia preempaquetada», haciendo alusión a la venta conjunta de bienes o en «paquete», que en España identificamos como unidad productiva.

III. EL PRE-PACK EN REINO UNIDO

Como veremos a continuación, aunque el origen del Pre-Pack no reside en el Reino Unido, el desarrollo legislativo de esta materia en el país británico ha sido muy importante.

El origen del Pre-Pack en Reino Unido debe remontarse a la Ley de Emprendimiento del año 2002, anterior a nuestra anterior normativa concursal, la cual ya preveía la posibilidad de que sean los administradores sociales de la empresa (y no el Juzgado) los que eligiesen un administrador concursal —«insolvency practitioner»— para que negociara la venta de la unidad productiva¹. La práctica judicial permite la venta de mencionada unidad productiva en una serie de sencillas y poco formalistas fases donde el propio administrador concursal es el designado para actuar en el procedimiento judicial donde automáticamente se vende la unidad productiva, siendo habitual que la venta se produzca a personas especialmente relacionadas con el deudor, sin que exista una oposición a la venta por parte de los acreedores privilegiados².

El *Statement of Insolvency Practice, 16*, contempla la figura del *pre-pack sales* para definir el acuerdo en virtud del cual la totalidad o parte del negocio de una empresa se negocia con un comprador antes del nombramiento de un administrador, siendo el administrador el que efectúa la venta una vez nombrado.

El precio obtenido en la venta se distribuye entre los acreedores privilegiados y en el caso de existir sobrante, se pasa a los acreedores no privilegiados.

Es precisamente esa flexibilidad y ese menor control judicial lo que en gran parte diferencia al procedimiento del Reino Unido del resto de procedimientos de Pre-Pack, girando las críticas respecto al hecho de que no exista control alguno que impida que el adquirente de la unidad productiva sea una persona especialmente relacionada con el deudor³. De igual forma, la

¹ Nos encontramos ante un profesional experto que supervisa el procedimiento de venta de la unidad productiva. Una vez se declara el concurso, se convierte en el administrador concursal y es en el seno del mismo donde emite su opinión de cara a que el Juzgado tome una decisión con toda la información posible.

² La razón reside en que precisamente las personas más cercanas al deudor son aquellas que más información tienen sobre la unidad productiva y las que pueden ofrecer un precio real respecto a la misma, ya que poseen una información de la que carecen el resto de posibles oferentes.

³ De hecho, ha surgido el término «phoenixing» para identificar aquella práctica que consiste en la venta del negocio por parte de sus directores a otras empresas de su propiedad y a un precio inferior al de mercado, manteniendo de esta forma el control de la empresa pero sin asumir las deudas. Incluso, aunque la venta no se produzca a una empresa controlada por los directores, el hecho de que el comprador tenga algún tipo de vínculo con el deudor, le proporcionará el acceso a una mayor información, que puede ocasionar que no se maximice el precio de venta al no existir competencia en la compra.

relación del administrador concursal que interviene en esta fase extrajudicial con el deudor y con los acreedores privilegiados es muy estrecha al haber sido nombrado por éstos, lo que suscita cierto recelo por la sospecha de falta de independencia.

Finalmente, la falta de publicidad y control judicial sobre las negociaciones de venta del negocio es otro de los puntos de fricción del procedimiento británico, lo que ha conllevado la intervención del gobierno británico para tratar de incorporar mejoras que conviertan el sistema más independiente y más garantista⁴.

IV. EL PRE-PACK EN HOLANDA

El procedimiento holandés guarda semejanzas con el establecido en Reino Unido, diferenciándose ambos por la figura del «silent trustee», un administrador concursal solicitado por el deudor y con la aprobación del Juzgado, para que se encargue de la fase preparatoria de la venta del conjunto de sus activos. La totalidad de esta fase es llevada a cabo con la participación de este «administrador concursal» quien se convierte en definitivo una vez se produce la apertura del procedimiento concursal, siendo el profesional que mejor preparado se encuentra para poder culminar la venta de los bienes de forma inmediata a la declaración de la insolvencia por medio del Pre-Pack, informando al Juzgado de todos aquellos datos económicos necesarios para poder culminar la operación.

La autorización judicial de venta dependerá de la información que suministre el administrador concursal respecto a las operaciones llevadas a cabo en la fase preparatoria.

Destacamos del sistema holandés la figura de «experto en reestructuraciones», el cual es nombrado con autorización judicial y cuya retribución se establece judicialmente —sin acudir a ningún arancel— siendo abonada por el deudor si ha sido éste quien lo ha propuesto o por los acreedores en el caso de que la iniciativa haya partido de éstos.

Este procedimiento se diferencia del procedimiento inglés en que es el Juzgado el que designa definitivamente al futuro administrador concursal

⁴ El Gobierno de Reino Unido ha abordado reformas que mejoren el sistema, introduciendo garantías de transparencia y publicidad. Destacamos en este sentido el «*Graham Review into Pre-Pack Administration*» de 16 de junio de 2014. Las principales medidas fueron dos: Crear una lista de profesionales independientes y con experiencia para verificar la conveniencia del Pre-Pack y completar un «informe de viabilidad» exponiendo la forma en la que comprador operará en el mercado al menos durante doce meses a partir de la fecha de la revisión, indicando qué hará el comprador de manera diferente a la empresa insolvente para evitar incurrir adicionalmente en insolvencia.

que debe supervisar la negociación y que posteriormente será aprobada en el seno del procedimiento concursal a través de Pre-Pack, misma previsión que desea implantarse en nuestro país.

V. EL PRE-PACK EN ESTADOS UNIDOS

Uno de los sistemas concursales más prácticos del mundo es sin lugar a dudas el régimen norteamericano establecido en su famoso *Chapter Eleven* del *Title Eleven* del *United States Code*. Pero antes de acudir al procedimiento formal del *Chapter Eleven*, existe un mecanismo previo como parte de las alternativas extrajudiciales que es el conocido como *Pre-Packaged Plan*.

La denominación del *Pre-packaged Plan* procede del vocabulario propio de las comidas rápidas norteamericanas preparadas con anticipación a la venta y busca identificar aquellas negociaciones que se producen con carácter previo al comienzo del proceso judicial, siendo este país donde se utilizó por primera vez el mecanismo del Pre-Pack para las situaciones de insolvencia.

Nos encontramos ante un acuerdo que alcanza el deudor con financiadores y con algunos acreedores pero que necesita ser aprobado judicialmente para asegurar la aceptación del resto de interesados que no han participado en la fase de negociaciones. Por esta razón, las empresas, antes de acudir al procedimiento concursal, buscan tener todos los apoyos necesarios para asegurar que el Pre-Pack sale adelante⁵.

En este caso, existen distintas fórmulas de materializar el Pre-Pack: bien en una negociación del deudor con sus acreedores antes de acudir al *Chapter Eleven* para contar con los votos favorables para que la venta sea realizable, o bien mediante la presentación de un *Chapter Eleven* para alcanzar en el seno del procedimiento judicial el voto favorable de los acreedores para conseguir la venta.

Debe destacarse que se encuentran legitimados tanto el deudor como los acreedores para formular un plan de reorganización de la empresa que debe tener los suficientes apoyos como para ser aprobado.

Una de las principales ventajas del *Pre-Packaged Plan* es su menor duración comparado con el proceso del *Chapter Eleven*, estimándose que la venta a través del *Pre-Pack* puede materializarse entre 1 y 4 meses mientras que el proceso ordinario por medio del *Chapter Eleven* puede durar entre dos y tres años, además de tener gastos mayores que en el Pre-Pack. En todo caso, la

⁵ Los estudios revelan que las empresas que acuden al *prepackaged plan* tienen un perfil similar: empresas pequeñas económicamente viables, con problemas de liquidez inmediata, con deuda a corto plazo y con buena coordinación con sus acreedores.

principal fortaleza del Pre-Pack norteamericano es el ahorro de tiempo, más que el ahorro económico⁶.

A diferencia del sistema inglés, el Pre-Pack estadounidense no busca la maximización del beneficio de los acreedores, sino el mantenimiento de la actividad de la empresa incluso aunque el precio de lo obtenido sea inferior a lo que supondría liquidar sus bienes de forma independiente. De igual forma, el sistema norteamericano tiene una mayor intervención judicial que el británico.

La principal crítica que recibe el mecanismo implantado en los Estados Unidos es que se tiene la sospecha de que el administrador encargado de efectuar la venta, por su especial relación tanto con el equipo directivo de la empresa como con los principales acreedores de la misma, favorece los intereses de éstos antes de los de otro tipo de acreedores más débiles, los cuales prácticamente desconocen las negociaciones efectuadas y por tanto si el precio de la venta ha sido el mayor posible, dada la ausencia de publicidad de la negociación. En este sentido, los deudores suelen mantener un importante control en este tipo de ventas, lo que puede conllevar el perjuicio de algunos acreedores.

VI. EL PRE-PACK EN FRANCIA

El sistema francés siempre ha contenido un espíritu de preservación de los negocios en situación de crisis en su legislación de insolvencia, la cual se encuentra inserta en el Libro IV del Código de Comercio de 1985.

Desde 2005 cuenta con el sistema de «*sauvegarde*», que es el procedimiento de insolvencia propiamente dicho. Sin embargo, con carácter previo a mencionado procedimiento, el ordenamiento francés dispone del «*mandat ad hoc*», un procedimiento previo a la insolvencia que ni siquiera requiere que el deudor deba encontrarse en insolvencia —no debe estar ya en esta situación— sino que se acude a este procedimiento cuando empiezan a surgir las primeras dificultades. De igual forma, se dispone del «*conciliation*», procedimiento confidencial que se inicia con una solicitud por parte del deudor al Juzgado, el cual designará a un conciliador que buscará un acuerdo que posibilite al deudor continuar con su negocio.

⁶ Coincidimos con la profesora JACQUET YESTE en que la figura norteamericana del Pre-Pack tiene una naturaleza híbrida entre el convenio preconcursal y el convenio concursal, combinando los bajos costes, sobre todo los indirectos, de una reorganización extrajudicial y los beneficios de una reorganización judicial. Vid. JACQUET YESTE, T., «Contribución a la caracterización de la propuesta anticipada de convenio», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n.º 4, Sección Varia, Primer semestre de 2006, Editorial LA LEY, pág. 227.

Cuando se acude al «*sauvegarde*» es porque la empresa se encuentra ante dificultades que no puede superar. Una vez solicitado, se designa un administrador judicial que supervisa la operación.

En 2014 se creó la «*sauvegarde accélérée*» reservada a un deudor que no esté en suspensión de pagos y que busca, como su propio nombre indica, una salida rápida de la situación. En este procedimiento, los acreedores votan la propuesta que ya conocen del sistema de conciliación anterior.

La principal crítica al sistema francés, es que, a pesar de la evidente mejora del sistema de anticipación, la propia idiosincrasia de la sociedad francesa y la tradicional naturaleza sancionadora del derecho de insolvencia francés, produce que las empresas miren con recelo este mecanismo⁷.

VII. EL PRE-PACK EN ALEMANIA

La tradición del derecho alemán no ha sido apostar por sistemas que permitiesen salvar empresas, centrándose en la correcta tutela de los derechos de los acreedores. Sin embargo, a partir del año 2011 se buscó facilitar la reorganización de empresas, creando un escudo protector para las mismas denominado «*schutzschirmverfahren*».

Esta reforma incluyó la figura del administrador de la insolvencia, que puede intervenir en una etapa más temprana denominada insolvencia preliminar o en la posterior etapa de insolvencia, sin que el hecho de haber intervenido previamente le perjudique.

Para poder acceder a este sistema de escudo protector el deudor tiene que solicitarlo al Tribunal, probando que tiene posibilidad de reestructurarse. El Tribunal designará a un supervisor provisional encargado de controlar a la administración del deudor.

El escudo protector alemán —Pre Pack alemán— busca aumentar las posibilidades de lograr la reestructuración temprana de la empresa sin que los administradores pierdan el control de la misma. Anticipándose a la apertura del procedimiento judicial, se permite que nada más abrirse el mismo, los acreedores puedan votar el plan de venta.

A diferencia del Pre-Pack inglés, el alemán tiene una fase de negociación menos privada y con una mayor intervención de los Tribunales gracias al supervisor nombrado. Con ello, se evita el riesgo de que unas partes más fuertes que otras puedan usar su influencia en su beneficio, perjudicando al

⁷ Vid. en este sentido PÉROCHON, F., «La prevención de las crisis en Derecho Francés», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n.º 15, Sección Derecho Comparado, Segundo semestre de 2011, Editorial Wolters Kluwer, págs. 511-521, quien destaca la mejora clara sobre el papel pero todavía no sobre el terreno.

resto de acreedores, riesgo que sí se materializa en los ordenamientos inglés y norteamericano.

VIII. EL PRE-PACK EN LA DIRECTIVA (UE) 2019/1023

La implantación del Pre-Pack no sólo en España —actualmente introducido únicamente gracias a la aportación Judicial— sino en el resto de países europeos se prevé que pueda efectuarse por medio de la Directiva (UE) 2019/1023, sobre marcos de reestructuración preventiva, medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deuda, texto normativo con una importante amplitud, que pretende asumir los problemas suscitados en distintos países de la Unión Europea derivados de la liquidación de empresas y que prevé expresamente la necesidad de anticipar la solución de insolvencia en los ordenamientos jurídicos del resto de estados miembros (artículo 1.1).

Así, la Directiva incluye como novedades la obligación de los Estados miembros de garantizar que los deudores puedan acceder a un marco de reestructuración preventiva que les permita reestructurar su deuda, contempla entre las medidas dirigidas a la «reestructuración» la venta de activos o partes de la empresa así como la venta de la empresa como empresa en funcionamiento (artículo 2.1 de la Directiva)⁸.

En este sentido, el artículo 2.1.12 de la Directiva regula la figura del «administrador en materia de reestructuración» a modo de profesional que participará en esa fase de negociación de cara a elaborar o negociar un plan de reestructuración. Este profesional es nombrado antes de la declaración de concurso y su cometido es ayudar al deudor a tratar de reestructurar su deuda.

Seguidamente, el artículo 4.5 de la Directiva prevé expresamente la posibilidad de que las negociaciones para la reestructuración preventiva se lleven a cabo en un contexto extrajudicial, avalando expresamente de este modo que el acuerdo de venta se produzca extra muros del procedimiento concursal.

Sin embargo, mencionado texto legal no es el primero emanado desde el Consejo de la Unión Europea respecto al que ha sido necesario determinar su compatibilidad con el *Pre-Pack*. Así, en el año 2017, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea tuvo que examinar por primera vez desde el punto de vista del Derecho de la Unión, el *Pre-Pack*, a raíz de la petición de decisión prejudicial formulada por el Tribunal de Primera Instancia de los Países

⁸ El Considerando 2 de la Directiva señala que la reestructuración debe permitir a los deudores en dificultades financieras continuar su actividad empresarial incluso con la venta de la empresa en su conjunto.

Bajos, pronunciamiento que se materializó en la Sentencia dictada por la Sala Tercera del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en fecha 22 de junio de 2017⁹.

Mencionada resolución versa sobre el mantenimiento de los derechos de los trabajadores en los supuestos de transmisión de empresas mediante el mecanismo del Pre-Pack.

Acudiendo a las conclusiones efectuadas por el Abogado General —Sr. Paolo Mengozzi—, encontramos como se hace en primer lugar una referencia al término Pre-Pack, dejando claro que se trata de una operación sobre los activos de una empresa en crisis que se prepara antes de la apertura del procedimiento de insolvencia de la mano de un administrador cuyo nombramiento corresponde a un Tribunal en algunas jurisdicciones —salvaguardando de esta forma la existencia de jurisdicciones como en el Reino Unido donde el nombramiento se produce por parte del deudor o de los acreedores—.

El Abogado general destaca el loable objetivo que busca el mecanismo del Pre-Pack al pretender salvar las unidades productivas del deudor que siguen siendo viables económicamente. Sin embargo, puntualiza que la cuestión planteada no se refiere a la admisibilidad en el Derecho de la Unión del Pre-Pack como tal, sino a la interacción entre referido Pre-Pack y la Directiva 2001/23, concluyendo que un procedimiento como el Pre-Pack no puede considerarse como un procedimiento de quiebra o un procedimiento de insolvencia análogo abierto con vistas a la liquidación de los bienes del cedente y que, pese a desarrollarse parcialmente en el marco de un procedimiento de quiebra, no está comprendido en la excepción prevista en el apartado 1 del artículo 5 de la Directiva 2001/23, por lo que el régimen de protección de los trabajadores previsto en los artículos 3 y 4 de la Directiva es aplicable en caso de transmisión de una empresa por Pre-Pack.

Y es que el hecho de que se transmita la unidad productiva de la empresa mediante Pre-Pack tiene por objeto la continuación de la explotación de la empresa y la maximización en la satisfacción de los créditos de los acreedores sin que ello pueda conllevar la no activación del régimen de protección previsto en la Directiva 2001/23 a favor de los trabajadores.

Destacamos de la resolución el hecho de que se apunte expresamente que la intervención judicial en el marco del procedimiento que da lugar al Pre-pack tiene como consecuencia que el acuerdo de traspaso de la empresa adquiera el valor y la fuerza de una decisión judicial, y no los de un simple acuerdo de carácter contractual, que podría ser modificado o no ejecutado.

⁹ Sentencia de 22 de junio de 2017, Smallsteps BV, C-126/16, EU:C:2017:489.

IX. CONCLUSIONES

El Pre-Pack es un procedimiento nuevo en nuestro país pero con cierta tradición en otros países como Reino Unido, Holanda, Alemania, Francia y sobre todo en Estados Unidos.

En los estados continentales, la figura del administrador concursal designado previamente a la insolvencia es fundamental para culminar con éxito la operación de venta. Al final, el objetivo es contar con un profesional técnico jurídico-económico que supervise la operación y que pueda informar de la misma ante el Juzgado llegado el momento. De esta forma se consigue evitar las rigideces del procedimiento concursal, contando por el contrario con la agilidad propia de la fase extrajudicial, todo ello combinado a su vez con la seguridad jurídica necesaria en una venta de estas características a través de la consiguiente aprobación judicial de la operación.

Por el contrario, los sistemas anglosajones evitan las rigideces propias de los ordenamientos continentales, lo que les permite una mayor agilidad para alcanzar soluciones en la fase extrajudicial, sacrificando en muchas ocasiones los intereses de los pequeños acreedores.

El sistema que se pretende instaurar en España —particularmente el propuesto por los Juzgados de lo Mercantil de Barcelona—, bebe del sistema inglés y holandés —fundamentalmente de este último—, previendo un mecanismo donde sea nombrado un experto en reestructuraciones extramuros del concurso que pueda preparar la venta en la fase extrajudicial para culminar la misma en la vía judicial, con la consiguiente supervisión de los Tribunales de Justicia.

X. BIBLIOGRAFÍA

JACQUET YESTE, T., «Contribución a la caracterización de la propuesta anticipada de convenio», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n.º 4, Sección Varía, Primer semestre de 2006, Editorial LA LEY, pág. 227.

PÉROCHON, F., «La prevención de las crisis en Derecho Francés», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n.º 15, Sección Derecho Comparado, Segundo semestre de 2011, Editorial Wolters Kluwer, págs. 511-521.

LA DOCTRINA DE LA SUSTITUCIÓN
CONSTITUCIONAL EN COLOMBIA:
UNA APROXIMACIÓN A LA JURISPRUDENCIA
CONSTITUCIONAL*

*The doctrine of constitutional substitution in Colombia:
an approach to constitutional Jurisprudence*

Milton César Jiménez Ramírez

Abogado, Universidad de Caldas

Especialista en Derecho Constitucional, Universidad Nacional de Colombia;

Magister en Derecho Público, Universidad Externado de Colombia;

Doctor en Derecho, Universidad Carlos III de Madrid; docente investigador
del Departamento de Jurídicas de la Universidad de Caldas

Paulo Bernardo Arboleda Ramírez

Abogado, Universidad de Medellín; Especialista en Derecho Público,

Universidad Externado de Colombia; y, Magister en Derecho, Universidad de Medellín;
docente del Departamento de Jurídicas de la Universidad de Caldas

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-69\(2\)-2021pp123-148](http://dx.doi.org/10.18543/ed-69(2)-2021pp123-148)

Recibido: 29.07.2021

Aceptado: 13.12.2021

Resumen

La sustitución implica el reemplazo o la limitación excesiva de un elemento definitorio o estructural de la constitución en el marco de la reforma constitucional. Se ha establecido como una metodología judicial para discernir si una reforma constitucional puede ser inconstitucional. Este estudio hace una aproximación al concepto de la

* Este trabajo de investigación es producto de una estrategia de cohesión investigativa en el marco del proyecto de investigación: «Derecho y Ciencia» y de la política de producción investigativa del Centro de Investigaciones Jurídicas, Políticas y Sociales (CIS).

sustitución de la constitución en Colombia, instaurado a través de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, con el fin de determinar sus principales fundamentos y requisitos de aplicación. Esta investigación se divide en dos partes: i) La identificación de las principales razones utilizadas por el Tribunal constitucional para fundar esta doctrina, especialmente el concepto de defensa de la supremacía constitucional y el poder constituyente; ii) evidenciar la evolución de la doctrina desde su surgimiento en el 2003 hasta el 2019; finalmente, se presentarán las conclusiones relacionadas con la posibilidad que la sustitución se convierta en una extralimitación judicial. Esta investigación utilizó el método bibliográfico o documental con enfoque hermenéutico y analítico, específicamente para la identificación y estudio de la jurisprudencia constitucional.

Palabras clave

Poder constituyente, Reforma constitucional, Supremacía constitucional, Sustitución constitucional.

Abstract

Substitution implies the replacement or excessive limitation of a defining or structural element of the constitution within the framework of the constitutional reform. It has been established as a judicial methodology to discern whether a constitutional reform may be unconstitutional. This study makes an approach to the concept of the replacement of the constitution in Colombia, established through the jurisprudence of the Constitutional Court, in order to determine its main foundations and application requirements. This investigation is divided into two parts: i) The identification of the main reasons used by the Constitutional Court to found this doctrine, especially the concept of defense of constitutional supremacy and constituent power; and ii) demonstrate the evolution of the doctrine from its emergence in 2003 to 2019. Finally, the conclusions related to the possibility that the substitution could become a judicial overreach will be presented. This research used the bibliographic or documentary method with a hermeneutical and analytical approach, specifically for the identification and study of Constitutional Jurisprudence.

Keywords

Constituent Power, Constitutional Reform, Constitutional Supremacy, Constitutional Substitution.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y PODER CONSTITUYENTE: FUNDAMENTOS DE LA DOCTRINA DE LA SUSTITUCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN. 1. *Supremacía constitucional*. 2. *Poder Constituyente*. III. DOCTRINA DE LA SUSTITUCIÓN EN EL RÉGIMEN JURÍDICO DE PAZ. IV. CONCLUSIONES. V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

I. INTRODUCCIÓN

La Corte Constitucional se erige como máxima guardiana de la integridad de la Constitución Política de 1991 y, en consecuencia, desde 2003 ha realizado interpretaciones en sus sentencias sobre los artículos constitucionales que establecen los mecanismos de reforma de la Constitución; es así como esta Alta Corte ha desarrollado la doctrina de la sustitución constitucional para definir los límites de competencia del poder constituyente derivado—Función legislativa—, frente a la posibilidad de éste de cambiar ejes esenciales o contenidos axiológicos fundantes del ordenamiento jurídico colombiano. Este estudio hace una aproximación al concepto de la sustitución de la constitución en Colombia, instaurado a través de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, con el fin de determinar sus principales fundamentos y requisitos de aplicación, especialmente para discernir si una reforma constitucional puede ser inconstitucional.

La Constitución Política de 1991 fue clara y expresa al manifestar en su artículo 241 que la Corte Constitucional tiene la facultad de realizar la revisión constitucional de los actos reformativos de la Constitución, solamente por vicios de forma o procedimentales. Desde 1992 hubo consenso jurisprudencial y doctrinal, y la Corte invocando los “estrictos y precisos términos” del artículo 241, no realizaba ninguna revisión material o competencial de los actos legislativos. No obstante, en la Sentencia C-551 de 2003 con ponencia de Eduardo Montealegre se dijo que “aunque la constitución no tiene cláusulas pétreas, ni principios intangibles de manera expresa, las reglas de competencia impiden que la constitución sea sustituida por otra diferente”. La Corte expresa que el control constitucional sobre las reformas constitucionales “recae entonces sobre el procedimiento de reforma y no sobre el contenido material del acto reformativo”.

Sin embargo, la Corte matizó dicho control a través de la explicación de lo que se debe entender por vicio de forma o procedimental¹. Al respecto,

¹ Sobre este poder de reforma se encuentra la Corte Constitucional de Colombia; entidad judicial encargada de velar por la integridad y la supremacía de la constitución en los términos de los artículos 241 al 244 de la Constitución Política. En consecuencia, la Corte Constitucional, según el artículo 241, numeral 2, tiene entre sus funciones estudiar la

estableció que el vicio de forma o de procedimiento contiene dos tipos de defectos que son posibles de identificar sin tener que confrontar el contenido de la ley con la norma superior: Vicios de trámite o relativos al curso del acto reformatorio; y vicios de competencia para emitir determinados contenidos constitucionales. Por lo tanto, con dicho argumento, la Corte justifica que el control competencial, también es un control formal o de procedimiento.

La Corte interpreta que el poder de reforma es un poder constituyente derivado, lo que indica que a través de una reforma no se podrá sustituir la constitución, ya que el único que estará facultado o tiene la competencia para hacerlo será el constituyente primario. Ello significa que la tesis de sustitución surge como un límite al poder de reforma; en consecuencia, se estará ante una sustitución y no una reforma, cuando el acto reformatorio afecta la identidad de la constitución, modificando los principios o ejes axiales o definitorios de la constitución.

Dadas las cosas, esta investigación se dividen en dos partes: i) La identificación de las principales razones utilizadas por el Tribunal constitucional para fundar esta doctrina, especialmente el concepto de defensa de la supremacía constitucional y el poder constituyente; ii) evidenciar la evolución de la doctrina desde su surgimiento en el 2003 hasta el 2019; finalmente, se presentarán las conclusiones relacionadas con la posibilidad que la sustitución se convierta en una extralimitación judicial.

II. SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y PODER CONSTITUYENTE: FUNDAMENTOS DE LA DOCTRINA DE LA SUSTITUCIÓN DE LA CONSTITUCIÓN

La Corte Constitucional, desde 1996, inició un trabajo jurisprudencial en torno a la reforma de la Constitución Política de 1991 (Sierra, 1998), desde la comprensión del principio de supremacía constitucional². En tal sentido, la Corte Constitucional señala que el sistema normativo está jerarquizado para permitir unidad, coherencia y armonía entre las normas jurídicas, de manera que exista un orden axiológico y normativo. Entonces, la jerarquía de las normas jurídicas se configura en torno a la Constitución Política de 1991 en lo más alto del

constitucionalidad de las normas jurídicas solo por vicios de forma con anterioridad al pronunciamiento popular, sobre la constitucionalidad de la convocatoria a un referendo o a una Asamblea Constituyente para reformar la constitución. Se entiende por este tipo de vicios aquellos que están constituidos por todas las anomalías en que se incurre durante el trámite o proceso legislativo, ya sea por la omisión o quebrantamiento de cualquiera de los requisitos impuestos por el orden jurídico al proceso de formación y aprobación de las leyes, los que afectan su eficacia y validez.

² Véase: Sentencias: C-037 de 1996, C-037 de 2000, C-1290 de 2001, C-207 de 2003, T-688 de 2003 y C-398 de 2006.

ordenamiento jurídico, siendo ésta la fuente de validez de las demás normas jurídicas (Hesse, 1963; Kelsen, 1995). Así, las normas jurídicas de inferior categoría, deben ser coherentes e imputar con las superiores, y desarrollarlas o al menos no contradecirlas. Estas exigencias garantizan la coherencia interna del sistema jurídico, el cual está regido por un sistema axiológico que promueve la racionalidad del ordenamiento (Corte Constitucional, Sentencia C-037 de 2000).

De ahí la importancia del principio de supremacía constitucional que soporta a los principios esenciales de la constitución, entendiéndose por estos como aquellos fundamentos axiológicos esenciales en un determinado ordenamiento jurídico. En este orden de ideas, la Corte Constitucional desarrolló la teoría de la sustitución de la constitución, la cual consiste en la existencia de principios estructurales; esto con la finalidad de no permitir el cambio en la esencia de la constitución por parte del poder constituyente derivado —Congreso de la República—. Sobre este asunto, la Alta Corporación, en Sentencia C-551 de 2003, manifestó que solo procede la sustitución de la constitución por Asamblea Nacional Constituyente, a través de la cual el pueblo concede la facultad de expedir una nueva constitución e instituir una opuesta o contraria a la vigente; posibilidad expresamente permitida en el artículo 376 de la Carta.

1. *Supremacía constitucional*

La supremacía de la constitución representa una garantía de los diseños constitucionales modernos pues su objetivo era no solo establecer a la constitución como una norma fundamental y prioritaria, sino como un instrumento del control del poder. Por ello, la supremacía de la Constitución (Guastini, 2010). es un freno a los intentos del poder público y de cualquier poder de desconocer el deber ser y las decisiones políticas sociales y económicas dispuestas por el constituyente. La supremacía asegura la vigencia de los mandatos políticos y especialmente de los axiológicos. Una defensa de la supremacía representa una carta necesaria para la gestión judicial, y una tarea justificativa de la existencia de la garantía jurisdiccional de la constitución. A la par, esa garantía jurisdiccional encarnada en el tribunal constitucional impone restricciones a la función legislativa y a las opciones del constituyente derivado, o también llamado poder de reforma de la constitución. Tales restricciones le otorgan el papel de legislador negativo cuando controla la constitucionalidad de las leyes frente a la constitución, pudiendo declararlas inconstitucionales y retirarlas del ordenamiento jurídico (Kelsen, 1995); pero también lo convierte en un constituyente negativo³ cuando para garantizarla primacía, la fuerza normativa y la

³ La aplicación de la supremacía de la constitución en el control de constitucionalidad puede verse soportado en la Sentencia C-054/16, al efecto: “Ante comprensiones diferentes de una misma disposición el intérprete debe escoger una de ellas para ser aplicada en

supremacía de la constitución, debe vigilar que el constituyente derivado, bien el legislador a través del acto legislativo, o cuando convoca al pueblo a un referendo o a la elección de una asamblea constituyente reformativa, no respeta los procedimientos dispuestos para la reforma constitucional o pretende suplantarlo el lugar y las facultades del poder constituyente originario.

Dadas las cosas, la supremacía de la constitución es un fundamento trascendental para la implementación de la doctrina de la sustitución de la constitución pues tratándose de constituciones rígidas y flexibles (Ferrajoli, 2014), estas puede ser objeto de cambios conforme a las coyunturas políticas, sociales y económicas, y conforme a estos momentos, más allá de lo límites jurídicos, evadir, eludir o desconocer las decisiones fundamentales que establecieron la estructura básica de la constitución, lo que implicaría reducir la constitución, menguar sus consagraciones básicas tanto en la estructura, en su identidad como en los derechos y principios que consagra, cuando esta decisión requiere la presencia de un procedimiento democrático incluyente, deliberativo y políticamente trascendental, capaz de marcar la historia institucional de un Estado como es una asamblea constituyente total. En otras palabras, la presencia del poder constituyente originario. Mientras no se respete este procedimiento el cual garantiza la supremacía constitucional, la tarea del tribunal constitucional será requerir el respeto a estas decisiones fundamentales, particularmente salvaguardando su vigencia, pero sin caer en la creación jurisprudencial y material de cláusulas pétreas.

2. *Poder Constituyente*

La Constitución Política de Colombia de 1991 se deificó de tal manera que la concepción de Cartas de Batalla (Valencia, 2010) se dejó atrás hasta convertirse en un manual deontológico. La relatividad de la aplicación de sus cláusulas y la interpretación del Tribunal Constitucional matiza la reevaluación de las fuentes del derecho, al igual que las competencias que son asignadas desde el

casos concretos. Sin embargo, si esta tarea es asumida en el marco del control de constitucionalidad, el parámetro de escogencia es la vigencia de la Constitución, por lo que la Corte, a partir de la función directiva de la Carta Política, define qué comprensiones de las normas resultan compatibles con la supremacía constitucional, proscribiendo aquellas que no cumplan con esa condición. A su vez, en caso que ninguna de ellas esté conforme a la Constitución, se infiere la inexecutablez del enunciado normativo y su consecuente expulsión del orden jurídico. En otras palabras, conforme a la función directiva de la supremacía constitucional, la armonía con la Carta Política opera como árbitro entre dichas interpretaciones jurídicas divergentes, otorgándose con ello no solo plena eficacia de dicho principio, sino también seguridad jurídica, la racionalidad y la razonabilidad al orden jurídico en su conjunto (Corte Constitucional, Sentencia C-054 de 2016).

poder originario⁴. La Constitución de 1991 es una constitución parcialmente rígida, en razón a quienes pueden instaurar el proceso de la reforma.

Sobre el constituyente originario, es importante mencionar que la forma de gobierno democrática, en sí misma genera o diseña lo que será la democracia del futuro⁵. El poder constituyente originario es un órgano de representación popular y nacional, cuyo fin está centrado en definir las leyes fundamentales o decisiones político estructurales dentro del Estado y para la determinación de sus fines con controles y protección de los ciudadanos. La tarea de la Asamblea Constituyente total se materializa en decisiones tales como: La organización del Estado, la delimitación y uso de su territorio, la consagración y garantía de los derechos fundamentales, el control del poder, y la democracia (Hesse, 1963). Así pues, se habla entonces de un constitucionalismo moderno en el que la constitución garantiza los fundamentos mínimos para la existencia de una democracia⁶. Este momento histórico en cada sociedad, puede ser asimilado en el pensamiento de Ackerman (2011), como un ejercicio excelso de la política constitucional que la hace diferente del ejercicio común de la misma.

En tal sentido, se presupone que el órgano promotor de la constitución está política y jurídicamente legitimado, debido a su elección popular y por detentar un encargo relevante, como la creación de una constitución con cláusula democrática⁷. La Asamblea constituyente es el momento de mayor expresión de la voluntad política⁸, suficiente para fundamentar que se respete

⁴ En la sentencia C-544 de 1992 la Corte sostuvo que el poder constituyente es el pueblo, en el cual reside la soberanía, entendiéndose como el poder político fundacional permanente, sin límites y sin control jurisdiccional. En este orden de ideas, el poder del pueblo encuentra validez en la propia voluntad política de la sociedad. Al respecto: “El acto de elaboración y de promulgación de la nueva Carta Política de 1991, es el resultado de la combinación armónica de distintos elementos y de varios procesos de orden político y jurídico que, aun cuando conforman un episodio sui generis en la historia constitucional colombiana y sin alterar la normalidad social ni económica de la Nación, permitieron la expresión originaria del poder Constituyente, dentro de cauces institucionales diseñados específicamente, con el fin de superar la crisis que presentaba el modelo de organización del Estado ante los embates del crimen organizado y ante la creciente deslegitimación de las reglas y de los eventos de la democracia representativa vigente” (Corte Constitucional, Sentencia C-544 de 1992).

⁵ Véase: Touraine, A. (2000). *¿Qué es la Democracia?* (Trad. H. Pons). México: Fondo de Cultura Económica. Bobbio, N. (1992). *El futuro de la democracia*. (Trad. J. Fernández Santillán). Bogotá, Colombia: Fondo de Cultura Económica.

⁶ Véase: Gargarella, R. (2004). Constitución y democracia. En S. Albanese, A. Dalla, R. Gargarella, A. Hernández y D. Sabsay (orgs.), *Derecho Constitucional* (págs. 69-85). Buenos Aires: Editorial Universidad.

⁷ Véase: Arboleda, P. y Jiménez, M. (2016). Una aproximación a la filosofía política de la cláusula democrática en la Constitución de 1991. *Revista Filosofía UIS*, (15) 19-46.

⁸ Véase: Schmitt, C. (2009). *El Concepto de lo Político*. Madrid: Alianza Editorial.

la norma constitucional y el proyecto social estipulado, especialmente el de la participación democrática.

De esta manera, se entiende que la constitución surge de un momento democrático, salvaguardado bajo la garantía jurídica y política de la supremacía y garantía jurisdiccional. Sin embargo, no puede desconocerse que la fuerza de la democracia podría dejar sin efecto o reformar indefinidamente la Constitución⁹. La democracia constitucional impone respeto a la racionalidad de los procedimientos como control al poder, a las mayorías y al poder político y social; asimismo, dispone que toda decisión sea también razonable por su respeto a los principios y derechos constitucionales. Por esta razón, si bien en una democracia constitucional es posible la reforma persistente e incluso la existencia de un constitucionalismo abusivo que trate de desplazar el deber ser constitucional, las decisiones esenciales de ese momento constituyente deben persistir hasta no ser nuevamente consideradas por un nuevo poder constituyente originario. Así la vida de una constitución puede implicar la presencia del poder constituyente en dos momentos:

- i) El poder constituyente derivado como aquella posibilidad de reinterpretar los mandatos constitucionales, corregir, complementar, enmendar e incluso optimizar le diseño constitucional. La misión del constituyente derivado es movilizarse bajo la democracia constitucional, responder a las distintas generaciones y a los diferentes momentos políticos e históricos, de ejercer el derecho a la revisión de la constitución, tratando que la reforma constitucional sea la expresión del diálogo social, la síntesis construida fruto del desacuerdo y la inclusión (Gargarella, 2004; Nino, 1997; Waldron, 2005).

La tentación del constituyente derivado será liberarse de las cadenas constitucionales o tratar de convertirse en un mejor autor o padre de la constitución cuando en realidad se trata de un poder constituido y restringido a las estrictas disposiciones de la constitución.

- ii) El poder constituyente originario como un momento de máxima inclusión y diálogo político para trazar un plan social, un deber ser, para la coexistencia social y el establecimiento de un Estado subordinado a los ciudadanos; por ello se trata de un momento político inigualable, pero no único, pues aunque el constituyente originaria desee que su obra persista en el tiempo, eso supondría convertir en un mandato pétreo, que solo podría ser cumplido y no revisado por las nuevas generaciones. De ahí que la tarea del constituyente derivado sea leer y dialogar con el diseño del constituyente originario. Este puede ser el

⁹ Véase: Arboleda, P. y Jiménez, M. (2017). *La garantía judicial de la constitución*. Manizales: Universidad de Caldas.

momento original y sucesivo de presencia de este constituyente. Su obra marca precisamente su desaparición al igual que su pervivencia a través del espíritu y la letra de la constitución. Justo este texto puede llamar nuevamente a su conformación como respuesta a las insuficiencias del diseño constitucional; a la necesidad de crear un diseño concreto conforme a los conflictos políticos, sociales y económicos de un determinado Estado; como respuesta a la presión de las fuerzas políticas y distintos factores de poder imperantes en una sociedad, los cuales pueden exigir una nueva distribución del poder (Lasalle, 2010; Sieyes, 2007); ser la consecuencia del ejercicio de la soberanía popular por parte de los ciudadanos, quienes persistentemente ejerciendo su autogobierno y poder deliberativo, pueden instaurar una crítica permanente al poder social y al poder instituido, exigiendo un balance institucional más acorde con la primacía del poder ciudadano; como respuesta a la configuración de un orden democrático o la finalización de conflictos internos o transiciones de dictaduras a democracias en los que haya imperado la fuerza, en estos casos la constitución impone la reordenación de la sociedad y la fijación de la pretensión de un orden justo por lo cual la constitución puede ser denominada como una constitución revolucionaria, o una norma jurídica que plantea las bases para la estabilidad institucional (Ackerman, 2011; Roznai, 2014; Roznai y Jacobsohn, 2020).

Dadas las cosas, mientras el poder constituyente originario tiene un ámbito de plena libertad configurativa únicamente limitada por principios de carácter internacional tales como los derechos humanos, la separación de poderes, el principio de legalidad o el Estado de derecho y el principio democrático; el constituyente derivado posee restricciones expresas e implícitas. Las expresas de carácter procesal centradas en el respeto al procedimiento de reforma, como el inicio de los debates parlamentarios, las mayorías requeridas, la publicidad, la mínima deliberación y el principio de consecutividad. Las implícitas enfocadas en el respeto e imposibilidad de abolición de las decisiones básicas adoptadas por el creador de la constitución en cuanto a la estructura, identidad y principios y derechos de la constitución. Por tanto, la tarea del tribunal constitucional es velar por el cumplimiento de este esquema de creación, modificación y supresión de la constitución. La sustitución de la constitución es un episodio del control de constitucionalidad de las reformas constitucionales que puede producir la inconstitucionalidad con fundamento en el irrespeto a las competencias del constituyente originario. Para sintetizar este argumento, mientras el constituyente originario crea leyes fundamentales el constituyente derivado crea leyes constitucionales ordinarias, esto es,

leyes que aunque integran la constitución pueden reformarse e incluso abolirse debe persistir y solo pueden ser limitadas proporcionalmente e interpretadas (Schmitt, 1952).

iii) La doctrina de la sustitución de la constitución en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia.

En la Sentencia C-551 de 2003, fundacional de la doctrina de la sustitución de la constitución, se estudió la constitucionalidad de la ley 796 de 2003 —“Por la cual se convoca un referendo y se somete a consideración del pueblo un proyecto de Reforma Constitucional” —. Esta convocatoria a referendo fue realizada por el entonces presidente de la República de Colombia Álvaro Uribe Vélez con el fin de implementar medidas como la pérdida de derechos políticos, la reducción del Congreso y la pérdida de investidura. En esta sentencia se interpretó que la expresión “podrá ser reformada” implica la imposibilidad que la Carta pueda ser sustituida o cambiada por otra, y estableció las diferencias entre reformar y sustituir la Carta, indicando que el Congreso, en su poder de reforma, y el pueblo, en su facultad de decidir democráticamente la suerte de un referendo, carecen de la competencia para sustituir la constitución, pues su poder como órganos constituidos se limita a la potestad de reformarla¹⁰.

La Constitución limita el poder reformativo del Congreso y del pueblo, pues la constitución debe conservar su identidad en su conjunto y desde su contenido material, a pesar de las numerosas reformas que se le realicen¹¹, ya

¹⁰ Al respecto, la Corte Constitucional ha sostenido: Esa interpretación contradice el tenor literal de la Constitución. Así, el artículo 374 de la Carta señala que “la Constitución podrá ser reformada...”. Esta disposición, y en general el Título XIII de la Carta, no se refieren a cualquier Constitución sino exclusivamente a la Constitución colombiana de 1991, aprobada por la Asamblea Constituyente de ese año, que actuó como comisionada del poder soberano del pueblo colombiano. De manera literal resulta entonces claro que lo único que la Carta autoriza es que se reforme la Constitución vigente, pero no establece que esta puede ser sustituida por otra Constitución” (Corte Constitucional, Sentencia C-551 de 2003).

¹¹ Sobre el poder de reforma, véase: “a. El poder de reforma definido por la Constitución colombiana está sujeto a límites competenciales. b. En virtud de esos límites competenciales el poder de reforma puede reformar la constitución, pero no puede sustituirla por otra integralmente distinta u opuesta. c. Para establecer si una determinada reforma a la Constitución es, en realidad, una sustitución de la misma, es preciso tener en cuenta los principios y valores del ordenamiento constitucional que le dan su identidad. d. La Constitución no contiene cláusulas pétreas ni principios intangibles, por consiguiente, todos sus preceptos son susceptibles de reforma por el procedimiento previsto para ello. e. El poder de reforma no puede, sin embargo, derogar, subvertir o sustituir en su integridad la Constitución. f. Sólo el constituyente primario tendría la posibilidad de producir una tal sustitución” (Corte Constitucional, Sentencia C-551 de 2003).

que lo contrario equivaldría a concebir las reformas no como una actualización, interpretación o complemento de la constitución vigente, sino como su derogación progresiva. Esto significa que el poder de reforma puede modificar cualquier disposición del texto vigente, “pero sin que tales reformas supongan la supresión de la Constitución vigente o su sustitución por una nueva Constitución” (Corte Constitucional, Sentencia C-551 de 2003).

El pueblo adquiere la competencia para reformar la constitución mediante referendo¹², según lo establece la norma constitucional. En otras palabras, el pueblo, al pronunciarse a través de un referendo, obra dentro de un marco institucional, pero ello no lleva a un quebrantamiento de la estructura jurídica del Estado, como es menester para que entre a operar toda la fuerza del poder constituyente originario, quedando el pueblo para estos efectos relegado a una posición de poder constituido. Iguales restricciones se presumen cuando el pueblo es convocado para avalar y elegir los delegados a una asamblea nacional constituyente parcial o reformatoria.

En tal sentido, al Congreso de la República y al pueblo como constituyente derivados les está prohibido reemplazar la Constitución por una completamente nueva y diferente (Quinche, 2009), de forma que si la identidad básica desaparece o se ve afectada de forma grave, de forma total o parcial, permanente o transitoria¹³. Además, tampoco puede este poder derivado sustituir la esencia de la constitución mediante un cambio parcial¹⁴ que impida reconocer los elementos esenciales que definen a la constitución misma. No obstante, el poder de reforma puede modificar la constitución dentro los límites (Hernández, 2005; Ramírez, 2005), para actualizar los contenidos constitucionales a las nuevas dinámicas y necesidades de la sociedad.

A continuación se presenta un breve análisis de los principales argumentos utilizados por la Corte Constitucional para fundamentar la doctrina de la sustitución¹⁵ en las principales sentencias de revisión de la constitucionalidad

¹² El Congreso de la República, por iniciativa del gobierno, o del 5 % del censo electoral de los ciudadanos, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de ambas cámaras, puede convocar al pueblo para votar por un referendo de un proyecto de reforma constitucional. Se requiere para la aprobación o derogación del referendo la concurrencia del voto de más de la mitad de los sufragantes y que exceda la cuarta parte del total del censo electoral.

¹³ Corte Constitucional, Sentencia C-1040 de 2005.

¹⁴ La sustitución puede ser total cuando la Constitución como un todo, es reemplazada por otra; o parcial, caso este último en el cual un eje definitorio de la identidad de la Constitución es reemplazado por otro opuesto o integralmente diferente que torna imposible la armonización de la pretendida reforma con el resto de normas constitucionales (Corte Constitucional, Sentencia C-588 de 2009).

¹⁵ De esta manera, mediante la Sentencia C-551 de 2003, la Corte Constitucional estableció la teoría de la sustitución de la constitución; teoría que es desarrollada en las

de la reforma constitucional, la cual en Colombia se adelanta principalmente a través del acto legislativo.

En la Sentencia C-1040 de 2005 en la que la Corte revisa la constitucionalidad del acto legislativo que creó la reelección presidencial en Colombia, Se utiliza la doctrina de la sustitución constitucional para declarar una sustitución parcial, esto es, que la reelección presidencial inmediata es admisible, pero que delegar funciones legislativas en un órgano judicial como el consejo de estado sustituye la constitución pues desconoce el principio de separación de poderes.

La Corte estima que el juicio de sustitución implica tres fases específicas de evaluación¹⁶, las cuales en ningún momento pueden promover la creación jurisprudencial de cláusulas pétreas o la revisión del contenido material de la reforma. Adicionalmente se especifica que el juicio de sustitución es un juicio hermenéutico, un discernimiento judicial de la estructura e identidad implícita de la constitución; un juicio de constitucionalidad distinto del control de constitucionalidad de las leyes, ya que en la revisión judicial de la reforma constitucional solo se revisan los vicios de forma. En el juicio de sustitución se revisa bajo una perspectiva de imparcialidad judicial si: a) si la reforma introduce un nuevo elemento esencial a la Constitución, (b) si se analiza si éste reemplaza al originalmente adoptado por el constituyente y, luego, (c) si se compara el nuevo principio con el anterior para verificar, no si son distintos, lo cual siempre ocurrirá, sino si son opuestos o integralmente diferentes, al punto que resulten incompatibles (Corte Constitucional, Sentencia C-1040 de 2005). Tesis similar es promovida en la Sentencia C-588 de 2009 en la que se estima como premisa mayor del juicio de sustitución la determinación de cuál es el elemento reemplazado e indicar, a partir de múltiples referentes normativos, cuáles son sus especificidades en la Carta de 1991, y, evitar la consagración de cláusulas pétreas las cuales no existen en el ordenamiento constitucional. La jurisprudencia constitucional dispone que la sustitución de la constitución se centra en el respeto de la jerarquía constitucional, la primacía normativa y la ausencia de elementos supraconstitucionales para definir la constitucionalidad de una reforma. Así se concibe los tratados internacionales que integran el bloque de constitucionalidad como

sentencias C-1200 de 2003, C-970 y C-971 de 2004; la C-242 de 2005, la C-1040 de 2005, C-588 de 2009, C-141 de 2010, C-574 de 2011, C-249 de 2012, C-1056 de 2012 C-579 de 2013, C-577 de 2014, C-053 de 2016, C-261 de 2016, C-285 de 2016, C-230 de 2016, C-379 de 2016, C-094 de 2017, C-699 de 2016, C-332 del 2017, C-630 de 2017, C-674 de 2017, C-020 de 2018, C-076 de 2018 y Sentencia C-245 de 2019.

¹⁶ La Sentencia C-970 de 2004 y la Sentencia C-971 de 2004, son relevantes ya que afinan el concepto de control sobre vicios de forma, especialmente el vivido de competencia al poder de reforma al ejecutar el control constitucional. Además, por contribuir a la construcción del test de sustitución.

criterios orientadores de la actividad judicial y de la determinación de los principios esenciales de la constitución que pueden resultar lesionados con un ejercicio desproporcionado de las facultades del poder de reforma.

En síntesis, las sentencias C-588 de 2009, C-574 de 2011 y C-288 de 2012 han establecido tres pasos denominados premisa mayor, premisa menor y premisa de síntesis. Pasos recopilados siguiendo la forma de un silogismo mediante Sentencia C-1056 de 2012:

- i) En la primera se debe presentar los elementos que se estiman han sido afectados por la reforma constitucional;
- ii) la segunda debe identificar los nuevos aspectos introducidos por la reforma y que generan un reemplazo del texto constitucional.
- iii) La tercera, debe enunciar la conclusión conforme a la cual unos y otros elementos resultan abiertamente incompatibles (Corte Constitucional, Sentencia C-1056 de 2012).

El Tribunal constitucional estableció una doctrina que le permite revisar reformas específicas a la constitución, sin embargo, esta figura solo ha iniciado su desarrollo, y solo los casos evaluados a lo largo de las décadas permitirán establecer una doctrina correctamente afinada tanto en sus principios como en las restricciones en la discrecionalidad del juzgador, y a la par de respeto y prevalencia del principio democrático¹⁷. La sustitución pretende prevenir que la constitución sea transformada en otra completamente distinta y que se introduzcan nuevos elementos que reemplazan totalmente o parcialmente las decisiones adoptadas por el constituyente originario. La Corte dispuso que para establecer si hay o no sustitución es necesario identificar los principios y valores que la constitución posee, y confrontarlos con los introducidos o desplazados por la reforma constitucional, con el fin de determinar si pueden coexistir o por el contrario sean incompatibles (Corte Constitucional, Sentencia C-588 de 2009).

Este pronunciamiento reconoce la importancia de complementar el juicio de sustitución con el juicio de efectividad¹⁸. Este test pretende mantener la primacía del imperio de la constitución y la ley, la vigencia del Estado De

¹⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-588-2009. Cuestión también reconocida en Sentencia C-141 de 2010.

¹⁸ Aplicado el test de efectividad de la reforma al Acto Legislativo que adiciona un párrafo transitorio al artículo 125 superior, que para la Corte opera plenamente, no avala el carácter de reforma con el que se buscó presentar al artículo demandado, porque: de una parte, el párrafo añadido dejó intacto el texto del artículo, y de otro lado, pese a las notables implicaciones del párrafo demandado en el ámbito de sus efectos, el texto de los artículos 2, 13, 40-7, 53, 150, 209, para citar unos cuantos, permanece inalterado después de la supuesta reforma que el Congreso quiso introducir valiéndose del Acto Legislativo 01 de 2008

Derecho y el carácter imparcial del sistema jurídico, repudiando por tanto reformas que encubran decisiones políticas ad hoc o que traten de beneficiar ciertas instituciones o personas.

La Corte Constitucional posteriormente volvió a revisar la reelección presidencial —Sentencia C-141 de 2010— tras la propuesta de un referendo constitucional mediante ley convocatoria (Ley 1354 de 2009) estimando la posibilidad de la sustitución de la constitución por el desconocimiento del principio republicano, la separación de poderes, pesos y contrapesos y el principio democrático¹⁹, pues la posibilidad de la reelección por más de dos periodos implicaba la reducción o minimización de la oposición política. En esta sentencia la Corte identificó estos principios como contenidos esenciales de la constitución, recogiendo parte de la jurisprudencia que se había desarrollado a partir de la Sentencia C-551 de 2003, desde la cual ya se reconocían como principios estructurales el de méritos²⁰, de separación de poderes, democrático, sistema de pesos y contra pesos; además, se reitera la metodología del test de sustitución y de efectividad.

Adicionalmente, la Sentencia C-141 de 2010 constituye un hito no solo por declarar que la reelección inmediata es una figura que sustituye la constitución, por fijar implícitamente un límite para el ejercicio del poder político presidencial, sino también porque reconoce que el juicio de sustitución y de efectividad son una evaluación constitucional normativa y política; a la par, por reconocer el posible uso de la reforma constitucional con fines abusivos o personales, lo que supone distorsionar el sistema jurídico y el poder de reforma. Asimismo, la doctrina de la sustitución de la constitución fija límites para la democracia constitucional, declarando la imposibilidad de admitir una democracia plebiscitaria o simplemente mayoritaria y en su

¹⁹ Esta circunstancia reaviva el debate sobre la dificultad contramayoritaria, ya que sin duda, goza de mayor legitimidad democrática el pueblo para realizar algún tipo de reforma, que la Corte como poder derivado para limitar el poder de reforma. Al respecto, es importante citar la aclaración de voto de Rodrigo Uprimny Yepes en sentencia C-572 de 2004, donde expresó: “Por ello, a pesar de que es claro que el poder de reforma se encuentra limitado por la prohibición de afectar la estructura básica de la constitución, como ya se explicó, considero que por las vías extraordinarias de reforma constitucional (referendo y asamblea constituyente) es posible entrar a modificar incluso la estructura básica de la Constitución, pues la aprobación ciudadana de esas modificaciones implica una cierta intervención del poder constituyente originario pero, por paradójico que parezca, de manera institucionalizada” (Corte Constitucional, Sentencia C-572 de 2004).

²⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-249 de 2012. Esta sentencia declaró inconstitucional la reforma que establecía una forma de concurso, pero en donde la permanencia era el criterio fundamental. Principio de mérito, concurso público, igualdad. Esta sentencia es relevante porque hace un balance a la fecha acerca de la doctrina de la sustitución y del instrumento denominado test de sustitución.

lugar exigiendo una democracia basada en el pluralismo político y en la deliberación.

En la Sentencia C-1056 de 2012 la Corte Constitucional inicia la modulación del control de constitucionalidad del poder de reforma, reconociendo la existencia de un doble peligro. De un lado, la posibilidad que en pro de defender la constitución termine petrificando la Constitución, impidiendo así la consagración del resultado del proceso democrático. Del otro lado, la posibilidad que el juez constitucional aplique una discrecionalidad excesiva y termine restringiendo la práctica democrática que da origen a la reforma constitucional, generando una apropiación de la constitución por parte de quien se presume es su guardián.

A su vez en la Sentencia C-288 de 2012²¹ se reitera la necesidad de tomar precauciones en el ejercicio del juicio de constitucionalidad, para lo cual se promueven tres mecanismos:

- i) cualificación de la acción pública de inconstitucionalidad, lo cual puede terminar siendo problemático pues la constitución y el decreto 2067 de 1991 exigen requisitos generales y accesibles a cualquier ciudadano, en cambio la jurisprudencia ha creado la teoría de los cargo de constitucionalidad y una técnica especial para las demandas a los actos legislativos los que supone una carga especial y adicional al ciudadano que lo distancia del justicia constitucional²².

²¹ Esta sentencia reconoce también como principios fundamentales, los siguientes: “El principio democrático, contenido de manera concordante en el preámbulo y en el artículo 1° del texto superior, conforme al cual las decisiones públicas deben ser adoptadas según lo que convenga o interese al pueblo, que conforme al artículo 3° ibídem, es el titular de la soberanía y el origen del poder público; el segundo, la prevalencia del interés general, mencionado por el artículo 1° como uno de los elementos fundantes del Estado, y la justicia y el bien común, que conforme al artículo 133 deben motivar las actuaciones de las corporaciones públicas, parámetros que en tal medida condicionan la totalidad de la actuación, tanto de los servidores públicos como de los particulares; y por último, el principio de separación de poderes, enunciado por el artículo 113 y desarrollado en forma detallada especialmente por las disposiciones contenidas en los Títulos V a VIII de la misma obra, principio que según su nombre lo indica, y en directa concordancia con el anterior, busca evitar la concentración del poder y de las decisiones públicas en unos mismos sujetos, así como garantizar el mutuo control entre los servidores públicos, con el ánimo de promover, potenciar y llevar a su plenitud los valores democráticos. La importancia sin igual de estos tres elementos dentro de nuestro modelo constitucional en ningún caso podría resultar exagerada, como tampoco la íntima conexión existente entre ellos, tal como lo demuestran los amplios desarrollos que al respecto ha vertido la jurisprudencia de esta corporación” (Corte Constitucional, Sentencia C-288 de 2012).

²² En la Sentencia C-373 de 2016 se precisan estos requisitos de la siguiente manera: “a) El planteamiento debe ser claro de manera que la ilación de ideas permita entender cuál es el sentido de la acusación en contra del acto reformativo. b) El cuestionamiento

- ii) Necesidad de conservar la precisión conceptual sobre la materia, esto es, esgrimir argumentos que solo se centren en el juicio por vicios de forma que le compete a la Corte y no en vicios materiales.
- iii) Sujeción a una metodología particular para adelantar el juicio de sustitución.

Las sentencias C-285 de 2016 y C-373 de 2016 evaluaron el Acto Legislativo 02 de 2015 que pretendía una reforma constitucional en pro de un mayor equilibrio de poderes.

En este caso se estimó que existía una sustitución parcial de los principios de separación de poderes, autonomía e independencia judicial²³, pues aunque se reconoce la discrecionalidad y la capacidad democrática del Congreso para ejecutar la reforma constitucional y, entre los posibles tópicos, reformar e incorporar modelos de gestión judicial, incluso pudiendo suprimir órganos creados originariamente por el poder constituyente (eliminar el Consejo Superior de la Judicatura y reemplazarlo por el Consejo de Gobierno Judicial), el constituyente derivado no puede extralimitarse y eliminar o reducir al máximo sin justificación suficiente las leyes o principios fundamentales que soportan la constitución. Esto implica un vicio de competencia pues el constituyente derivado al tratar de abolir o limitar desproporcionadamente un principio transversal y estructural de la constitución usurpa las funciones exclusivas del constituyente originario; dota al poder de reforma de un poder que solo puede usar legítimamente el constituyente originario. Situación que

requiere ser cierto y, en esa medida, el acto reformativo de la Constitución debe existir jurídicamente y encontrarse vigente. Adicionalmente, los contenidos que se le atribuyen deben derivarse de su texto. No puede fundarse su argumentación en la suposición de normas, en interpretaciones conjeturales del acto reformativo o en premisas evidentemente falsas o inconsecuentes. c) El razonamiento debe ser pertinente y, en consecuencia, debe tratarse de un verdadero cargo que ponga de presente la infracción de las normas constitucionales relacionadas con la competencia del Congreso de la República para reformar la Carta. d) Como condición de suficiencia del cargo, los demandantes deben esforzarse por presentar de manera específica las razones por las cuales la aprobación del acto reformativo de la Constitución por parte del Congreso, desconoce las normas que le atribuyen su competencia. Así, el examen judicial por sustitución supone identificar un eje definitorio que no se desprende directamente de una disposición de la Carta sino que exige una interpretación constitucional sistemática” (Corte Constitucional, Sentencia C-373 de 2016).

²³ Corte Constitucional, Sentencia C-285 de 2016. En esta sentencia se establece que “en la Constitución de 1991, el principio de autogobierno judicial comprende tres elementos: (i) Por un lado, la existencia de una institucionalidad encargada del gobierno y administración del poder judicial; (ii) por otro lado, se requiere que dichas instancias sean endógenas al poder judicial, es decir, que se inserten a la estructura de dicho poder; (iii) y finalmente, estas instancias deben tener la capacidad para dirigir y gestionar la Rama Judicial considerada como órgano y como función de administración de justicia”.

hace procedente el control jurisdiccional de la constitución frente a la reforma de la constitución.

III. DOCTRINA DE LA SUSTITUCIÓN EN EL RÉGIMEN JURÍDICO DE PAZ

Desde el 2012 la Corte Constitucional mediante el control constitucional sobre actos legislativos, específicamente sobre el acto legislativo 01 de 2012 (marco jurídico para la paz²⁴) y los actos legislativos 01 de 2016 y 2017 (instrumentos jurídicos para la implementación del acuerdo final y la construcción de una paz estable y duradera), ha continuado con el desarrollo y la aplicación de la teoría de la sustitución de la constitución.

En este ámbito se ha cuestionado que los acuerdos de paz podrían haber sustituido la constitución, ya que por ejemplo, incorporan un sistema de justicia especial, o transicional, que generaría impunidad frente a crímenes de lesa humanidad, o llevaría a encubrir otros como el narcotráfico bajo la idea de conexidad con los delitos políticos que motivaron el conflicto. Al tener que regularse muchos de los acuerdos con reformas constitucionales la sustitución ha sido un argumento que merece respuesta (Colón Ríos, 2013). La sustitución se convierte en una teoría que hace que el control de constitucionalidad bajo una revisión formal determine si el constituyente derivado ha usurpado las competencias del constituyente originario, desconociendo los principios esenciales de la constitución, en este caso, el principio democrático y la reparación integral de las víctimas como derecho fundamental.

Al respecto, el acto legislativo 01 de 2012 fue revisado por la Corte Constitucional en C-579-13, promovida por una acción pública de inconstitucionalidad en la que los demandantes solicitaban la inconstitucionalidad del mismo argumentando que el marco jurídico para la paz sustituye el deber del Estado colombiano de garantizar los derechos humanos y de investigar y juzgar todas las graves violaciones de derechos humanos e infracciones al Derecho Internacional Humanitario.

La Corte Constitucional aplicó el juicio de sustitución con la finalidad de identificar si éste Acto Legislativo se enmarcaba en una extralimitación de competencias del Congreso de la República al momento de modificar la Constitución de 1991. Al respecto, en las consideraciones de la Corte se evidencia que el fundamento para la conclusión negativa en el juicio de sustitución, radica en la consideración o énfasis en el deber de garantía de los

²⁴ Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1º (parcial) y el artículo 3º del Acto Legislativo 1 de 2012 “Por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos de justicia transicional en el marco del artículo 22 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”. Véase: Corte Constitucional, Sentencia C-577 de 2014.

derechos y no en la persecución penal de los responsables de graves violaciones a los mismos y al derecho internacional humanitario. El juez constitucional estimó frente a este caso que el poder punitivo no representa una garantía para los derechos de las víctimas del conflicto armado interno, sino que es uno de los medios estatales para coaccionar y promover su satisfacción; por tanto, el fin o principio estructural es la protección y reparación integral de las víctimas, ámbito dentro del cual el Estado y el poder de Reforma puede utilizar otros medios, como el que implica la justicia transicional; en consecuencia, la Alta Corte declaró la exequibilidad del inciso cuarto del artículo 1º del Acto legislativo 01 de 2012²⁵.

Debe indicarse que el control del tribunal constitucional sobre los acuerdos de paz y, bajo el entendido de una justicia transicional, debe ser determinante en las reformas constitucionales orientadas a implementarlo, más cuando se está en presencia de un constitucionalismo transicional, es decir, de un proceso de implementación normativa, pero en vigencia de una constitución permanente, lo que resulta atípico para el caso Colombiano, pues en uno de los referentes más ilustrativos, el Sudafricano (1993), el proceso se cumplió bajo una constitución o normativa transitoria (Bernal *et al.* 2016).

Mediante el acto legislativo 01 de 2016 se establecía autorizar la reducción del procedimiento parlamentario, permitiendo la votación en bloque del articulado de las normas que pretendieran la implementación de los acuerdos de paz, y en consecuencia, la limitación excesiva del principio de mínima deliberación parlamentaria (Trámite rápido de reforma constitucional —*fast track*²⁶—). Esta facultad fue declarada inicialmente constitucional por la Corte Constitucional a través de la Sentencia C-699 de 2016 bajo la concepción de que podían ser tolerables conforme al fin de la paz; posteriormente a través de nuevos cargos, la Corte estimó que desconocía de forma flagrante de la separación de poderes y la libre configuración legislativa que radica en poder del Presidente la fijación de la agenda legislativa, el establecimiento de proyecto de ley y el control de sus modificaciones²⁷, por lo que declaró su inconstitucionalidad²⁸. Lo que evidencia la pertinencia de la refrendación popular de un acuerdo de paz, pero a la par, la vigilancia judicial de que los acuerdos de paz no desconozcan los principios esenciales de la constitución, más en el marco de un constitucionalismo transicional.

²⁵ Véase: Corte Constitucional, Sentencia C-579 de 2013.

²⁶ El *fast track* es un procedimiento legislativo especial para la implementación de la paz, y simplifica el trámite de los proyectos de ley y actos legislativos. Esta facultad tenía una vigencia de seis meses, prorrogables por otros seis meses a partir de la vigencia del acto legislativo (Quinche, 2017).

²⁷ Véase: Corte Constitucional, Sentencia C-160 de 2017.

²⁸ Véase: Corte Constitucional, Sentencia C-332 de 2017.

Así, el Gobierno y el Legislador deben armonizar las normas de implementación de los acuerdos de paz y la justicia transicional a la luz del régimen constitucional permanente. Este esquema de justicia transicional puede, siendo validado democráticamente —no necesariamente en lo electoral, si representativamente como procedió en Colombia con el acto legislativo 01 de 2012 (marco jurídico para la paz) y los actos legislativo 01 de 2016 y 2017—, ser admisible sin que se entienda que desplaza a la jurisdicción, siempre que se trate de un modelo especializado y temporal²⁹.

Para la Corte el esquema de justicia transicional (justicia especial para la paz como se le denominó) debe responder a un carácter excepcional, lo que implica, conforme a la Sentencia C-577 de 2014 (i) que las mismas no reemplazan el régimen constitucional existente, que continúa vigente; (ii) y que las reglas relativas a la posibilidad de participar en política únicamente tendrán efectos respecto de quienes se desmovilicen en el marco de un proceso de paz (parágrafo 1º del artículo transitorio 66 de la Constitución)³⁰.

Las sentencias C-699 de 2016 y C-332 de 2017 impulsan la aplicación del principio de unidad de la Constitución, como un deber del intérprete constitucional para fundamentar un texto armónico y coherente, debe ser interpretado de manera sistemática y respetando los fines perseguidos por el constituyente. Este principio regula tanto la demanda como la evaluación de la reforma constitucional, la cual debe ser interpretada de forma coherente, esto es, de acuerdo al objetivo perseguido por su autor y a la estructura filosófica e identitaria de la constitución³¹. Un cuestionamiento a la reforma constitucional debe estar basado en un análisis integral del texto de la reforma y del texto de la constitución, evidenciando la ausencia de interpretaciones fragmentadas.

Así mismo, el Tribunal constitucional sigue promoviendo el uso del test de sustitución y respetando los antecedentes jurisprudenciales que lo fundaron³²:

²⁹ Véase: Corte Constitucional, Sentencia C-577 de 2014. Bernal, C. (2009). *El Neo-constitucionalismo y la normatividad del Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Bernal, C. (2018). *Derechos, cambio constitucional y teoría jurídica*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

³⁰ Véase: Congreso de la República, Ley 1592 de 2015. Congreso de la República, Acto legislativo 01 de 2016. Congreso de la República, Acto legislativo 01 de 2017. Corte Constitucional, Sentencia C-674 de 2017. A través de una ley reglamentaria de la justicia transicional o justicia especial para la paz se definen las penas, garantías y derechos de las víctimas, estructura de la jurisdicción transitoria, y régimen de libertad y amnistías.

³¹ Véase: Albert, R. (2017). *Formas y función de la enmienda constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Albert, R. (2019). *Constitutional amendments. Making, breaking, and changing constitutional*. New York: Oxford University Press.

³² Corte Constitucional, Sentencia C-970 de 2004. Corte Constitucional, Sentencia C-971 de 2004.

Premisa mayor:

- (i) Expresar con suma claridad los principios esenciales de la constitución presuntamente infringidos.
- (ii) Fundamentar los principios esenciales identificados a partir de múltiples referentes normativos que muestren cuáles son sus especificidades en la Carta de 1991;
- (iii) Justificar los principios esenciales identificados como definitorios de la identidad de la Constitución integralmente considerada;
- (iv) no poder reducirse a un artículo del orden constitucional para así evitar que éste sea transformado por la propia Corte en cláusula pétrea a partir de la cual efectúe un juicio de contradicción material;
- (v) no equivaler a la fijación de límites materiales intocables por el poder de reforma.

Premisa menor:

- (vi) Expresar qué poder constituido expidió el actor reformativo de la Constitución y las características básicas de la enmienda; es decir, su alcance jurídico, en relación con los elementos definitorios identificadores de la Constitución.

Síntesis

- (vii) Confrontadas ambas premisas, debe determinarse si el elemento definitorio expresado en la premisa mayor es reemplazado por otro y el nuevo es opuesto o integralmente diferente al anterior, al punto que resulte incompatible con la Constitución de 1991.

La Corte Constitucional ha afinado su jurisprudencia, no solo para precisar los instrumentos que le permiten realiza el juicio de sustitución, sino también para reiterar la naturaleza de su juicio, el cual en ningún caso obedece a un control material. Control forma, competencial, que consiste en un examen que se realiza en función de la competencia y en atención a los términos en que está se encuentra reconocida, para establecer si el órgano reformador atendió los límites de su atribución, aunque haya cumplido a cabalidad los distintos pasos del procedimiento que permiten realizar la reforma constitucional (Corte Constitucional, Sentencia C-332 de 2017).

Este refinanciamiento de la doctrina de la sustitución también ha implicado realzar el principio de autorestricción judicial, con el fin de evidenciar que el guardián de la constitución no se extralimita, ni va más allá de los límites que le fija la propia constitución. Esto, al menos en teoría. El reconocimiento del principio de autorestricción judicial implica satisfacer 3 objetivos: i) amparar la identidad de la Constitución de ejercicios arbitrarios del poder de reforma que transformen sus ejes definitorios; (ii) permitir que la Carta se

adapte a los cambios sociopolíticos más trascendentales, mediante el uso de los mecanismos de reforma de la Constitución; (iii) evitar, de forma estricta, que el límite competencial derivado de la prohibición de sustitución se confunda con un control material de las reformas constitucionales (Corte Constitucional, Sentencia C-332 de 2017).

Ahora bien, en la Sentencia C-027 de 2018³³ se dan lineamientos para la construcción constante de la doctrina de la sustitución constitucional. En esta sentencia se aborda la aparente falta de claridad respecto a los ejes definitorios de la constitución. Si bien el constituyente no estableció expresamente ni principios axiales, ni ejes definitorios en la constitución, estos se han venido definiendo a través de la jurisprudencia de la Corte. Esto puede evidenciar una contradicción ya que si el poder de reforma es un poder derivado que no puede afectar principios axiales de la constitución, tampoco un órgano instituido como la Corte Constitucional, pese a ser el guardián de la carta, puede otorgarse competencias para establecer dichos ejes definitorios, ya que el texto constitucional no lo ha establecido, lo que podría generar una extralimitación de la Corte y un desconocimiento de la primacía de la constitución, especialmente en su capacidad de restringir las actuaciones de los servidores públicos.

La Corte Constitucional para establecer si existe un vicio competencial, realiza un análisis material o de fondo de la Constitución, cuando define si se están afectando o no principios axiales de la norma superior. Por tanto, la Corte acude a una argucia jurídica para afirmar que cuando establece el vicio de competencia, no realiza control material, sino formal o de procedimiento. Evidentemente eso es una falacia, ya que cuando la Corte contrasta los principios, valores o ejes definitorios de la constitución quebrantados, con el texto de la reforma, pues inequívocamente se estará realizando un control material al acto reformativo. En todo caso, los límites entre el vicio de forma o de fondo son casi que irreconocibles en materia de reforma constitucional.

La Corte ha venido estableciendo a través de su jurisprudencia unos ejes definitorios de la identidad de la constitución. En tal sentido, ha dicho que son ejes axiales por ejemplo, el estado social de derecho, el principio de separación de poderes, el principio de legalidad, el principio de pesos y contrapesos, el principio democrático, el autogobierno judicial, la autonomía territorial, el pluralismo político, el principio republicano y hasta el principio de mérito en la carrera administrativa. En este orden de ideas, también se podría establecer como un eje definitorio el poder de reforma de la Constitución. Cualquier cambio a este eje axial, podría considerarse como una sustitución a la constitución. Siguiendo la argucia jurídica de la Corte, con un poco de sensatez

³³ También véase las siguientes sentencias: Corte Constitucional, Sentencia C-630 de 2017. Corte Constitucional, Sentencia C-674 de 2017. Corte Constitucional, Sentencia C-020 de 2018. Corte Constitucional, Sentencia C-076 de 2018.

racional, se podría elevar a eje definitorio el poder de reforma de la Carta y la no existencia de cláusulas pétreas. El constituyente del 91, si bien estableció unos requisitos formales a los mecanismos de reforma, no estableció límites materiales. El poder de reforma debería tener la flexibilidad que el control democrático le permita, para que la constitución se pueda adaptar a los diferentes cambios políticos, sociales y económicos. Es decir, la garantía jurisdiccional de la constitución debe ser una garantía nuclear, que intervenga en casos extremos, que actúe como un seguro frente a consecuencias indeseadas en una democracia constitución, por ejemplo, aquellas que pretendan eliminar el proceso democrático o los derechos fundamentales; en tanto que el control democrático, participativo y deliberativo, debería convertirse en la regla general para vigilar la constitución promover su desarrollo y respeto por los distintos factores de poder institucional y social.

IV. CONCLUSIONES

El constituyente de 1991 estableció tres vías de reforma a la Carta Política, la cuales si bien, establecen algunas formalidades, en ningún caso se les impuso algún tipo de límite expreso. Es decir, no se establecieron cláusulas pétreas en la Constitución de 1991. Se recuerda que estas cláusulas de intangibilidad son aquellos conceptos de la constitución que no pueden ser objeto de reforma. Sin embargo, a partir de la jurisprudencia de 2003, la Corte Constitucional acogió la tesis que el poder de reforma no puede sustituir la constitución. A partir de allí, la Corte comienza a construir una línea jurisprudencial que le ha permitido definir el objeto y procedencia del juicio de sustitución.

La Constitución en su artículo 241 establece que la Corte Constitucional tiene la facultad de realizar la revisión constitucional de los actos reformativos de la Constitución por vicios de forma o procedimentales. De esta manera, la Corte —desde 1992— no realizó la revisión material o competencial de los actos legislativos hasta que en la Sentencia C-551 de 2003 señaló que las reglas de competencia impiden que la constitución sea sustituida por otra diferente. En esta sentencia la Corte expresa que el control constitucional sobre las reformas constitucionales recae entonces sobre el procedimiento de reforma y no sobre el contenido material del acto reformativo. Empero, desde el 2003 a 2020, la Corte ha venido precisando y fomentando la evolución de la doctrina de la sustitución, particularmente, dependiendo que su intervención no puede constituir un control material, sino únicamente sobre los vicios de forma o procedimentales. Al respecto estableció que el vicio de forma o de procedimiento contiene dos tipos de defectos que son posibles de identificar sin tener que confrontar el contenido de la ley con la norma superior: (i) Vicios de trámite o relativos al curso del acto reformativo; y (ii) vicios de competencia para emitir determinados contenidos

Diagrama de desarrollo jurisprudencial sobre la Doctrina de la Sustitución constitucional en Colombia

Evolución jurisprudencial		
	C-551 de 2003	
	C-970 y C-971 de 2004	
	C-1040 de 2005	
Sustitución de la constitución como un juicio de revisión de vicios de forma y de fondo de la reforma constitucional.	C-141 de 2010	Sustitución de la constitución como un juicio de revisión de vicios de forma (competencial) y auto restricción judicial.
Sustitución de la constitución como un juicio de revisión de vicios de forma y de fondo de la reforma constitucional.	C-288 y C-1056 de 2012	Sustitución de la constitución como un juicio de revisión de vicios de forma (competencial) y auto restricción judicial.
	C-579 de 2013 y C-577 de 2014	
	C-285 de 2016	
	C-373, C-379 y C-699 de 2016	
	C-630, C-674, C-094, C-160 y C-332 y C-630 de 2017.	
	C-020, C-027, C-076 de 2018.	
	C-245 de 2019	

constitucionales. Por lo tanto, con dicho argumento, la Corte justifica que el control competencial, también es un control formal o de procedimiento, cuyo objetivo consiste en evitar que el constituyente derivado usurpe las competencias del constituyente originario, esto es, que el reemplazo o la limitación excesiva de una ley fundamental, principio esencial y transversal de la constitución, o su estructura, identidad y derechos solo le corresponde a una Asamblea Nacional Constituyente total; en tanto que la interpretación, ajuste, complemento, modificación e interpretación de la constitución puede ser una tarea del poder de reforma. Al cual le corresponde mantener un diálogo con la filosofía y las determinaciones adoptadas por el autor de la constitución.

Finalmente, la evolución jurisprudencial ha reconocido la necesidad de establecer mecanismos de restricción judicial para no menguar la prevalencia de las competencias constitucionales y democráticas concedidas al poder de reforma. La naturaleza del juicio de constitucionalidad, el test de sustitución y efectividad evidencia el acercamiento a una revisión judicial moderada, que cada vez más requiere una notoria usurpación de las competencias constitucionales para emitir un reproche sobre el producto democrático dado en el cambio constitucional. La Corte debe seguir fortaleciendo las bases racionales y razonables del juicio constitucional sobre el poder de reforma, con el propósito de incrementar su legitimidad y armonizar sus actuaciones con la prevalencia del principio democrático.

V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ACKERMAN, B. (2011). *La Constitución Viviente*. Madrid: Marcial Pons.
- ALBERT, R. (2017). *Formas y función de la enmienda constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- (2019). *Constitutional amendments. Making, breaking, and changing constitutional*. New York: Oxford University Press.
- ARBOLEDA, P. y JIMÉNEZ, M. (2016). Una aproximación a la filosofía política de la cláusula democrática en la Constitución de 1991. *Revista Filosofía UIS*, (15), 19-46.
- (2017). *La garantía judicial de la Constitución*. Manizales: Universidad de Caldas.
- BERNAL, C. (2009). *El Neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- (2018). *Derechos, cambio constitucional y teoría jurídica*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- BERNAL, C., BARBOSA, G. y CIRO, A. (2016). *Justicia Transicional: Retos Teóricos* (vol. 1). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- BOBBIO, N. (1992). *El futuro de la democracia* (Trad. J. Fernández Santillán). Bogotá, Colombia: Fondo de Cultura Económica.
- COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Acto legislativo 01 de 2016.
- Acto legislativo 01 de 2017.
- COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-544 de 1992. MP: Alejandro Martínez Caballero.
- Sentencia C-037 de 1996. MP: Vladimiro Naranjo Mesa.
- Sentencia C-037 de 2000. MP: Vladimiro Naranjo Mesa.
- Sentencia C-1290 de 2001. MP: Álvaro Tafur Galvis.
- Sentencia C-207 de 2003. MP: Rodrigo Escobar Gil.
- Sentencia C-551 de 2003. MP: Eduardo Montealegre Lynett.
- Sentencia T-688 de 2003. MP: Eduardo Montealegre Lynett.
- Sentencia C-1200 de 2003. MP: Manuel José Cepeda Espinosa. Rodrigo Escobar Gil.
- Sentencia C-572 de 2004. MP: Rodrigo Uprimny Yepes. Recuperado de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/C-572-04.htm>

- Sentencia C-970 de 2004. MP: Rodrigo Escobar Gil.
- Sentencia C-971 de 2004. MP: Manuel José Cepeda Espinosa.
- Sentencia C-242 de 2005. MP: Álvaro Tafur Galvis.
- Sentencia C-1040 de 2005. MP: Manuel José Cepeda Espinosa.
- Sentencia C-398 de 2006. MP: Alfredo Beltrán Sierra.
- Sentencia C-588 de 2009. MP: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
- Sentencia C-141 de 2010. MP: Humberto Antonio Sierra Porto.
- Sentencia C-574 de 2011. MP: Juan Carlos Henao Pérez.
- Sentencia C-288 de 2012. MP: Luis Ernesto Vargas Silva.
- Sentencia C-249 de 2012. MP: Juan Carlos Henao Pérez.
- Sentencia C-1056 de 2012. MP: Nilson Pinilla Pinilla.
- Sentencia C-579 de 2013. MP: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- Sentencia C-577 de 2014. MP: Martha Victoria Sáchica.
- Sentencia C-053 de 2016. MP: Alejandro Linares Cantillo.
- Sentencia C-261 de 2016. MP: Luis Guillermo Guerrero Pérez.
- Sentencia C-285 de 2016. MP: Luis Guillermo Guerrero Pérez.
- Sentencia C-699 de 2016. MP: María Victoria Calle Correa.
- Sentencia C-230 de 2016. MP: Alberto Rojas Ríos.
- Sentencia C-373 de 2016. MP: Alejandro Linares Cantillo. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.
- Sentencia C-379 de 2016. MP: Luis Ernesto Vargas Silva.
- Sentencia C-094 de 2017. MP: Aquiles Arrieta Gómez.
- Sentencia C-160 de 2017. MP: Gloria Stella Ortiz Delgado.
- Sentencia C-332 de 2017. MP: Antonio José Lizarazo Ocampo.
- Sentencia C-630 de 2017. MP: Luis Guillermo Guerrero Pérez. Antonio José Lizarazo Ocampo.
- Sentencia C-674 de 2017. MP: Luis Guillermo Guerrero Pérez.
- Sentencia C-020 de 2018. MP: Carlos Bernal Pulido.
- Sentencia C-076 de 2018. MP: Alberto Rojas Ríos.
- Sentencia C-245 de 2019. MP: Alejandro Linares Cantillo.
- COLÓN RÍOS, J. (2013). *La Constitución de la democracia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- FERRAJOLI, L. (2014). *La democracia a través de los derechos*. Madrid: Trotta.
- GARGARELLA, R. (2004). Constitución y democracia. En S. Albanese, A. Dalla, R. Gargarella, A. Hernández y D. Sabsay (orgs.), *Derecho Constitucional* (págs. 69-85). Buenos Aires: Editorial Universidad.
- GUASTINI, R. (2010). *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. Madrid: Trotta.
- HERNÁNDEZ, J. G. (2005). *Reformas constitucionales inconstitucionales*. Cali: Universidad Santiago de Cali.
- HESSE, K. (1983). *Escritos de derecho constitucional*. Madrid: Centro de estudios constitucionales.
- KELSEN, H. (1995). *Teoría general del derecho y del Estado*. México: UNAM.
- LASALLE, F. (2010). *Qué es una Constitución?*. Bogotá: Editorial Temis.
- NINO, C. (1997). *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa.

- QUINCHE, M. F. (2009). *La elusión constitucional: una política de evasión del control constitucional en Colombia*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- (2017). *Reformismo constitucional*. Bogotá: Ibáñez.
- RAMÍREZ, G. (2005). *Límites de la reforma constitucional en Colombia: el concepto de constitución como fundamento de la restricción*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- ROZNAI, Y. (2014). *Unconstitutional Constitutional Amendments: A Study of the Nature and Limits of Constitutional Amendment Powers* [Tesis doctoral]. London School of Economics and Political Science.
- ROZNAI, Y. y JACOBSON, G. J. (2020). *Constitutional Revolution*. EE. UU.: Yale University Press.
- SCHMITT, C. (1952). *Teoría de la Constitución*. México: Editora Nacional.
- (2009). *El Concepto de lo Político*. Madrid: Alianza Editorial.
- SIERRA, H. (1998). *La reforma de la Constitución*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- SIEYES, E. (2007). *Escritos y discursos de la revolución*. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales.
- TOURAINÉ, A. (2000). *¿Qué es la Democracia?* (Trad. H. Pons). México: Fondo de Cultura Económica.
- VALENCIA, H. (2010). *Cartas de batalla: una crítica del constitucionalismo colombiano*. Bogotá: Panamericana.
- WALDRON, J. (2005). *Derecho y desacuerdo*. Madrid: Editorial Marcial Pons.

«LA LIBERTÀ È PARTECIPAZIONE»:
LA PARTICIPACIÓN POLÍTICA LOCAL EN ITALIA,
ENTRE NORMAS Y REALIDAD

*“La libertà è partecipazione”:
local political participation
in Italy, between laws and reality*

Ciro Milione

Profesor Titular de Derecho Constitucional
Facultad de Derecho y CC. EE. y EE.
Universidad de Córdoba

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-69\(2\)-2021pp149-184](http://dx.doi.org/10.18543/ed-69(2)-2021pp149-184)

Recibido: 10.11.2021

Aceptado: 13.12.2021

Resumen

Es común afirmar que la local representa la dimensión política más cercana a la ciudadanía y la más idónea para determinar, en lo cotidiano y en lo colectivo, su bienestar. Esta premisa, sin embargo, puede darse solo si se entienden satisfechos algunos prerequisites básicos que atañen tanto a cada ciudadano/a, como a los poderes públicos llamados a administrar la política local, es decir: que exista una voluntad de participar crítica y activamente y que existan las condiciones idóneas, efectivas y reales para lograr esa participación. Este estudio analiza la participación política local en Italia, desde los años ‘70 en adelante, y busca dar respuestas a un fenómeno preocupante y extremadamente actual: el abstencionismo.

Palabras clave

Italia, política, local, participación, abstencionismo.

Abstract

It is commonly said that the local policy is the political dimension closest to citizens and the most suitable to determine, on a daily and collective basis, their welfare.

This premise, however, can only be given on two conditions, which both concern every citizen and the public authorities called to administer local policies: the existence of a willingness to participate critically and actively and the existence of suitable, effective, and real conditions to achieve this participation. This study analyzes local political participation in Italy, from the 1970s onwards, and seeks to provide answers to a worrying and extremely current phenomenon: abstentionism.

Key words

Italy, policy, local, participation, abstentionism.

SUMARIO: I. PREMISA. II. SOBRE LA EFECTIVA IMPLEMENTACIÓN DEL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE AUTONOMÍA DE LAS ENTIDADES LOCALES. III. LA EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DEL SISTEMA DE PARTICIPACIÓN POLÍTICA LOCAL. 1. *La primera fase: la lucha para la participación política local en Italia en los años '70*. 2. *La segunda fase: autonomía estatutaria municipal y espacios de participación en la Ley 142/1990, de 8 de junio, «Ordinamento degli enti locali» y en el D.Lgs. 267/2000, de 18 de agosto 2000, «Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali»*. 2.1. Las instancias, peticiones o propuestas. 2.2. Los órganos municipales de consultación: las «consulte». 2.3. Referéndums municipales y otras «formas de consultación». IV. CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS: EDUCAR PARA LA PARTICIPACIÓN. V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS EMPLEADAS.

*«Among all freedoms, that of townships,
which is established with such difficulty,
is also the most exposed
to the invasions of power.»*

(Alexis de Tocqueville,
Democracy in America, 1835-1840,
Vol. I, Part I, Chapter V)

*«La libertà non è star sopra un albero,
Non è neanche il volo di un moscone,
La libertà non è uno spazio libero,
Libertà è partecipazione.»*

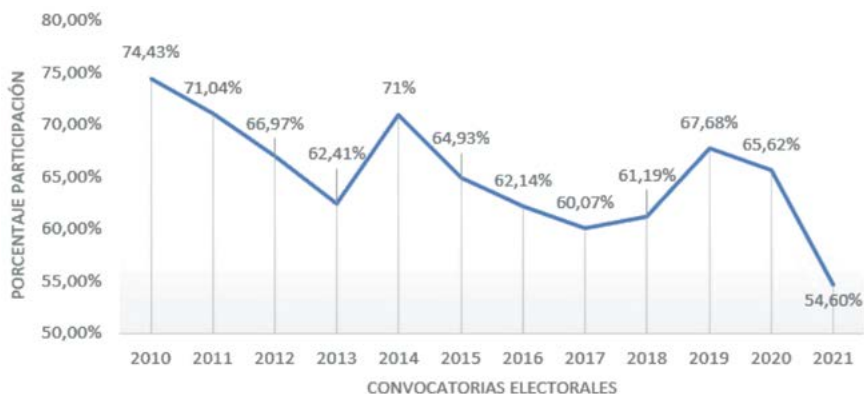
(Giorgio Gaber,
La libertà, 1972)

I. PREMISA

Durante los días 3 y 4 de octubre de 2021 cerca de 12 millones de ciudadanos italianos han sido llamados a participar en las elecciones administrativas para la renovación de los órganos representativos de 1192 ayuntamientos. En particular, esta convocatoria ha afectado a 19 capitales de provincia y, además, a 6 capitales de región, con ciudades de gran importancia como Bologna, Milano, Roma, Trieste, Napoli, Torino. Desde el primer día de esa convocatoria los datos del Ministerio del Interior, relativos a la participación parcial, revelaban claramente que un número muy importante de personas llamadas a manifestar su voto estaba renunciando a hacerlo. Esta primera impresión venía a ser corroborada por los datos definitivos que, con un

54.6% de participación total¹, colocaban el abstencionismo en las elecciones municipales de octubre 2021 en un máximo histórico².

Participación elecciones locales



Es frecuente afirmar que la política local constituye la dimensión de la gestión pública más cercana a la ciudadanía. No se trata solo de una cercanía que puede ser «física y real», en la que, dándose las circunstancias, el administrado y el administrador coinciden y conviven diariamente, en un mismo espacio físico y territorial. Se trata en realidad —y sobre todo— de una cercanía que se traduce en la articulación de esos «cauces inmediatos de participación»³ que permiten a la ciudadanía constatar, en lo cotidiano, los resultados de sus decisiones políticas y las repercusiones que estas mismas juegan en la consecución del bienestar individual y común. De este modo, cobra vida «desde abajo», desde el nivel más básico de participación, la misma noción de democracia en la que se inspiran nuestros modelos constitucionales⁴.

¹ Cabe señalar que esa misma convocatoria electoral también concernía a la elección del parlamento regional de Calabria y a las elecciones supletivas de la Cámara de los Diputados en la XII circunscripción Toscana y en la XV circunscripción Lazio 1 (Ministero dell'Interno, 2021).

² Considérese que el peor dato de participación se había alcanzado en el año 2017, con 60.07% de afluencia a las urnas con ocasión de la renovación de los órganos representativos de 1004 ayuntamientos (de los que 25 eran capitales de provincia) (Ministero dell'Interno, 2021).

³ Esta expresión es la que encontramos en el Art. 1 de Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, aprobada por el Parlamento español.

⁴ La misma Carta Europea de Autonomía Local, aprobada en Estrasburgo (Francia) el 15 de octubre de 1985, por impulso del Consejo de Europa, en su preámbulo

Sin embargo, la reciente convocatoria electoral italiana, y la tendencia en la que se enmarca, demuestran que algo se ha roto en ese mecanismo complejo, frágil y esencial que es la participación política a nivel local. Este estudio se plantea analizar el estado de esta cuestión desde una perspectiva que examina esas medidas legislativas que el legislador italiano, desde los años 70 en adelante, ha implementado con el fin de permitir y favorecer la implicación de la ciudadanía en la gestión de la cosa pública local.

¿Tiene sentido mirar al pasado para explicar un problema cuya actualidad es incontrovertible?

En opinión de quien escribe estas líneas la respuesta ha de ser positiva. Como veremos más adelante, algunas de las causas del problema radican en decisiones de carácter normativo adoptadas en el pasado por el legislador italiano con el fin de satisfacer —más en las formas que en la sustancia— el mandato constitucional ligado al desarrollo del principio de autonomía de las entidades locales. A estos factores, por otra parte, se unen otros que se han nutrido y han prosperado a la sombra de esas decisiones legislativas equivocadas o ineficaces: la desconfianza de la ciudadanía respecto al hecho político, su apatía, desinterés y desasosiego, todos ellos fruto de una deriva cultural que es necesario detener para dar nueva vida y linfa al sistema democrático italiano.

Por último, este artículo incorpora y amplía algunas de las conclusiones contenidas en la ponencia «Política local y participación ciudadana en Italia» expuesta por el autor en el VII Congreso Internacional «Democracia y Participación Ciudadana», celebrado los días 4 y 5 de octubre de 2021 en la Facultat de Dret de la Universitat de València⁵.

señala que «las entidades locales son uno de los fundamentos de un régimen democrático; [...] que el derecho de los ciudadanos a participar en la gestión de los asuntos públicos forma parte de los principios democráticos comunes a todos los Estados miembros del Consejo de Europa; [...] que en este nivel local este derecho puede ser ejercido más directamente; [...] que la existencia de Entidades locales investidas de competencias efectivas permite una administración a la vez eficaz y próxima al ciudadano; [...] y finalmente] que la defensa y el fortalecimiento de la autonomía local en los diferentes países de Europa representan una contribución esencial en la construcción de una Europa basada en los principios de democracia y descentralización del poder.»

⁵ Organizado en el marco del Proyecto: «La regulación de la transformación digital y la economía colaborativa. CPI-18-155». Programa Prometeo para grupos de investigación de Excelencia de la Conselleria de Educación, Investigación, Cultura y Deporte de la Generalitat Valenciana y coordinado por el Prof. Lorenzo Cotino Hueso, Catedrático de Derecho Constitucional, y por el Prof. Jorge Castellanos Claramunt, Prof. Ayudante Doctor de Derecho Constitucional, ambos de la Universidad de Valencia.

II. SOBRE LA EFECTIVA IMPLEMENTACIÓN DEL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE AUTONOMÍA DE LAS ENTIDADES LOCALES

Según el Art. 5 de la Constitución italiana de 1948 (a partir de ahora, más simplemente CI) «La República, una e indivisible, reconoce y promoverá las autonomías locales, efectuará en los servicios que dependan del Estado la más amplia descentralización administrativa y adoptará los principios y métodos de su legislación a las exigencias de la autonomía y de la descentralización».

Esta norma evoca un sistema complejo de niveles de gobierno en el que las entidades locales juegan un papel fundamental, gozando de la facultad de determinar su propio rumbo político y administrativo, en el ejercicio de un derecho a la autonomía que abarca también al ámbito de la financiación. Esta diversificación de niveles se traduce en la posibilidad para la ciudadanía de participar en los procesos políticos de una manera más o menos intensa y cercana a la realidad en la que se desarrolla la vida de cada individuo. Esta misma diversificación, evocada por el Art. 5 CI, cobra sentido concreto en esas formas y límites que la CI dibuja en el Título VI, ahí donde se regulan las entidades locales titulares de ese derecho a la autonomía y que el Art. 114 identifica en los comunes, las provincias, las ciudades metropolitanas y las regiones⁶.

Un análisis histórico —breve— de la norma en cuestión nos puede servir para entender e interpretar en clave actual el sistema de relaciones entre ciudadanía y administración pública, entre ciudadano y entidades llamadas a gestionar la cosa pública local.

Desde esa perspectiva, debemos recordar que, en su momento, la introducción del Art. 5 CI representó para la historia constitucional italiana una auténtica evolución respecto al pasado y la actitud de rechazo del principio de autonomía que había inspirado la acción de los primeros legisladores de

⁶ Y, «además», el Estado. Como es sabido, el Art. 114 CI ha sido modificado por efecto de la reforma constitucional implementada por la Ley Constitucional n.º 3/2001, de 18 de octubre, «Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione» y cuya formulación literal es la siguiente: «La República se compone de municipios, provincias, ciudades metropolitanas, regiones y el Estado.» Sobre el alcance de este precepto se ha pronunciado la Corte Constitucional italiana con la Sentencia (a partir de ahora, SCC) 274/2003, de 24 de julio, en la que ha señalado que al Estado, tras la aprobación de la reforma constitucional, se le sigue reservando una posición peculiar, en el ordenamiento general de la República. Ello se debe, no solo al contenido del Art. 5 CI de la Constitución, que introduce el principio de unidad e indivisibilidad, sino también por la existencia de límites derivados del sistema comunitario y de las obligaciones internacionales, así como de límites inherentes al reparto competencial entre Estado y Regiones (vd. Art. 117 CI).

finales del siglo XIX. En efecto, en esa época, una vez lograda la unificación política de la península, no tenía sentido introducir en el sistema jurídico y constitucional motivos o pretextos que pudieran poner en duda una unidad administrativa que —por otra parte— una parte del país consideraba «impuesta» y, de este modo, mermar o debilitar la consolidación de un Estado unitario que, entonces, se acababa de constituir (Benvenuti, 1968, 65 y ss.)⁷.

Así, cuando medio siglo después la asamblea constituyente está llamada a actuar, todavía pervive en una parte de la doctrina y de algunas fuerzas políticas el temor que el reconocimiento del principio de autonomía pueda suponer una debilitación de la República. Finalmente, con el Art. 5 CI prevalecen formalmente las tesis opuestas y, por ende, la autonomía se vuelve expresión de una forma de ser del nuevo modelo constitucional que abandona la configuración de Estado de Derecho unitario para pasar a ser Estado social de las autonomías.

En realidad, la mera aprobación de este precepto no supuso, desde el principio, el despliegue inmediato y completo de todo su potencial jurídico. Debido a los mismos «antiguos temores» de siempre, el legislador, durante los primeros 20 años de vida de la República, dio solo algún tímido paso hacia la realización de un descentralización administrativa efectiva. Se mantenía, en realidad, la lógica del principio jerárquico, de modo que la ampliación de competencias a favor de órganos institucionales de rango inferior al estatal no suponía para ellos la capacidad de adoptar actos definitivos o que no fueran susceptibles de un reexamen o de un control por parte de otra entidad de mayor calado (Lucifredi y Coletti, 1956, 6 y ss.).

Berti (1975a), en relación con esta primera fase de la historia constitucional republicana, habla de una auténtica y «constante lucha para la autonomía»⁸.

⁷ Por otra parte, Staderini (1986, 37) señala que con la aprobación de la Ley municipal y provincial de 1865 el nuevo Estado nacional italiano adoptó un sistema administrativo centralizador de imitación francesa. Se daba vida, de esta forma, a un ordenamiento caracterizado por un poder administrativo central poderoso que, a través del subdelegado del Gobierno (el llamado «Prefetto»), vigilaba sobre la administración local para garantizar que esa cumpliera las directrices y órdenes emanadas por el Gobierno central. En esa segunda mitad del siglo XIX, queda ya lejos el recuerdo del municipio italiano como protagonista del «Risorgimento» y las ideologías que estuvieron a la base de los ordenamientos republicanos de las ciudades italianas que vieron en la autonomía esa capacidad autonormativa fundamentada en el principio «populus est collectio multorum ad iure vivendum quae nisi iure vivat non est populus». Vd. Fenzi, 2020, 60 y 61.

⁸ Considérese que los primeros estatutos regionales de tipo «ordinario» empiezan a funcionar solo a partir de los años '70 cuándo, como sostiene Berti, la estructura unitaria del Estado demuestra su insuficiencia y su incapacidad de contrarrestar el anhelo de un mayor espacio de autonomía de la sociedad italiana, (*ibidem*).

Una lucha dirigida a lograr «un reconocimiento oficial de la fuerza y de los intereses de los gobernados respecto al gremio gobernante [...una...] lucha para el pluralismo, en el que es implícito el desconocimiento de la solución única y válida para todos presentada por el Estado central»⁹ (287 y ss.).

Lejos de ser simplemente reivindicaciones de tipo egoístico o chovinista de supuestos núcleos de poder periférico, esas instancias autonomistas cobran un sentido más amplio y profundo, pues miran a la consecución de una articulación efectiva y de una materialización concreta del principio de autonomía y por ende del principio democrático, hasta sus últimas consecuencias. Porque, como nuevamente señala Berti¹⁰ «al fondo de la idea de autonomía se halla siempre un principio de autogobierno social y tiene sentido introducir una autonomía en el plano institucional solo en cuanto sea cierto que eso sirva para vivificar la participación social, es decir, hacer efectiva la libertad de los individuos y de los grupos sociales, como presencia activa en la gestión de las administraciones comunes» (1957a, 288).

Se trata de un llamamiento para la defensa de la autonomía que este ilustre jurista realiza desde una tribuna singular (una obra colectiva de gran prestigio) y en un contexto histórico y sociopolítico (mediados de los años '70) que —como veremos a continuación— coincide con uno de los momentos más álgidos del movimiento para el autonomismo local.

Lo que —en nuestra opinión— más destaca en la interpretación que Berti ofrece del Art. 5, es que este autor disecciona la noción de autonomía en dos vertientes distintas, aunque inevitablemente conexas: la que es propia de una autonomía privada que, sin embargo, va declinada en un sentido social; y otra ligada a la idea de una autonomía pública de naturaleza institucional. De modo que, solo cuando se dan las circunstancias para un ejercicio real y efectivo del primer tipo de autonomía, es posible afirmar que el individuo versa en condición de abandonar —si quiere— su condición de súbdito del poder. Pero, para que esas circunstancias puedan darse, es imprescindible que las instituciones autónomas en las que el ciudadano actúa puedan ejercer, real y efectivamente, sus propias atribuciones. Así, autonomía institucional y autonomía individual y social representan las dos caras de una misma moneda, de

⁹ Salva diversas indicaciones, todas las traducciones del italiano al castellano han sido realizadas por el autor de este trabajo buscando mantener, en la medida de lo posible, el sentido literal del texto original.

¹⁰ Y, antes que él, Tocqueville (1835-40, Cap. V) cuando sostiene que «Es en el municipio donde reside la fuerza de los pueblos libres. Las instituciones municipales son para la libertad lo que las escuelas primarias para la ciencia: la ponen al alcance del pueblo, le hacen gozar de su uso pacífico y le acostumbran a servirse de ella. Sin instituciones municipales, en una nación puede darse un Gobierno libre, pero no tendrá el espíritu de la libertad.»

una moneda cuyo valor —en último análisis— coincide con el de la democracia y de la libertad, de la solidaridad en lo colectivo y de la responsabilidad en su dimensión individual. En todo eso estriba el contenido del principio de autonomía y su trascendencia para un sistema constitucional que aspire a ser funcional.

Así, para que esos principios puedan materializarse en términos reales, es necesario que las relaciones entre administrados y administradores se realicen en un marco jurídico que favorezca la participación de los primeros en las distintas actividades y competencias tradicionalmente reservadas a los segundos.

Sin embargo, durante los primeros 30 años de vida republicana, esa interpretación evolutiva del Art. 5 CI fue, básicamente, desatendida¹¹. Se mantuvo, en cambio, esa lógica de poder más asentada y arraigada en la tradición, una tradición que negaba la posibilidad de una participación de la ciudadanía en los procedimientos administrativos por considerar esa participación superflua e innecesaria, toda vez que las actividades de los poderes públicos se desarrollan siguiendo los «cauces ineludibles de la ley» (Berti, 1975a, 289).

Esta realidad, trasladada al contexto de la articulación de mecanismos legales que pudieran favorecer la intervención de la ciudadanía en la gestión de la cosa pública local se tradujo esencialmente en una «participación de mínimos», es decir, en la mera aportación, una vez cada 5 años, de una papeleta electoral a una urna, en correspondencia de la celebración de unas elecciones administrativas.

Es necesario tener claros estos puntos de partida porque —cómo veremos a continuación—, a pesar del intenso desarrollo legislativo que ha tenido esta materia en Italia, el modelo de participación política local resultante de cada una de las distintas etapas de ese desarrollo ha fallado en el intento de «lavar algunos de esos pecados originales» del sistema que acabamos de ilustrar.

III. LA EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DEL SISTEMA DE PARTICIPACIÓN POLÍTICA LOCAL

El lento proceso por el que la política local italiana intenta abrirse a la participación ciudadana en el respeto del sentido más genuino y racional del Art.

¹¹ Es llamativo que, a mediados de los años 80, Staderini (1986, 43) todavía afirmara: «¿Qué es lo que se ha hecho en todos estos años que han seguido la entrada en vigor de la Constitución republicana para dar actuación a los principios consagrados en el Art. 5? Hasta hace no mucho tiempo, la respuesta unánime de la doctrina era “poco o nada”».

Por otra parte, cabría destacar que, más recientemente, Calvano (2018, 3) sigue defendiendo que «la historia de esta disposición puede ser narrada [...] como la historia de una larga traición».

5 CI se articula en dos fases o épocas distintas que podríamos identificar con los años '70 y los años '90. Cada una de estas fases merece ser analizada en profundidad para entender mejor las debilidades del modelo de participación local actual.

1. *La primera fase: la lucha para la participación política local en Italia en los años '70*

Con la Ley 150/1953, de 11 de mayo («Delega legislativa al Governo per l'attribuzione di funzioni statali d'interesse esclusivamente locale alle Provincie, ai Comuni e ad altri Enti»), el Parlamento atribuyó al Gobierno la misión de dar ejecución al Art. 5 CI, transfiriendo funciones estatales de interés exclusivamente local a las Entidades territoriales descritas en el Art. 128 CI (entonces vigente)¹² e incluso a otros órganos descentralizados.

El objetivo —aunque mínimo— de esa delegación legislativa iba encaminado a permitir que esas entidades territoriales pudieran finalmente adoptar actos administrativos definitivos en el ejercicio de sus competencias, en lugar que simplemente intervenir en los procesos de toma de decisión como simples órganos de consultación o respaldo del poder central¹³. Es evidente, pues, cómo en esta fase no pudiera considerarse como suficientemente lograda la implementación del mandato contenido en el Art. 5 CI. Ni que lo

¹² Hoy Art. 114 CI tras la Ley Constitucional n.º 3/2001, de 18 de octubre, «Modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione».

¹³ Cabe señalar que, de todos modos, los propósitos de la Ley 150/1953 quedaron, en larga parte, desatendidos, pues los dieciséis decretos legislativos que el Gobierno aprobó sirvieron solo para sustraer a la administración central algunas funciones limitadas a materias específicas como turismo, agricultura, comercio, marina mercante, transportes, etc.

Todavía, a principios de los años '60, permanecía sobre la mesa el problema relativo al alcance de la descentralización administrativa del que disfrutarían las entidades territoriales menores, en ejecución del mandato constitucional. Así, por ejemplo, Lucifredi (1960, 247) sintetizaba entonces los términos de la cuestión: «debe considerarse tanto como un problema político de alcance constitucional como un problema técnico. Desde el primer punto de vista, la cuestión está vinculada al dilema constitucional de la autonomía local. Es lógico que deba resolverse de forma diferente según se quiera implantar un sistema de administración rigurosamente uniforme y vinculante en el que los órganos constitucionales sean los únicos que tengan la facultad de dictar directrices para toda la vida del país o si se quiera permitir, dentro de ciertos límites, la libre diferenciación de sistemas y directrices en armonía con las tradiciones, condiciones ambientales y aspiraciones de las distintas partes del territorio nacional. Desde el segundo punto de vista, en cambio, sólo se trata de ver, independientemente de cualquier postulado político, si una buena administración puede obtenerse más a través de un sistema centralizado o descentralizado; es decir, si una administración centralizada o descentralizada es más adecuada para lograr la más rápida y completa satisfacción de las necesidades públicas.»

fueran las condiciones para una autonomía local auténtica y, por ende, para la introducción de mecanismos locales de participación popular que sirvieran para extender a la ciudadanía la responsabilidad de la gestión de la cosa pública.

Pero más allá de lo que ocurre en el ámbito legislativo, los impulsos más decisivos y consecuentes para lograr mayores espacios de participación en esa gestión, se producen en el contexto social y cultural que vive Italia a principio de los años '70.

Es una fase en el que el país transalpino experimenta, como el resto de las democracias occidentales, los efectos del movimiento del mayo del '68 y de ese cambio de paradigmas que este mismo movimiento predicaba. Las críticas —incluso, violentas— que las generaciones más jóvenes de la sociedad dirigen a los esquemas tradicionales, miran a su desmantelamiento y a la creación de espacios de libertad de expresión cultural y política, a la afirmación del pluralismo y de la autonomía, a la promoción de modelos anti-autoritarios. Todo ello se traduce también en reivindicaciones que abarcan al contexto político local y al reconocimiento de un protagonismo nuevo y real del ciudadano en este ámbito de la vida pública y de sus mecanismos de gobierno¹⁴.

Estas instancias se hacen particularmente fuertes en ciertas partes del país, en esos núcleos urbanos (véase el llamado «triangolo industriale», es decir en las ciudades de Turín, Milán y Genua) en los que se desarrolla, más que en otros sitios, una auténtica conciencia colectiva, impulsada por actores políticos (sindicatos, movimientos obreros o estudiantiles, etc.) de marcado corte progresista¹⁵.

¹⁴ Claudio Petruccioli, entonces secretario nacional de la Federación Juvenil Comunista italiana, describiendo la atmosfera del '68 y los profundos procesos culturales que investían, en ese periodo, una entera generación y el país en su conjunto, habla de una «explosión de participación política» que se levantaba respecto a una antigua estructura de poder del todo incapaz de encauzar las nuevas reivindicaciones sobre el terreno democrático (Cerchia, 2005, 403).

Es singular también el análisis que realiza Giallongo (2018, 190) que, relatando la historia de los movimientos juveniles del '68 desde la perspectiva de las «emociones», pone en conexión la felicidad, el bienestar colectivo y la participación como auténtica necesidad, en estos términos: «al abordar esta situación, los miembros del movimiento compartían la idea de que el bienestar de todos germinaría por la confluencia de la política en la vida cotidiana. Se inspiraron así en la idea de Revolución del siglo XVIII, convencidos idealmente de que la felicidad no era un privilegio personal o de clase, sino una experiencia colectiva. Probablemente fue en esta perspectiva en la que la participación individual en la vida pública se vivió como una experiencia singular e insustituible de felicidad humana.»

¹⁵ En algunas partes del país, adquiere carácter de urgencia la creación de cauces reales de participación que sirvan para responder a las instancias presentadas por parte de la población con ímpetu y pasión. Es lo que es posible deducir de las palabras de dos administradores de la Democracia Cristiana a cargo, en esa época, de distintos departamen-

Las reivindicaciones en esa fase histórica son fundamentalmente las que atañen a cuestiones muy concretas y ligadas a la realidad cotidiana: como la vida asociativa en el barrio, la vivienda, los servicios colectivos, etc. Es importante considerar el ámbito en el que se producen estas instancias: nos hallamos en un contexto socioeconómico en que confluyen en las ciudades (particularmente del norte de Italia) un gran número de migrantes provenientes de las regiones del sur. Es una población con características culturales y sociológicas radicalmente diversas respecto a las de los centros urbanos a los que se mudan y en los que trabajan. Así, lentamente, dentro de estas grandes ciudades que experimentan el boom industrial, toman vida barrios —generalmente, periféricos— que, aun formando parte de la administración local, constituyen desde un punto de vista identitario y cultural, realidades auténticamente separadas de su entorno¹⁶.

La administración local, con sus órganos, instituciones, procedimientos etc., es percibida como una entidad ajena y alejada —incluso físicamente— de las necesidades de esta parte de la población que más precisa de la intervención de los poderes públicos. Este *gap* representativo exige respuestas orgánicas y coordinadas. Por ello, algunas administraciones particularmente sensibles al fenómeno que acabamos de describir deciden crear, en las medidas de sus posibilidades, improvisados órganos de descentralización administrativa. Lo hacen a través de expedientes normativos que invocan normas preconstitucionales¹⁷ que permiten a sujetos delegados ejercer algunas funciones propias de los alcaldes.

tos del ayuntamiento de Torino: «los grupos espontáneos, que se definen comités de barrio, nos los encontramos ya cada día en el ayuntamiento o en los distintos lugares objeto de ocupación (escuelas, parques, viviendas de protección oficial) y tenemos que contratar con ellos sin saber de qué representatividad realmente gozan o si, sin embargo, no constituyen nada más que la expresión de pequeñas minorías.» (Staderini, 1986, 67).

¹⁶ Considérese, por ejemplo, la realidad de la ciudad de Torino. La capital de Piemonte en 1953 contaba con 753.000 habitantes y pasó a tener 1.114.000 en 1963. La mayoría de esas personas habían emigrado de Sicilia (77.589), Puglia (106.413), Calabria (44.723), Campania (35.489) o Basilicata (22.813). Su presencia se concentraba en contextos urbanos definidos como el barrio de la «Barriera di Milano». Su proceso de integración fue difícil, como demuestran estas palabras: «La llegada a la ciudad conlleva problemas y dificultades que no son fáciles de superar. Las diferencias culturales e identitarias transforman el encuentro entre los turineses y los inmigrantes, sobre todo los del sur, en un momento de gran tensión. La discriminación adopta la forma de carteles colocados en las puertas de las casas con la frase ‘no se alquila a meridionales’ o se traduce en dinámicas excluyentes que pasan por epítetos llenos de odio (‘napuli’, ‘terroni’, ‘mau mau’), palabras acuñadas por la población local para definir, identificar, desacreditar y burlarse de los obreros nativos de esas regiones del sur.» (ISMEL, s.f., 12).

¹⁷ Un ejemplo son los Arts. 154 y 155 del Texto Único de la Ley municipal y provincial de 1915 (R.D. 148/1915, de 4 de febrero) por los que, los municipios con más de

Es en esta época en la que empiezan a funcionar órganos llamados «Consigli di quartiere» (literalmente, «consejos de barrio») y el «Aggiunto del Sindaco» («el adjunto del alcalde») en ciudades con una profunda tradición progresista y de izquierda como Bolonia¹⁸. Sin embargo, es oportuno señalar que —en particular— las labores de los consejos de barrio no excedieron nunca el mero desarrollo de actividades propositivas o consultivas¹⁹ en relación con actos de mayor importancia (la presentación de los presupuestos, la elaboración de programas de desarrollo o de los planes reguladores) (Stadellini, 1986, 69).

60.000 habitantes podían deliberar de ser divididos en barrios. En esos supuestos, el alcalde podía decidir, previa aprobación del prefecto, la delega del ejercicio de sus funciones. Igualmente, en los barrios o distritos que dispusieran de un patrimonio o de gastos separados, podían actuar delegados del alcalde nombrados por él y aprobados por el prefecto. Vd. a este respecto Berti que consideró estas iniciativas como auténticos experimentos encaminados a reanudar la tradición del derecho municipal y a reivindicar la capacidad estatutaria de los ayuntamientos y de normación de los barrios (1975b, 68).

¹⁸ Su funcionamiento era, *grosso modo*, el siguiente: el adjunto presidía el consejo de barrio, desarrollando algunas funciones propias del alcalde y dirigiendo órganos municipales descentralizados. Los consejos de barrio estaban constituidos por residentes o trabajadores de un determinado territorio municipal. Habían sido nombrados por el pleno del ayuntamiento, según criterios de representación proporcional que reflejaban el peso distinto de los diversos grupos políticos elegidos en su seno. Vd. Zacchini, Bruna. 1976. *Dieci anni di decentramento a Bologna*. Bologna: Edizioni Luigi Parma; y también Caccarelli, Francesco y Maria Angiola Galligani. 1987. *Bologna: decentramento, quartieri, città 1945-1974*. Bologna: Istituto per la storia di Bologna.

¹⁹ Es oportuno recordar, como hace Barresi (1994, 1158), que existe una gran diferencia entre las nociones de «participación» y «consultación»: en la primera la responsabilidad por un acto o decisión recae en todos los sujetos que han intervenido y participado en el procedimiento; en la segunda, esa responsabilidad es exclusivamente imputable al órgano público que, en un ejercicio de discrecionalidad política, puede hacer suyas las opiniones de los consultados, o no hacerlo. Una tercera noción por considerar sería la de «contradictorio», es decir, una garantía a favor de las partes, llamadas a defender en igualdad de condiciones unos intereses distintos, potencialmente en conflicto entre sí.

Vandelli (2015, 227), sin embargo, habla de dos tipos distintos de participación: la de tipo «decisorio», en la que la ciudadanía está llamada a adoptar decisiones finales (ej. «presupuestos participativos» o los «referéndums abrogativos»); y la de tipo «colaborativo», en la que la implicación ciudadana se desarrolla en el ámbito de un procedimiento que se concluye, de todos modos, con una decisión adoptada por los órganos políticos-administrativos.

Por otra parte, cabe matizar la distinción entre «instrumentos de participación popular o institucional» que son mecanismos a través de los que se articula la democracia directa (por ej., los referéndums), encontrando su regulación en la ley y produciendo efectos que inciden en las instituciones; y los «instrumentos informales de participación», iniciativas a través de las que la población promueve y defiende sus intereses a través de asambleas, manifestaciones, etc. (Vd. Luciani, 2008, 163).

Estas experiencias constituyeron un primer paso hacia la descentralización y hacia la creación de mecanismos de representación popular que sirvieran para acercar la política local a la ciudadanía. Lo cierto es que estos mismos intentos, huérfanos de una fundamentación normativa sólida, no podían aspirar a tener una vida que fuera larga y próspera²⁰.

Esta fundamentación finalmente se produjo con la Ley 278/1976, de 9 de abril, «Norme sul decentramento e sulla partecipazione dei cittadini nell'amministrazione del comune», que formalmente instituyó los así llamados «consigli di circoscrizione». Se trataba de órganos con naturaleza democrática y con carácter deliberativo y de gestión, cuya función esencial no era solo la de incrementar e intensificar la representatividad de la población en los órganos de gobierno municipal, sino particularmente la de contrarrestar o compensar el poder de la clase política local, por ejemplo, a través de la adopción de resoluciones que los plenos municipales podrían ignorar solo asumiendo el correspondiente coste político ante la ciudadanía²¹.

El Art. 15 de la ley, además, introducía para los electores del municipio la posibilidad de presentar peticiones al ayuntamiento para «la promoción de la descentralización» y peticiones y propuestas a los respectivos consejos en materias que fueran de su competencia. La condición en ambos casos es que esas mociones fuesen respaldadas al menos por un décimo de los votantes de la circunscripción.

²⁰ Y, en efecto, por ejemplo, el Tribunal Administrativo Regional de Piemonte, pronto declaró «inexistente», por falta de competencias en mérito, el reglamento municipal de Torino relativo a la institución y al funcionamiento de los consejos de barrio (sentencia 128/1975, de 25 de junio). Igualmente, el Consejo de Estado dictaminó que no sería admisible la creación, por iniciativa de los ayuntamientos, de órganos especiales de descentralización cuando esos no fueran previstos en la legislación (dictamen 2242/1975, de 31 de octubre). Cabe señalar, como hace Pastori (1962, 547-8), que durante un largo periodo de tiempo los jueces administrativos trataron las normas constitucionales sobre la autonomía local como preceptos con «eficacia diferida», a considerar exclusivamente como cánones hermenéuticos en la labor interpretativa de las normas ordinarias.

²¹ El Art. 2 de la Ley establecía que los órganos de la circunscripción serían el Consejo, llamado a representar las exigencias de la población en la circunscripción, y el Presidente del Consejo, llamado a representarlo y a desarrollar las funciones delegadas por el alcalde. Dichos consejos tenían carácter democrático, siendo sus miembros elegidos por sufragio directo de los residentes en la circunscripción (Art. 3) con reparto de escaños según criterios proporcionales (Art. 6). La duración de su mandato coincidía con la del ayuntamiento. La labor de los consejeros (gratuita, según lo establecido por el Art. 17) consistía en el desarrollo de funciones consultivas (algunas) o deliberativas (escasas), todas ellas recogidas en el Art. 12. Entre ellas destacaríamos: la aprobación de informes sobre la gestión de bienes, servicios e instituciones; la posibilidad de convocar asambleas públicas; la presentación de propuestas para la solución de problemas administrativos; la producción de dictámenes sobre materias de competencia del ayuntamiento.

La realidad demostró, en un plazo relativamente breve de tiempo, que la Ley 278/1976 y sus instrumentos de participación resolvían poco y mal aquellos problemas que habían determinado, en primer lugar, su aprobación. Asimismo, resultó evidente que la norma había encontrado escasa aplicación en todo el territorio nacional, con la salvedad de algunas raras y loables excepciones en Piemonte, Emilia Romagna, Lazio, etc.

Las razones de ese fracaso son de naturaleza diversa.

En primer lugar, cabría hacer hincapié en el carácter provisional de la Ley 278/1976, puesto en evidencia por su Art. 1, en el que se señalaba —de una manera, por otra parte, obvia— que la normativa se mantendría válida hasta la entrada en vigor de un futuro ordenamiento de las autonomías locales.

En segundo lugar —entrando ya en el fondo de la cuestión— el funcionamiento real de los consejos de circunscripción hizo evidente que los dictámenes aprobados por los mismos —en determinados casos obligatorios, pero casi nunca vinculantes— acababan sistemáticamente siendo ignorados por los órganos municipales que asumían de buen grado el coste político asociado a decisiones contrarias a los dictámenes de esos órganos representativos. Lo mismo ocurría con las deliberaciones que, en virtud del Art. 14, debían ser remitidas a los plenos de los ayuntamientos para la realización de un examen de fondo que cerraba el expediente.

En tercer lugar, pese a lo señalado con anterioridad, era bastante insólito que los consejos de circunscripción entraran en conflicto con los ayuntamientos o realizaran alguna oposición realmente provechosa para la ciudadanía. Eso mismo ocurría porque el sistema permitía que los partidos políticos siguieran teniendo un peso decisivo en la designación de los candidatos a formar parte de esos consejos²². De esta forma, esos órganos acababan reflejando los equilibrios y las dinámicas políticas ya presentes en las asambleas municipales y muy frecuentemente las decisiones de los consejos de circunscripción venían adoptadas según lógicas que primaban el interés sectario y el respeto a la disciplina de partido. En un contexto como el que acabamos de indicar, no nos debe sorprender si los intereses reales de la ciudadanía residente en el territorio representado acababan teniendo, en seno a esos órganos, un peso meramente residual.

Por último, los instrumentos de participación popular —peticiones, propuestas, etc.— tal vez útiles en municipios de escasas dimensiones²³, exigían

²² Considérese que a la luz del Art. 5 de la Ley 3/1978, de 3 de enero, («Norme per l'effettuazione delle elezioni provinciali e comunali») se estableció el principio de simultaneidad de las elecciones de los consejos de circunscripción con las elecciones municipales y provinciales, algo que determinó una definitiva influencia de los partidos en esos órganos de reciente constitución.

²³ Staderini resume la cuestión en estos términos: «de participación es posible hablar solo en relación con pequeños barrios, donde efectivamente pueden existir vínculos de

sin embargo la movilización de un gran número de votantes para la recogida de avales en las circunscripciones de grandes ciudades: un esfuerzo que se revelaba, de todos modos, inútil a la luz del monopolio partidista que caracterizaba las dinámicas políticas de los consejos de circunscripción.

Estas consideraciones nos permiten realizar algunas reflexiones de carácter preliminar. Es evidente que ya en esa época el problema de la realización de la descentralización administrativa y de la implementación de instrumentos de participación en la política local no constituían simplemente cuestiones de técnica jurídica, ligadas a la necesidad de dar ejecución a uno de los numerosos mandatos constitucionales. Los contornos del problema eran —y siguen siendo hoy— más amplios y decisivos como siempre ocurre cuando la cuestión a debatir es la que atañe al ejercicio monopolístico del poder y a su gestión efectiva en un ámbito territorial definido, como es el caso que nos interesa.

Si el propósito de la Ley 278/1976 consistía en la realización de una descentralización administrativa que acercara la gestión de la cosa pública local al ciudadano, el resultado finalmente logrado fue otro: la creación de unos órganos de participación que lo fueron solo formalmente, mientras los mismos actores políticos de siempre volvían a ocupar esos espacios mínimos de influencia que la norma había imaginado, en primer lugar, para la ciudadanía más comprometida.

El ejemplo de la Ley 278/1976, desde esta perspectiva, vino a anticipar dinámicas y errores de los que —como veremos— el legislador italiano no supo o no quiso librarse: identificar la descentralización con la participación; no ser capaz de preservar a favor de la ciudadanía espacios nuevos de participación y, sobre todo, confundir la mera aprobación de una norma jurídica con la efectiva consecución de cambios en la realidad social y política de una comunidad.

2. *La segunda fase: autonomía estatutaria municipal y espacios de participación en la Ley 142/1990, de 8 de junio, «Ordinamento degli enti locali» y en el D.Lgs. 267/2000, de 18 de agosto 2000, «Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali»*

Como hemos señalado, la Ley 278/1976 nació con vocación de perdurar en el tiempo lo estrictamente necesario para que el legislador italiano pudiera aprobar una más orgánica regulación del derecho de las entidades locales. Esa esperada regulación tardó catorce años en ver la luz con la entrada en vigor de la Ley 142/1990, de 8 de junio, «Ordinamento degli enti locali».

solidaridad entre los habitantes y la conciencia de pertenecer a una misma comunidad. Cuando una comunidad se encuentra al alcance de la mano [...] es más fácil hacer oír la propia opinión y es más fuerte el estímulo a hacerlo» (1985, 75).

Siguiendo a Vesperini (2010, 954-960) es posible identificar cuatro razones diversas que contribuyeron, de alguna manera, a desbloquear el impasse.

En primer lugar, al comienzo de los años 90, los actores políticos italianos manifestaron su clara voluntad de dar vida a un periodo de profundas reformas legislativas que afectaran a diversos sectores del Derecho Administrativo²⁴. Así, finalmente, se procuró dar ejecución al dictado constitucional en materia administrativa de una manera que fuese más completa, efectiva y respetuosa de importantes principios como el de autonomía y de policentrismo. En este sentido, Vesperini defiende que la nueva regulación de las entidades locales actuó como una verdadera «cabeza de puente» («apripista», en el texto original) llamada a ser la premisa para una reforma más orgánica y extendida de todas las demás administraciones públicas (956).

En segundo lugar, la reforma introducida por la Ley 142/1990 vino a ser un banco de prueba «a pequeña escala» de las innovaciones a introducir en el caso de una posible remodelación del sistema político en su totalidad. Se trataba de testar mecanismos dirigidos a atacar, antes que nada, el atávico problema de la inestabilidad política y a reducir, en la medida de lo posible, el excesivo protagonismo de los partidos en todos los ámbitos de participación²⁵.

La tercera razón, sin embargo, ligaba el destino de los municipios y de las provincias al de las regiones. Efectivamente, incluso para estas últimas, la disciplina vigente con anterioridad a la reforma de 1990 constituía un auténtico estorbo en el camino hacia una efectiva distribución territorial del poder. Es posible entender la razón de ello mirando a la disposición transitoria VIII

²⁴ No olvide el/la lector/a que es de este mismo periodo la importante Ley 241/1990, de 7 de agosto, «Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi», que ha supuesto un notable salto en adelante para el derecho administrativo italiano introduciendo, entre otros aspectos, la obligatoriedad de la motivación de los actos administrativos; una nueva disciplina del silencio administrativo; la existencia de intereses legítimos colectivos; etc. Vd., entre otros, Pinto, Ferdinando. 2017. «La disciplina del procedimento amministrativo a quasi trent'anni dall'approvazione della Legge n. 241 del 1990». *Amministrativamente. Rivista trimestrale di diritto amministrativo*, n.º 11-12; Patroni Griffi, Giuseppe. 2011. «Procedimento amministrativo e responsabilizzazione dei poteri pubblici: a vent'anni dalla legge n. 241/1990». *Corriere giuridico*, Vol. 28 — n.º 3: 301-309; Scafoletti, Marcella. 2004. «Appunti sulla legge di riforma del procedimento amministrativo 7.8.1990, n. 241 e successive modifiche». *Il nuovo diritto*, Vol. 81 — n.º 11; Resta, Domenico. 1992. «Il 'vero' volto della riforma del procedimento amministrativo attuato ai sensi della legge 7 agosto 1990 n. 241». *Rivista amministrativa della Repubblica Italiana*, Vol. 143 — n.º 10: 1407-1416.

²⁵ En efecto, la Ley 142/1990 fue el prelude para la aprobación sucesiva de la Ley 81/1993, de 25 de marzo, «Elezioni dirette del sindaco, del presidente della provincia, del consiglio comunale e del consiglio provinciale» que, como la misma rúbrica indica, permitió, entre otras cosas, la elección directa del alcalde e introdujo mecanismos de control político en los ayuntamientos como, por ejemplo, la moción de censura constructiva.

de la CI por la que la restructuración y el reparto de las funciones administrativas entre las entidades locales es condición para que las Regiones puedan entrar a disciplinar legalmente las funciones de las respectivas provincias y ayuntamientos.

La cuarta y última razón miraba más allá de las fronteras nacionales. En efecto, no debemos olvidar que solo un año antes de la entrada en vigor de la reforma, Italia había aprobado la Carta Europea de Autonomía Local, obligándose formalmente a la implementación de principios fundamentales como los de electividad (Art. 3.2), de subsidiariedad (Art. 4.2), de autonomía organizativa (Art. 6) y financiera (Art. 9), y de plenitud de las competencias encomendadas a las Entidades locales (Art. 4.4), todos principios²⁶ que la misma Ley 142/1990 acabaría haciendo suyos²⁷.

La reforma, como es obvio, fue de gran alcance y tocó —con más o menos fortuna— ámbitos distintos de la autonomía local. En lo que nos atañe —la introducción de cauces de participación ciudadana en la gestión política local— la innovación más relevante fue la relativa a la regulación de la autonomía estatutaria municipal (Art. 4) y a la aprobación de un título («Capo III. Istituti di partecipazione») integralmente dedicado a la introducción de mecanismos de participación (Arts. 6-8)²⁸ que pasaban a ser previstos como obligatorios en los estatutos municipales.

Así, el Art. 4 establecía claramente que municipios y provincias adoptarían, cada uno, sus estatutos para determinar las normas fundamentales relativas a sus respectivas competencias, a su organización interna y a la de sus servicios. Además, el segundo apartado de este mismo precepto establecía

²⁶ Sobre la Carta Europea de Autonomía Local y sus principios señalamos, entre otros, Lasagabaster Herrarte, Iñaki. 2007. *La carta europea de la autonomía local*. Madrid: Iustel; Ortega Álvarez, Luis Ignacio. 1993. «La Carta Europea de la autonomía local y el ordenamiento local español». *Revista de estudios de la administración local y autonómica*, n.º 259: 475-498; Ferreira Fernández, Antonio Javier. 2016. «La Carta Europea de Autonomía Local: orígenes y perspectivas». *Dereito: Revista xuridica da Universidade de Santiago de Compostela*, n.º Extra 1: 13-20; Merloni, Francesco. 2010. «La Carta Europea de la Autonomía local y su recepción en Italia y España». *Anuario del Gobierno Local*, n.º 1: 489-519.

²⁷ Por otra parte, la aprobación del Tratado de Maastricht exigía a cada Estado miembro la adopción de medidas legislativas para implementar esos mismos principios de descentralización, siendo las regiones y las demás entidades locales sujetos destinatarios de las nuevas políticas comunitarias (Vesperini, 2010, 959-960).

²⁸ Merece la pena volver a recordar lo que ya señalamos en la nota n.º 18, es decir, que el concepto de «participación» es algo distinto respecto a los de «consultación» o de «contradictorio». Sin embargo, es significativo que este título de la Ley 142/1990 agregara instrumentos distintos, por naturaleza y funciones, en un mismo contexto. Para Barresi (1994, 1158) la razón de ello residía en que todos esos recursos concurrían a la determinación de intereses colectivos, en una «síntesis de dimensión social y dimensión personal».

que los estatutos recogerían «las formas [...] de la participación popular, de la descentralización, del acceso de los ciudadanos a las informaciones y a los procedimientos administrativos».

El Art. 6, sin embargo, entraba más en profundidad en la cuestión participativa determinando para los ayuntamientos la obligación de «valorizar las formas asociativas libres» de ciudadanos y la de promover su participación en la administración local. El segundo apartado de este precepto establecía la necesidad de que las normas fundamentales de funcionamiento de esas entidades locales incluyeran la posibilidad, para las personas interesadas, de intervenir en los procedimientos que desembocaran en la adopción de actos que pudieran repercutir en sus situaciones jurídicas subjetivas. El tercer apartado hacía preceptivo que los estatutos previeran formas de consultación de la población y además procedimientos para la presentación, por parte de particulares o asociaciones ciudadanas, de instancias, peticiones o propuestas. Además, la norma establecía la necesidad de que se adoptaran garantías para asegurar el rápido examen de esas mociones. Por último, el Art. 6.3 reconocía la posibilidad para los ayuntamientos de determinar, en sus estatutos, instrumentos referendarios con fines consultivos.

El panorama de los instrumentos participativos descritos en el citado título III de la Ley 124/1990 se completaba con la introducción de la acción popular (Art. 7.1: «cada elector puede actuar ante las jurisdicciones administrativas para hacer vales las acciones y recursos que competen al ayuntamiento»); con el reconocimiento del derecho de los ciudadanos de acceder a los actos de la administración municipal (Art. 7.3)²⁹; y, finalmente, con la posibilidad para los ayuntamientos y las provincias de establecer un defensor ciudadano (Art. 8) como «garante de la imparcialidad y del buen funcionamiento de la administración pública municipal o provincial», llamado a informar sobre los abusos, disfunciones, deficiencias y retrasos de la administración hacia los ciudadanos³⁰.

²⁹ Con algunas salvedades. En efecto, el Art. 7.3 excluía el acceso a los actos reservados por «indicación expresa de la ley o como resultado de una declaración temporal y razonada del alcalde [...] que sirva para prohibir su publicación, de acuerdo con las disposiciones reglamentarias, cuando su difusión pueda ser perjudicial para el derecho a la intimidad de las personas, de grupos o empresas.» Cabe destacar que esta norma supuso una inversión de 180 grados respecto al pasado, es decir, respecto al principio por el que el secreto administrativo constituía una regla ligada a la naturaleza del sujeto llamado a custodiar el documento o el dato. El Art. 7 de la Ley 124/1990 estableció el exacto contrario: la transparencia es la norma y el secreto una excepción a justificar sobre la base del contenido de la información. Vd. (Giusepponi, 2009, 156).

³⁰ En la práctica, el defensor cívico ha dejado de existir por efecto del Art. 2.186.a) de la Ley 191/2009, de 23 de diciembre («Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato»), «víctima» de los recortes económicos y de la implementa-

A lo largo de su vigencia la Ley 142/1990 fue sometida a 23 reformas que afectaron partes relevantes de su articulado. Sin embargo, es llamativo que la única enmienda relativa a la materia participativa, fue la que determinó el Art. 3.1 de la Ley 265/1999, de 3 de agosto, «Disposizioni in materia di autonomia e ordinamento degli enti locali, nonche' modifiche alla legge 8 giugno 1990, n. 142» y que afectó al Art. 6.1 de la Ley 142/1990, modificándolo en mínima parte, es decir, sustituyendo la expresión «participación de los ciudadanos» con la fórmula «participación popular» y eliminando la referencia a la función «consultiva» de los referéndum locales.

Fuere como fuere, el título III de la Ley 142/1990 acabó por confluir casi integralmente en la parte final (Arts. 8-11) del título I («disposizioni generali») del D.Lgs. 267/2000, de 18 de agosto, «Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali» (a partir de ahora, TUEL) actualmente vigente, que vino a abrogar por completo la reforma de 1990.

Los cambios legislativos introducidos por el TUEL y concernientes a la participación ciudadana en la política local han sido diversos³¹. Sin embargo, uno de los aspectos más novedosos, relacionado con esta misma materia y con la descentralización administrativa, ha sido el que se halla contenido en el Art. 17 TUEL que, en parte, retoma y modifica el Art. 13 de la Ley 142/1990 en materia de circunscripciones de descentralización municipal. Así, al día de

ción del principio de equilibrio presupuestario. De todos modos, como señala Vandelli (2015, 240), durante los años de su existencia esa institución ha sido fuertemente criticada incluso desde la perspectiva de la simplificación administrativa. Hoy en día sobrevive la figura del «defensor cívico territorial», cuyas competencias se desarrollan a nivel provincial y, en otros casos, la del defensor regional.

³¹ Esos cambios han consistido, en primer lugar, en la sustitución de la expresión «participación de los ciudadanos» (Art. 6.1 de la Ley 142/1990) con la fórmula «participación popular» en el Art. 8 TUEL. Esa enmienda, que desvincula la participación de la condición de gozar de ciudadanía, se explica a la luz del quinto apartado de ese mismo precepto, por el que los estatutos municipales deben promover «formas de participación en la vida pública local de ciudadanos de la Unión Europea y extranjeros con residencia legal».

Asimismo, el segundo apartado del Art. 8 TUEL hoy establece que, en los procedimientos que desemboquen en la adopción de actos que puedan incidir en situaciones jurídicas subjetivas, deben estar previstas formas de participación de los interesados que respondan a los principios consagrados en la Ley 241/1990, de 7 de agosto.

El tercer apartado del Art. 8 TUEL, por su parte, elimina la referencia a la exclusiva naturaleza consultiva de los referéndums que pueden constituir un «contenido eventual» de los estatutos municipales.

El Art. 9 TUEL (correspondiente en parte al Art. 7 de la Ley 142/1990) hoy día permite a cada elector actuar en juicio, ante cualquier jurisdicción —no solo la administrativa—, para las acciones y recursos que correspondan al ayuntamiento o a la provincia.

Por último, un precepto aparte, el Art. 10, establece el «Derecho de acceso e información».

hoy³², «los municipios con una población de más de 250.000 habitantes disponen de la posibilidad de dividir su territorio en distritos con una población media no inferior a 30.000 habitantes», mientras que los municipios con más de 300.000 habitantes pueden prever en sus estatutos «formas particulares y más acentuadas de descentralización [...] determinando además [...] los órganos de esas formas de descentralización, los estatutos de sus miembros y las relativas formas de elección, nombramiento y designación.» (Art. 5).

Esas previsiones normativas, en la práctica, han sido transpuestas en los estatutos municipales en una pluralidad de instrumentos participativos descritos y regulados de modo variado que, desde un punto de vista subjetivo (Vandelli, 2015, 226 y 227), pueden involucrar a sujetos titulares de derechos o intereses legítimos³³, «sujetos colectivos»³⁴ o «sujetos residentes»³⁵. Desde esta misma perspectiva, el Art. 8 TUEL hace alusión, por un lado, a unas «formas asociativas libres» y, por otro, a unos «organismos de participación popular» cuya acción deben ser «valorizadas» (literalmente) por los ayuntamientos. Siguiendo a Rolla, Groppi y Luatti (1990, 69) las «formas» corresponderían a personas jurídicas de derecho privado, análogas a las «formaciones sociales» de las que habla el Art. 2 CI. De este modo, su característica sería la de surgir en el tejido social de forma espontánea para dialogar libremente (es decir, sin injerencias ajenas) con los poderes públicos locales llamados a reconocerlas y legitimarlas como sujetos y, a la vez, instrumentos de participación. Sin embargo, el origen de los «organismos de participación popular» se hallaría en esos mismos poderes públicos locales que, en el ejercicio de su autonomía estatutaria, pueden regular su funcionamiento y su organización interna.

³² Es decir, tras la reforma de ese precepto que ha producido el Art. 2.186.b) de la Ley 191/2009, de 23 de diciembre, modificada a su vez por el D.L. 2/2010, de 25 de enero, convertido con modificaciones por la Ley 42/2010, de 26 de marzo.

³³ En cuyo caso hablaremos de una participación de tipo administrativo dirigida a garantizar la preservación de situaciones jurídicas subjetivas en procedimientos puntuales que, concerniendo a individuos determinados, permite su intervención para la defensa de sus propios intereses.

³⁴ Se trata de la intervención de actores que, por su propia naturaleza, se consideran portadores de intereses colectivos (por ej. sindicatos) o de intereses difusos (asociaciones ambientalistas, etc.) véase, por ejemplo, el citado Art. 9 del D.Lgs. 267/2000.

³⁵ En efecto, en los supuestos descritos por el Art. 8 TUEL, es más correcto vincular la participación de un particular a su condición de residente en lugar que a su nacionalidad. Eso se debe no solo al contenido del ya citado Art. 8.5 TUEL, sino también en virtud de lo que establece el Art. 2 del D.Lgs. 286/1998, de 25 de julio, «Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero»; y la Ley 203/1994, de 8 de marzo, por la que se ratifica y se da ejecución al Convenio sobre la participación de los extranjeros en la vida pública a nivel local (firmada en Estrasburgo el 5 de febrero de 1992).

Entre todos los mecanismos —facultativos u obligatorios— que el TUEL introduce para promover la participación ciudadana en la política local italiana, destacan las instancias, peticiones o propuestas, unos órganos de consultación definidos «*consulte*» y los referéndums recogidos en el tercer y cuarto apartado del Art. 8. A continuación, pasamos brevemente a describirlos.

2.1. Las instancias, peticiones o propuestas

Según establece el Art. 8.3 TUEL en el «estatuto (municipal) deben estar previstas [...] formas para la admisión de instancias, peticiones y propuestas de ciudadanos particulares o asociados dirigidas a promover una mejor tutela de los intereses colectivos y deben estar, además, determinadas las garantías para su rápido examen.»

El precepto pone de manifiesto que esos instrumentos constituyen un contenido obligatorio para todas las normas fundamentales que regulan el funcionamiento de los ayuntamientos italianos. Y no obstante resultan dudosas las diferencias existentes entre las tres categorías de mecanismos indicados, algunos (por ej. Conte, 2015, 77 y 78) consideran posible afirmar que una «instancia» debería cumplir la función de requerir una intervención por parte de la administración municipal sobre situaciones que atañen a ciudadanos determinados o intereses de naturaleza individual. Una «petición», sin embargo, concerniría a individuos o asociaciones que plantean un problema social o colectivo y solicitan con urgencia la atención de los órganos políticos locales, sin especificar los detalles de la intervención requerida. En el caso de las «propuestas», sin embargo, la ciudadanía formula iniciativas que se caracterizarían por un contenido más detallado y que simplemente requieren una deliberación al respecto por parte de las autoridades locales.

Más allá de esta reconstrucción interpretativa, debemos destacar que la reglamentación final de cada uno de estos instrumentos recae en la disponibilidad de los ayuntamientos que los disciplinan en sus respectivos estatutos como mejor estimen, en el ejercicio de su propio derecho a la autonomía. Así, a título meramente ejemplificativo, los Arts. 3 y 4 del «Regolamento sui diritti di partecipazione e di informazione dei cittadini» del ayuntamiento de Bologna (Iperbole, 2021a) establecen, respectivamente, que las instancias son solicitudes de información dirigidas a cualquier administración municipal, presentadas por escrito y con indicación del solicitante, que el órgano competente debe resolver en un plazo inferior a 30 días, incluso «informalmente» a través de coloquio verbal o telefónico. En lo que atañe a las peticiones, el Art. 4 del citado «Regolamento» establece que deben ser presentadas por 300 «personas» (*sic*), identificadas oportunamente, y que deben ser protocolizadas por la Secretaría General del ayuntamiento. Las respuestas del alcalde o del concejal competente o del presidente del pleno municipal deben

darse por escrito en un plazo no superior a los 3 meses y deben ser incluidas en un archivo público custodiado por la misma Secretaría general. Por último, el Art. 5 del «Regolamento» disciplina el ejercicio del derecho de iniciativa para actos de competencia del pleno. El precepto establece la necesidad de que esa iniciativa surja formalmente por un comité compuesto por, al menos, 20 personas que formularán una propuesta dirigida a la Secretaría General del ayuntamiento. Tras superar una fase de verificación ante el órgano competente por materia, el comité dispone de un plazo de 3 meses para recoger, por los menos, 2000 firmas de adhesión. Superada también esta fase y otros trámites preparatorios, la propuesta debe ser incluida en el orden del día del Pleno municipal en un plazo no superior a los 90 días desde su depósito.

2.2. Los órganos municipales de consultación: las «consulte»

Numerosos ayuntamientos han dado implementación al mandato legal contenido en el Art. 8 del «Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali» a través de la creación de las que, en italiano, se definen «*consulte*». Se trata de órganos de participación previstos en los estatutos municipales cuya intervención, en determinados ámbitos específicos, puede ser facultativa u obligatoria. Su composición suele ser mixta, es decir, pueden incluir representantes de asociaciones inscritas en registros municipales creados *ad hoc*, pero también ciudadanos particularmente competentes en el ámbito de interés. Su función suele ser consultiva y propositiva, y aunque el requerimiento de su labor pueda ser configurado por los estatutos como obligatorio, normalmente sus dictámenes no suelen ser vinculantes, si bien es cierto que cualquier decisión contraria a los actos consultivos o propositivos de las «*consulte*» debería acarrear algún coste político para quién la adopte.

Normalmente los ayuntamientos que adoptan el mecanismo de estos órganos consultivos instituyen también listados de asociaciones reconocidas que pueden ser llamadas a participar en las labores consultivas cuando cumplan con determinados requisitos o características (por ej., no tener fines lucrativos) y perseguir la defensa de intereses difusos o colectivos. Asimismo, los ayuntamientos se comprometen a favorecerlas, considerándolas sujetos preferentes en las interlocuciones relativas a la programación de la agenda política anual o plurianual y/o atribuyéndoles la concesión para la gestión de determinados servicios municipales (Di Marco, 2014, 8 y 9)³⁶.

³⁶ Veamos, por ejemplo, como se articula, en dos casos distintos referidos a dos ciudades representativas del norte y del sur de Italia (Bologna y Catania), la regulación de las «*consulte*», sus respectivos estatutos y su concreto funcionamiento a la luz de la documentación disponible en línea.

2.3. Referéndums municipales y otras «formas de consultación»

Otros instrumentos de participación que destacan en el marco del D.Lgs. 267/2000 y que ya habían sido introducidos a través de la Ley 142/1990, son los referéndums locales.

Según establece el Art. 8.4 TUEL estas iniciativas constituyen un contenido «eventual» de los estatutos municipales y —al igual que otras formas de

En virtud del Art. 8 del Estatuto de la ciudad metropolitana de Bologna (aprobado por la conferencia metropolitana de Bologna del 23 de diciembre de 2014) por el que se regulan los mecanismos de participación, el pleno municipal instituye órganos de consultación «temáticos permanentes para facilitar la agregación de intereses difusos y para garantizar la expresión de exigencias de grupos sociales». El Art. 2 del Reglamento de las «consulte» establece que las mismas son «oídas en ocasión de la elaboración de actos de gobierno de particular interés social o de medidas que conciernan a la constitución de servicios en el territorio». Las labores de esos órganos pueden ser encargadas por el alcalde, por la junta de gobierno local o por el pleno municipal o pueden actuar por iniciativa propia. Además, existe la posibilidad para las distintas áreas de gobierno («*commissioni*») de convocar sesiones cognoscitivas para percatarse de la opinión de las «*consulte*» en los respectivos ámbitos de competencia. Según el Art. 5 pueden formar parte de esos órganos consultivos «las asociaciones libres inscritas en un registro municipal, las asociaciones, los sujetos del tercer sector y los grupos sociales».

Actualmente, la ciudad de Bologna cuenta con las siguientes «*consulte*» temáticas: de asociaciones familiares; de lucha contra la exclusión social; para la superación de la discapacidad; de deportes; de «la bicicleta»; para la protección de los animales y los hábitats. Un análisis sumario de la documentación disponible en línea (Iperbole, 2021b) nos sirve para constatar que las «*consulte*» más activas y productivas son las que atañen a la viabilidad urbana en bicicleta y las que se preocupan del bienestar animal. Sin embargo, el resto de las «*consulte*» publican actas que se remontan al año 2018 con un contenido escueto o casi nulo.

Por su parte, el Estatuto de la ciudad de Catania (aprobado por su pleno en la sesión de 10 de mayo de 1995) instituye las «*consulte*» en su Art. 61, determinando que las componen miembros, con un mandato de 4 años, nombrados por el alcalde y designados por entidades o asociaciones ciudadanas, por organizaciones sindicales o de categoría que actúan en los sectores de interés de las «*consulte*» mismas. Sus funciones consisten en concurrir a la programación de las intervenciones en esos distintos sectores. La labor de sus miembros no es retribuida. En virtud del Art. 62, el ayuntamiento de Catania establece la «*consulta municipale dei giovani*» como órgano de estudio de las problemáticas juveniles y para la formulación de propuestas en mérito. Su composición es mixta prevé la inclusión de expertos de la materia y de representantes de las asociaciones presentes en el territorio. Asimismo, (Art. 62.3) se instituye la «*consulta dell'economia e del lavoro*» como órgano de asesoramiento de la junta de gobierno local. Por último, el Estatuto prevé la constitución de otras «*consulte*», es decir: «para la integración de los discapacitados»; «para la igualdad de oportunidades»; «para los problemas de los extracomunitarios»; «para los problemas y la convivencia con los animales», etc.

Visitando la página web del ayuntamiento de Catania es posible recuperar informaciones exclusivamente sobre la «*consulta municipale dei giovani*», el reglamento de su funcionamiento y algunos datos relativos a la renovación del órgano (Comune di Catania, 2021).

consultación de la ciudadanía— deben interesar materias de exclusiva competencia local, pues se trata de evitar que esos instrumentos puedan concernir a fines que trasciendan el propio ámbito territorial. Ese mismo precepto, por otra parte, establece que la celebración de esas consultas o referéndums no puede coincidir con otras operaciones electorales de interés provincial, municipal o de circunscripción. La razón de esto consiste en garantizar la libertad de voto y en evitar, en la medida de lo posible, que los actores políticos locales puedan tener un peso decisivo en los resultados finales de dichas consultas (Vandelli, 1991, 109).

La autonomía estatutaria municipal incide de modo variado en las condiciones o presupuestos para la celebración de los referéndums, en lo que atañe a los sujetos que puedan iniciarlos y participar en ellos y en la trascendencia política de sus resultados.

Limitando nuestro análisis a las distintas tipologías de convocatorias referendarias, es posible indicar que la forma más frecuentemente utilizada por los ayuntamientos italianos es la «consultiva»³⁷. Esta clase de referéndums viene en consideración en relación con actos que la administración pública entiende adoptar —o que ya ha adoptado— con el fin de conocer la opinión de la comunidad territorial al respecto³⁸. En lo que atañe a su promoción, el tenor literal del Art. 8 TUEL —«pueden ser, además, previstos referéndums *también* bajo requerimiento de un número adecuado de ciudadanos»— parece sugerir que la entidad llamada a convocar normalmente esta tipología de instrumentos es la autoridad pública local y, alternativamente, la colectividad³⁹. La autonomía estatutaria de los ayuntamientos disciplina los efectos de estos referéndums de una forma muy diversa. En términos generales es

³⁷ Probablemente debido a que esa modalidad de consulta referendaria, originalmente y hasta la reforma parcial introducida por el Art. 3.1 de la citada Ley 265/1999, de 3 de agosto, constituía la única posible (Conte, 2015, 89).

³⁸ Así, por ejemplo, el Art. 49 del Estatuto municipal de Catania (Comune di Catania, 1995) señala que los referéndums de este tipo representan instrumentos útiles para orientar el criterio de la administración en relación con las «decisiones que conciernen al territorio, a la vida económica, social y cultural de la comunidad».

³⁹ Conte a este respecto señala que existe una diferencia importante entre los referéndums que han sido convocados por la población y los que lo han sido por las autoridades: en este último caso, el referéndum constituye una apuesta de la administración local que aspira a compartir responsabilidades con la ciudadanía respecto de una decisión controvertida. Sin embargo, los referéndums convocados directamente por la ciudadanía constituirían una expresión más auténtica de voluntad de participación (2015, 91).

Para el Art. 49 del Estatuto municipal de Catania (Comune di Catania, 1995), citado anteriormente, los referéndums consultivos pueden ser promovidos por 3 consejos de circunscripción con deliberación aprobada por mayoría absoluta de sus miembros; por el 3% de los ciudadanos inscritos en el censo municipal, con adhesiones recogidas en un plazo de 3 meses; o por el pleno municipal.

posible afirmar que los resultados de convocatorias no suelen producir consecuencias jurídicas obligatorias para los órganos políticos locales⁴⁰.

Los referéndums de tipo consultivo no constituyen la única categoría descrita y regulada en los estatutos municipales italianos. Junto con ellos, encontramos convocatorias cuya eficacia y naturaleza difieren ampliamente.

Así, se definen «referéndums deliberativos» aquellos instrumentos referendarios que no se limitan a indagar el juicio de la opinión pública para determinar el criterio de las autoridades políticas, sino que son idóneos para producir efectos jurídicos inmediatos y directos⁴¹. Esta tipología de referéndum —en la que recaen también los llamados «referéndums abrogativos»— por sus características intrínsecas, suele exigir un *quorum* de participación⁴².

Por otra parte, algunos estatutos municipales regulan referéndums de tipo «confirmativo». Se trata de consultaciones que tienen lugar en la fase que transcurre entre la adopción de una deliberación y la entrada en vigor de esta. Sus efectos pueden ser diversos: vinculantes o meramente consultivos. En el

Sin embargo, el ayuntamiento de Bologna (Arts. 10-22 del «Regolamento sui diritti di partecipazione e di informazione dei cittadini», Iperbole, 2021a) establece que 200 electores inscritos en el censo municipal pueden solicitar al alcalde la convocatoria de un referéndum consultivo.

⁴⁰ Así, por ejemplo, el Regolamento del ayuntamiento de Bologna no prevé ningún *quorum* participativo para una celebración referendaria que sea válida. Y en relación con los efectos de los resultados, el Art. 22 del Regolamento, de manera escueta, establece que «independientemente del número de ciudadanos que han participado al voto, el pleno municipal, en un plazo de 3 meses desde la proclamación de los resultados, se pronuncia sobre el objeto del referéndum».

Al extremo opuesto encontramos la regulación de los efectos de las convocatorias referendarias de tipo consultivo, propositivo y abrogativo, descritas por el Art. 52 del Estatuto municipal de Catania (Comune di Catania, 1995) por el que la propuesta objeto de consultación se entiende aprobada cuando hayan participado a la votación la mayoría de los titulares del derecho al voto y cuando haya votado favorablemente el 50% más uno de los participantes. Cuando se den estas condiciones, el pleno municipal deberá, obligatoriamente, discutir el resultado de la convocatoria en un plazo de 30 días desde su publicación. El precepto establece tajantemente que el resultado del referéndum «vincula la administración a dar ejecución a la voluntad popular expresada en la consultación».

⁴¹ Un ejemplo de ello es el Art. 91.4 del Estatuto de Enna (Comune di Enna, 2011) por el que «la aprobación de un referéndum abrogativo *determina* la abrogación de la deliberación a partir del día siguiente a la proclamación del resultado referendario»: se trata de un efecto que se produce automáticamente, sin que sea necesaria la intervención de las autoridades locales para dar ejecución a la voluntad popular expresada con el voto. Las diferencias con el citado Art. 52 del Estatuto municipal de Catania (Comune di Catania, 1995) son evidentes.

⁴² Efectivamente, siguiendo el ejemplo del Estatuto de Enna, el Art. 91.13 y 14 (Comune di Enna, 2011) establece que «el referéndum es válido si han participado a la consultación la mitad más uno de los electores» y que «la propuesta referendaria es aprobada si logra la mitad más uno de los votos válidos».

primer caso, si la propuesta es contraria al acto adoptado por las autoridades locales, los efectos que se generan se definen «opositivos», pues precluyen la entrada en vigor de dicho acto. Según indica Conte, esta categoría de referéndums puede considerarse «eventual» dato que su convocatoria queda en la disponibilidad de una fracción del cuerpo electoral, de los órganos políticos locales o de una minoría de ellos (2015, 95).

Igualmente, es posible hablar de «referéndums suspensivos» —o con eficacia suspensiva— en relación con esos instrumentos referendarios que generan esa clase de efectos sobre los actos políticos adoptados por las autoridades públicas desde el momento en que el referéndum ha sido válidamente convocado, con independencia de los resultados que se lograrán una vez que la ciudadanía se haya pronunciado sobre la propuesta.

Por último, cabe señalar la existencia de los «referéndums propositivos», es decir, convocatorias cuyo objetivo consiste en formular propuestas para la adopción de normas estatutarias o reglamentarias o de actos administrativos generales⁴³.

El Art. 8.3 del D.Lgs. 267/2000 indica, además, que en los estatutos municipales «deben estar previstas formas de consultación de la población». Esa fórmula plantea dudas interpretativas: ¿se trata de una expresión genérica que incluye y engloba también a los referéndums o de una referencia que el legislador italiano hace a instrumentos distintos de los que se hallan enumerados en ese precepto?

De aceptar esa primera lectura, se debería concluir que los referéndums no constituyen un contenido «eventual» de los estatutos, sino unas previsiones obligatorias y básicas que deben formar parte de la regulación de todo ayuntamiento italiano.

De ser válida la segunda interpretación, nos encontraríamos ante la circunstancia opuesta, por lo que la locución «formas de consultación» tendría la naturaleza de cláusula abierta concerniente a instrumentos intrínsecamente distintos de los de tipo referendario.

Para Conte (2015, 77) la diferencia podría pues residir en lo siguiente: «las formas» a la que alude el Art. 8.3 TUEL harían referencia a iniciativas impulsadas por los poderes políticos locales, mientras que la promoción de los referéndums debería recaer principalmente en la disponibilidad de la ciudadanía.

Para Zucchetti (2000, 86), sin embargo, la contraposición se jugaría sobre el terreno de los efectos: «las formas» consistirían básicamente en encuestas de opinión realizadas para conocer el sentir de la comunidad, mientras que los referéndums representarían instrumentos con una mayor o menor trascendencia política, en función de cómo se module su eficacia vinculante.

⁴³ Véase Art. 42.5 Estatuto de la ciudad de Bari.

Indudablemente, la fórmula literal del Art. 8.3 TUEL no es de las más afortunadas y no contribuye a esclarecer, de manera unívoca, su contenido y alcance. No obstante, la introducción de un deber de previsión en los estatutos municipales de formas de consultación ulteriores respecto a los referéndums encuentra explicación a través de una interpretación sistemática del precepto en el contexto integral del TUEL. Lo cierto es que el legislador italiano desea que las administraciones locales consulten a la población, no solo a través de convocatorias referendarias, sino también a través de otros mecanismos («formas»), en principio indefinidos y en los que la autonomía municipal encuentra libre expresión. Si la creación y articulación de esos mecanismos es consecuencia de la discrecionalidad política de los poderes locales, no se aprecia la razón por la que su efectiva promoción e implementación no pueda recaer también en la disponibilidad de la ciudadanía: si lo normal es que sea la administración pública la que solicite el criterio de la ciudadanía, nada excluye —en teoría— que este mismo proceso pueda desarrollarse al revés, siendo la ciudadanía la que adopte la iniciativa de ofrecer su valoración acerca de la oportunidad de adoptar un acto o no hacerlo. Ahora bien, en lo que atañe a los efectos de esas «formas libres», cabe recordar que su función es la de instrumentos de consulta, de modo que compete a las administraciones locales adoptar las decisiones finales y, por lo tanto, asumir todas las consecuencias que de ellas puedan derivar.

IV. CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS: EDUCAR PARA LA PARTICIPACIÓN

El análisis realizado hasta aquí pone en evidencia un dato incuestionable: ya a partir de la Ley 142/1990 —y hoy con el TUEL— el legislador italiano ha querido dibujar un panorama completo de instrumentos participativos potencialmente útiles para permitir una implicación efectiva de la ciudadanía en la política local.

Y, sin embargo, los datos de participación más recientes, y otros elementos sobre los que merece la pena reflexionar en estas conclusiones, nos devuelven la imagen de una realidad distinta, en la que la mera previsión de esos instrumentos participativos e incluso su inclusión coactiva en los estatutos municipales, no parece garantizar, a priori, que su aplicación e implementación sean reales y efectivas.

Hoy, al igual que en el pasado, eso se debe a una serie de razones o causas que ahondan sus raíces en terrenos diversos.

1. Tal vez sea ocioso recordar que «participar» significa, literalmente, «tomar parte», «involucrarse en primera persona». En el contexto de la política local, el verbo «participar» supone la voluntad y la

posibilidad de que sujetos terceros —la ciudadanía— puedan intervenir en esos procesos en los que se articula la gestión de la cosa pública local, unos procesos que han constituido —desde siempre— un territorio reservado a los actores políticos tradicionales. Por eso mismo debemos ser conscientes de que hablar de participación política significa hablar de una pugna por el poder, de un poder que en teoría el legislador imagina repartido —en cuotas no necesariamente idénticas— entre administración, por una parte, y administrados, por otra. Y, sin embargo, cabría recordar que la aprobación de una norma —llámese TUEL o estatuto municipal— o la inclusión de una previsión legal útil para abrir espacios de participación no supone, de primeras, un cambio inmediato en la realidad política y una efectiva apertura de esos espacios participativos imaginados en un principio. Es preciso reflexionar sobre la sincera disposición de esos actores políticos tradicionales a ceder cuotas de poder con el fin de aplicar, concreta y efectivamente, el dictado normativo contenido en el TUEL. Desde luego, investigar en el alma de los poderes públicos locales constituye un reto de indudable dificultad.

2. En las primeras etapas de la historia constitucional de la República italiana, el legislador tarda en dar ejecución al principio de autonomía de las entidades locales. Tarda, por su incapacidad de abandonar los esquemas jerárquicos de organización del Estado y por ese temor —heredado del pasado— que interpreta la autonomía como una amenaza a la unidad de la Nación.

Por razones no solo políticas, sino también económicas y culturales, es solo a partir de los años 70 cuando se supera la lógica tradicional por la que la ciudadanía debe intervenir solo en correspondencia de las convocatorias electorales y no necesita ser «molestada» con llamamientos aleatorios a la participación. Sin embargo, en esta misma fase, no resultan todavía claros y definidos los límites que separan las nociones de participación y de consulta. Quién se preocupa de intervenir, animado por una atmósfera política y cultural entusiasmada e intensa, que cuestiona y crítica con pasión los esquemas del pasado, lo hace sin comprender del todo que su papel, y el de la ciudadanía, es de mero actor secundario: sujetos llamados a fiscalizar —a posteriori— la actuación de los poderes políticos locales o llamados a ser consultados cuando —y si— esos mismos poderes lo estimen oportuno. Por otra parte, cuando a través de artificios normativos se construyen y abren espacios de consultación estables, esos mismos espacios pronto se ven ocupados por representantes de los partidos políticos tradicionales. De este modo, incluso en estos órganos de consulta, se reproducen las mismas dinámicas ya presentes en las asambleas municipales

- y se expresan ideas, votos y resoluciones adoptadas en un sentido sectorio y partidista. Todas estas circunstancias concurren inevitablemente a ensanchar el distanciamiento entre personas e instituciones.
3. A partir de los años '90 el legislador italiano es protagonista de un fervor normativo que, en el ámbito de la autonomía local, se traduce en la aprobación de la Ley 142/1990 y en la creación de los estatutos municipales en los que no pueden faltar previsiones, normas y mecanismos legales dirigidos a impulsar la participación ciudadana en la política local. Todo eso confluye en el D.Lgs. 267/2000, con el que finalmente Italia se dota de un Texto Único sobre el Ordenamiento de las Entidades Locales. Con esos cambios normativos ¿puede considerarse zanjada la cuestión participativa en ámbito municipal? La respuesta es no. En un estudio que la Asociación Nacional de Municipios Italianos (ANCI, 2005) realizó con una cierta distancia en años desde la reforma impulsada por la Ley 142/1990, se indicaba que el 56% de los italianos no estaba al corriente de que su ayuntamiento tenía un estatuto, aunque un 93% de los entrevistados considerara «muy importante o bastante importante» que la administración local se preocupara de dar a conocer ese documento y explicar con suficiente claridad su contenido⁴⁴.

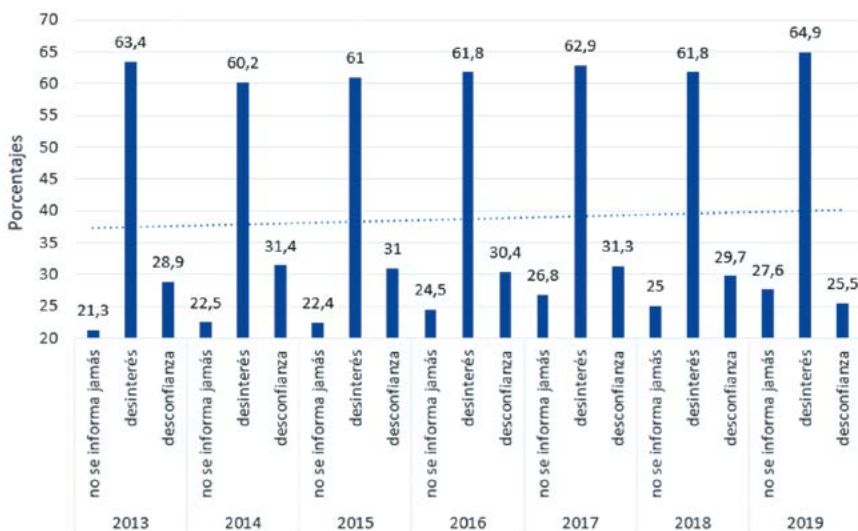
Cabría preguntarse cómo puede lograrse esa tan «deseada» participación de la ciudadanía en la administración política local, si los instrumentos llamados a hacerla posible quedan del todo ocultos en las penumbras de los textos estatutarios. En una lógica que recuerda al «Gattopardo» de Tomasi di Lampedusa: los cambios que se producen en este ámbito de la política parecen dirigidos a permitir que las dinámicas dominantes permanezcan inmutadas.

4. En las primeras páginas de este estudio hemos puesto en evidencia que la política local es, por definición, esa dimensión del poder que el ciudadano siente —o debería sentir— como más cercana y capaz de influir en su calidad de vida, en lo colectivo y en lo cotidiano. Sin embargo, si esta cercanía es meramente simbólica porque, en el fondo, los centros de poder local se siguen percibiendo como ajenos e inalcanzables, no nos debe sorprender si, en términos generales, la fractura existente entre la ciudadanía y la política es cada vez más profunda y amplia. Así lo corroboran algunos datos recientes elaborados por el Instituto Nacional de Estadística (INSTAT, 2020a) que indican cómo entre el 2014 y el 2019, el porcentaje de personas

⁴⁴ Una situación que Di Marco (2014, 6) describe como «democracia escondida», una democracia que en premisa podría y debería existir, pero que nadie se preocupa dar a conocer y, por ende, de realizar en un sentido efectivo, real y concreto.

mayores de 14 años que no participan en la vida política se ha ido incrementando de un 19% a un 23,2%, de modo que más de 12 millones de italianos no hablan, no se informan, ni participan directamente en este aspecto fundamental de la vida en comunidad. Particularmente dramático es el dato relativo a la «participación política indirecta» si consideramos que, actualmente, más de $\frac{1}{4}$ de la población italiana declara no informarse «jamás» de cuestiones relacionadas con la actualidad política en general por desinterés o desconfianza.

Interés por la política



De este modo, no nos deben sorprender noticias como las que nos llegan incluso de localidades con un tamaño reducido, en las que el sentimiento de pertenencia y participación debería ser mayor: el 2 de febrero de 2021 el pleno municipal de la isla de Pantelleria aprueba un reglamento para la celebración de referéndums locales (Marrucci, 2021). Para que esos instrumentos puedan ser efectivos es necesario constituir un Comité de garantía compuesto por el secretario municipal y dos representantes (uno de mayoría y otro de minoría) a escoger de un listado de ciudadanos dispuestos a desarrollar voluntariamente esa función cuando quiera que sea necesario. Y, sin embargo, dos convocatorias públicas, celebradas en marzo y mayo, fracasan en el intento de constituir ese simple listado de voluntarios. La frustración

del alcalde se ha manifestado con estas palabras: «Lamentamos profundamente que, debido a este fallo, la ciudadanía no pueda ejercer su derecho a participar. Hemos puesto a su disposición una herramienta que prometimos en la campaña electoral y que queda inutilizada por la falta de participación de quienes podrían garantizar que la participación se ejerciera efectivamente.» Desde luego, no deja de ser paradójico que ese «fallo» denunciado por el alcalde y que impide la participación de la ciudadanía se deba, esencialmente, al desinterés de esa misma.

Así, datos como los del ISTAT y ejemplos como los de Pantelleria, nos deben servir para recordar que todo lo que rodea la participación política representa un problema complejo y que sus reflejos cambian en función de las perspectivas que queramos adoptar. De este modo, si es cierto que una serie de responsabilidades graves recaen en esos actores que ejercen la representación, detentan el poder y no advierten la necesidad de dar efectividad a esos espacios de participación previstos en las leyes; también es cierto que aquellos que están representados, que no ejercen directamente el poder y deberían sentir la importancia de participar e involucrarse, no siempre perciben esa necesidad con la pasión y la intensidad que sería deseable en un contexto democrático.

No debemos llamarnos a engaño: el desinterés de la ciudadanía por la política pública no es un problema reciente. En «Los Acarnienses», una comedia de Aristófanes del 425 a.C., cuando Lámaco defiende sus razones argumentando haber sido elegido por la asamblea, Diceópolis se burla de él, afirmando que a esa votación habían participado solo «tres cucos». Y en efecto, no es ocioso recordar que en la Atenas del siglo IV a.C., los esclavos escitas estaban encargados de empujar hacia el ágora, con cuerdas teñida de rojo, a los atenienses llamados a participar en la Ecclesia. Y aquél, cuya ropa quedara manchada de rojo, sufría luego el pago de una sanción, pues la participación constituía un deber insoslayable.

Que la cultura helenística tuviera clara la gravedad del pecado de la indiferencia hacia los asuntos públicos, queda demostrado incluso por Tucídides que, relatando el célebre discurso fúnebre pronunciado por Pericles, afirmaba: «sólo nosotros juzgamos al que no se cuida de la república, no solamente por ciudadano ocioso y negligente, sino también por hombre inútil y sin provecho». El ἰδιώτης («idiótes») era para los griegos aquel individuo preocupado solo de sus asuntos privados, exclusivamente centrado en sus intereses particulares, indiferente a los asuntos públicos y del todo ajeno a la formación de la voluntad común (Milione, 2021, 10).

5. La evolución legislativa que la materia objeto de nuestro estudio ha experimentado en Italia en estos últimos 50 años demuestra ampliamente que no es suficiente reconocer espacios potenciales de participación si esos mismos no llegan a ser efectivos y concretos. Por otra parte, no basta con abrir a la ciudadanía las puertas de la participación, si la ciudadanía no está realmente dispuesta a cruzar esos umbrales. ¿De qué sirve incluir instrumentos participativos en los estatutos municipales si nadie los conoce o se preocupa de ejecutarlos?

Y, sin embargo, estas últimas consideraciones nos conducen a una reflexión posterior y final: el debate en torno al problema de la participación política local no debería desarrollarse —como frecuentemente ha ocurrido en el pasado— desde una mera perspectiva binaria, que se reduce a un análisis costes-beneficios de las lógicas participativas. Los extremos del problema no residen exclusivamente en las dos alternativas que consisten en «permitir» o «denegar» la participación de la ciudadanía. Existe, en realidad, un aspecto más profundo y primordial, que no puede ser olvidado porque atañe a la participación en todos los ámbitos en los que se produce: el que atañe a la «cualidad» de la misma.

La historia de la Humanidad está repleta de ejemplos en los que la ciudadanía, llamada a deliberar sobre asuntos candentes, oportunamente manipulada por rétores o demagogos, ha decidido adoptar las soluciones menos favorables para sus propios intereses. Debería servirnos de consuelo el mero hecho de pensar que, si se trata de decisiones malas, adoptadas a nivel local, las repercusiones de estas no podrán sino tener un mismo alcance, un alcance local. Y, sin embargo, esas singulares consultaciones populares narradas por los Evangelistas en el juicio a Cristo o por Platón en la Apología de Sócrates, vienen a despojarnos también de ese efímero consuelo.

En conclusión, para que la participación de la ciudadanía en la política funcione a cualquier nivel y en cualquier contexto nacional que aspire a ser genuinamente democrático —Italia incluida— es necesario, en primer lugar, educar a la ciudadanía: educarla a interesarse por la dimensión colectiva de la existencia, a informarse en un sentido crítico, a reivindicar espacios de participación por el hecho mismo de sentir la irrenunciable necesidad de contribuir a la gestión de la cosa común.

Para lograr este objetivo, no es suficiente con obligar a todas las entidades locales italianas a incluir en sus estatutos cláusulas participativas. Hacer esto es indudablemente más sencillo que apostar por un modelo educativo que fomente el interés por la política y la capacidad de análisis crítica de quienes, un día, tendrán que adoptar decisiones colectivas. Participar, decidir y actuar como personas libres, a sabiendas de que «la libertad no es vivir en la copa de un árbol, no es ni siquiera el vuelo de un moscón, no es un espacio libre, la libertad es participación».

Palabras estas que Giorgio Gaber cantaba en una Italia de hace años, en una Italia que todavía creía en la política como forma de realización de las utopías.

V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS EMPLEADAS

- ANCI (2005). *City democracy: dagli statuti alla partecipazione: gli italiani e la democrazia comunale, le attese e le preferenze dei cittadini*.
- BARRESI, Roberto (1994). «Gli istituti di partecipazione, tra pubblico e privato, nell'ordinamento locale (la L. 142 dell' 8 giugno 1990 alla luce dei principi della L. 241 del 7 agosto 1990)». *Rivista amministrativa della Repubblica Italiana*, Vol. 145 — n.º 10/11: 1156-1180.
- BENVENUTI, Feliciano (1968). «Mito e realtà nell'ordinamento amministrativo italiano». En *Atti del Congresso celebrativo del centenario delle leggi di unificazione amministrativa*. Coordinado por Giovanni MIELE, 65 y ss. Roma: Neri Pozza Editore.
- BERTI, Giorgio (1975a). «Art. 5». En *Commentario alla Costituzione*. Dirigido por Giuseppe BRANCA, 286 y ss. Bologna-Roma: Zanichelli.
- (1975b). «Decentramento urbano e partecipazione». *Amministrare*, 2.
- CALVANO, Roberta (2018). «L'art. 5, tra promozione e compressione del principio autonomista: un'altalena collegata all'involuzione del sistema político italiano. Recensione a "Costituzione italiana: Art. 5" di Sandro STAIANO, (Carocci, 2017, Roma)». *Federalismi.it: Rivista di Diritto pubblico italiano, comparato, europeo*, 10: 1-8.
- CECCARELLI, Francesco y Maria Angiola GALLINGANI (1987). *Bologna: decentramento, quartieri, città 1945-1974*. Bologna: Istituto per la storia di Bologna.
- CERCHIA, Giovanni (2005). «Claudio Petruccioli, intervistato da Giovanni Cerchia». En *La crisi del sistema político italiano e il Sessantotto*, coordinado por Gaetano QUAGLIARIELLO y Giovanni ORSINA. Roma: Rubbettino.
- COMUNE DI CATANIA (1995). «Statuto della Città di Catania». *Amministrazione Trasparente Disposizioni generali Statuti e leggi regionali*. Acceso el 31 de octubre de 2021, <https://www.comune.catania.it/trasparenza/download.aspx?Attachment=Pr/QF4vET0srAsA9elrdqYUJmUYEDpW3nkaLF0pTJEgFJqluJldn/tcnLIWDaN-hPk5fmmCl6xpyLd9U-NHdybpBbK-zAWi5CtghbapFTNjDfUiymL/5tHtxa-X8A5sg/>.
- COMUNE DI CATANIA (2021). «Consulta giovanile». *Attività Parascolastiche Pari Opportunità Politiche Giovanili*. Acceso el 25 de octubre de 2021, <https://www.comune.catania.it/il-comune/uffici/istruzione/attivita-parascolastiche/consulta-giovanile.aspx>.
- COMUNE DI ENNA (2011). «Statuto comunale». *Enna rete civica*. Acceso el 01 de noviembre de 2021, <https://www.comune.enna.it/index.php/statuto-comunale-l>.
- CONTE, Francesco (2015). «La partecipazione popolare nell'esperienza dei referendum comunali». Tesis doctoral. Università di Bologna. DOI: 10.6092/UNIBO/AMSDOTTORATO/7018.
- DE TOCQUEVILLE, Alexis (1835-40). *La democrazia en América*. (Aguilar: Madrid, 1989).

- DI MARCO, Carlo (2014). «Democrazia partecipativa, ordinamenti locali e pratiche deliberative». *Corsi per facilitatori 2014*. Acceso el 21 de octubre de 2021, http://www.comune.bussisultirino.pe.it/uploads/plugin_html/Democrazia-partecipativa-e-ordinamenti-locali.pdf.
- FENZI, Enrico (2020). «Una traccia attraverso la poesia política da Guittone a Petrarca». En *Al di là del Repubblicanesimo Modernità politica e origini dello Stato*, coordinado por Guido CAPPELLI. Napoli: UniorPress.
- FERREIRA FERNÁNDEZ, Antonio Javier (2016). «La Carta Europea de Autonomía Local: orígenes y perspectivas». *Dereito: Revista xuridica da Universidade de Santiago de Compostela*, n.º Extra-1: 13-20.
- GIALONGO, Angela (2018). «Alcune riflessioni sulle emozioni del Movimento Studentesco: Italia 1968». En *Globalizing the student rebellion in the long '68*, dirigido por Andrés PAYÁ RICO *et alii*. Salamanca: FahrenHouse.
- GIUSEPPONI, Katia (2009). *Gestione e controllo delle amministrazioni pubbliche. Strumenti operativi e percorsi d'innovazione*. Milano: Giuffrè.
- IPERBOLE (2021a). «Regolamento sui diritti di partecipazione e di informazione dei cittadini». *Rete civica del Comune di Bologna*. Acceso el 31 de octubre de 2021, <https://www.comune.bologna.it/regolamenti/regolamento-diritti-partecipazione-informazione-cittadini>.
- (2021b). «Consulte comunali». *Rete civica del Comune di Bologna*. Acceso el 25 de octubre de 2021, <https://www.comune.bologna.it/servizi-informazioni/consulte-comunali>.
- ISMEL (Istituto per la memoria e la cultura del lavoro). s.f. *Torino e le fabbriche. Percorsi multimediali sulla storia industriale della città*. Torino: Centro online storia e cultura dell'industria.
- ISTAT (2020a). «La partecipazione política en Italia». Acceso el 05 de noviembre de 2021, https://www.istat.it/it/files//2020/06/REPORT_PARTECIPAZIONE_POLITICA.pdf.
- (2020b). «Informazione política — età dettaglio». *Aspetti della vita quotidiana*. Acceso el 05 de noviembre de 2021, <http://dati.istat.it/>.
- LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki (2007). *La carta europea de la autonomía local*. Madrid: Iustel.
- LUCIANI, Massimo (2008). «Il referendum. Questioni teoriche e dell'esperienza italiana». *Revista catalana de dret públic*, n.º 37: 157-182.
- LUCIFREDI Roberto y Giuseppe COLETTI (1956). *Decentramento amministrativo. Commento della Legge di delega 11 marzo 1953, n. 150, e dei Decreti legislativi delegati*. Torino: Utet.
- LUCIFREDI, Roberto (1960). «Decentramento amministrativo». *Novissimo Digesto Italiano*, Vol. V.
- MARRUCCI, Francesca (2021). «Pantelleria: non si trovano Garanti per i Referendum Comunali. Parla il Presidente Vallini». *Pantelleria notizie*, 23 agosto 2021. Acceso el 05 de noviembre de 2021, <https://www.pantellerianotizie.it/2021/08/23/pantelleria-non-si-trovano-garanti-per-i-referendum-comunali-parla-il-presidente-vallini/>.
- MERLONI, Francesco (2010). «La Carta Europea de la Autonomía local y su recepción en Italia y España». *Anuario del Gobierno Local*, n.º 1: 489-519.

- MILIONE, Ciro (2021). «El derecho a la educación como fundamento de la democracia y premisa para el libre desarrollo de la personalidad». *Revista de Educación y Derecho*, n.º 24: 1-33.
- MINISTERO DELL'INTERNO (2021). «Elezioni Amministrative del 3 e 4 ottobre 2021». Acceso el 10 de octubre de 2021, <https://www.interno.gov.it/it/speciali/elezioni-2021>.
- MOBILIO, Giuseppe (2017). *Le città metropolitane. Dimensione costituzionale e attuazione statutaria*. Torino: G. Giappichelli Ed.
- ORTEGA ÁLVAREZ, Luis Ignacio (1993). «La Carta Europea de la autonomía local y el ordenamiento local español». *Revista de estudios de la administración local y autonómica*, n.º 259: 475-498.
- PASTORI, Giorgio (1962). «Gli enti comunitari». *Archivio dell'Istituto per la Scienza dell'Amministrazione Pubblica*, n.º 1.
- PATRONI GRIFFI, Giuseppe. 2011. «Procedimento amministrativo e responsabilizzazione dei poteri pubblici: a vent'anni dalla legge n. 241/1990». *Corriere giuridico*, Vol. 28 — n.º 3: 301-309.
- PINTO, Ferdinando (2017). «La disciplina del procedimento amministrativo a quasi trent'anni dall'approvazione della Legge n. 241 del 1990». *Amministrativamente. Rivista trimestrale di diritto amministrativo*, n.º 11-12.
- RESTA, Domenico (1992). «Il 'vero' volto della riforma del procedimento amministrativo attuato ai sensi della legge 7 agosto 1990 n. 241». *Rivista amministrativa della Repubblica Italiana*, Vol. 143 — n.º 10: 1407-1416.
- ROLLA, Giancarlo, Tania GROPPY y Lorenzo LUATTI (1990). *L'Ordinamento dei comuni e delle provincie*. Milano: Giuffrè.
- SCAFOLETTI, Marcella (2004). «Appunti sulla legge di riforma del procedimento amministrativo 7.8.1990, n. 241 e successive modifiche». *Il nuovo diritto*, Vol. 81 — n.º 11.
- STADERINI, Francesco (1986). *Diritto degli enti locali*. Padova: CEDAM.
- VANDELLI, Luciano (1991). *Ordinamento delle autonomie locali. Commento alle legge 8 giugno 1990, n. 142*, Rimini: Maggioli.
- VANDELLI, Luciano (2015). *Il sistema delle autonomie locali*. Bologna: Il Mulino.
- VESPERINI, Giulio (2010). «La legge sulle autonomie locali venti anni dopo». *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n.º 4, ottobre/dicembre: 953-980.
- ZACCHINI, Bruna (1976). *Dieci anni di decentramento a Bologna*. Bologna: Edizioni Luigi Parma.
- ZUCCHETTI, Alberto (2000). «Articolo 8». En *Testo unico degli enti locali*, Vol. 1, coordinado por Vittorio ITALIA. Milano: Giuffrè.

FROM THE PANDEMIC TO THE RECOVERY: A LEGAL ANALYSIS

De la pandemia a la recuperación: un análisis legal

Biancamaria Raganelli

Associate Professor of Economic Law (University of Tor Vergata — Rome)

Pierre de Gioia Carabellese

Fellow of Advance HE (York, UK) and Professor
of Business Law and Regulation (ECU, Australia)

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-69\(2\)-2021pp185-227](http://dx.doi.org/10.18543/ed-69(2)-2021pp185-227)

Recibido: 24.11.2021

Aceptado: 13.12.2021

Abstract

The Covid pandemic has raised various legal issues, fueling the scientific debate on the relationship between fundamental rights and freedoms in the global emergency context. Moreover, a case law has started developing within the different jurisdictions. Additionally, constitutional Courts, in different countries, have ruled over potential conflicts of interest among central powers and local ones, and even some *decisa* of the Court of Justice of the European Union have started “blossoming” in this area. Against the backdrop of this analysis, the paper discusses the main legal problems sparked off by the declaration of the state of emergency, with a focus on the main EU jurisdictions and with glimpses of non-EU countries. The aim of this is to discuss the balance between fundamental rights and liberties in *decisa* in different legal systems, as well as the interpretation given to principles of proportionality of the public health measures, adequacy, precaution and loyal collaboration and the relationship between freedom and limits to public power. Bearing this in mind, the purpose of the work is to demonstrate that, first and foremost, in Europe there is room for both a formal and a substantial recognition of common rights and liberties in terms of interpretation and application of constitutional traditions, shared by the different Member States. The relevant adherence to these principles is guaranteed by the

European Court of Justice. Second, the recovery after the pandemic is an open challenge. An important opportunity for Europe and its Member States is materialising, and this is to take a step forward on the bumpy path toward a European Political Union capable of strengthening a structure weakened by several earthquakes. A path and a project still plenty of pitfalls that needs to regroup around a central core increasing unification among European peoples (art. 1 TEU), which has never meant to be an alternative to national identity.

Key words

Emergency, pandemic, recovery plan, Italy and the UE, administrative and regional law.

Resumen

La crisis sanitaria originada por el Covid-19, ha traído aparejada numerosas y profundas cuestiones jurídicas que han afectado a todas las ramas del Derecho, alimentando un intenso debate científico en relación con los derechos y las libertades fundamentales garantizadas en el ordenamiento jurídico. Además, la excepcional situación generada por la crisis sanitaria ha tenido un claro reflejo en los Tribunales en las diferentes jurisdicciones. A ello no han sido ajenos, tampoco, los Tribunales constitucionales de los distintos Estados miembros de la Unión han tenido que abordar los problemas derivados del reforzamiento de competencias del Poder Ejecutivo y las restricciones de no pocos derechos fundamentales. Por su parte, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no ha sido ajeno a la crisis de salud pública provocada por la pandemia y ha tenido que adoptar ya unas primeras decisiones. En este trabajo se analizan los principales problemas jurídicos que ha suscitado la declaración del estado de excepción, centrándose en algunas de las jurisdicciones más relevantes de la Unión Europea, si bien, puntualmente, se incorporan referencias a algunos sistemas extracomunitarios. Y es que las circunstancias excepcionales han obligado a los diversos Estados de la Comunidad internacional a restringir los derechos y las libertades fundamentales. Pero, al mismo tiempo, el actual contexto ha puesto sobre la mesa diversas cuestiones críticas, la principal, la dificultad para actuar con proporcionalidad. El juicio de proporcionalidad sobre las medidas adoptadas (que las medidas limitativas sean adecuadas o idóneas para la consecución del fin perseguido; que sean la mínima imprescindible para tal finalidad y que haya proporcionalidad entre el sacrificio exigido al derecho limitado por esa medida y el concreto derecho, bien o interés que se pretende proteger) no puede hacerse al margen de los propios límites preestablecidos por los Ordenamientos. El derecho de excepción surgido de la crisis plantea, en última instancia, relevantes cuestiones en relación con el necesario equilibrio que ha de buscarse entre la garantía de los derechos fundamentales y los límites a que han de quedar sujetos los poderes públicos. Teniendo en cuenta lo anterior, el objetivo del presente trabajo no es otro que demostrar que en los ordenamientos de los Estados Miembros de la Unión Europea se garantizan tanto desde un punto de vista formal como sustancial o material los derechos y libertades conforme a las tradiciones constitucionales compartidas por todos ellos. En este sentido, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas no es ajeno a este planteamiento sino que

asume esta misma línea. Europa afronta ahora un nuevo reto. La recuperación tras la pandemia brinda una nueva oportunidad para Europa y sus Estados miembros para dar un paso adelante en el accidentado camino hacia una Unión Política Europea capaz de fortalecer una estructura hoy debilitada. Un camino y un proyecto todavía lleno de escollos que necesita reforzar su unidad a través de una mayor identidad entre los pueblos europeos (art. 1 del TUE) sin que éstos pierdan su la identidad nacional.

Palabras clave

Emergencia, pandemia, plan de recuperación, Italia y la UE, emergency, Derecho administrativo y regional.

SUMARIO: I. EUROPE AND ITS UNPRECEDENTED CHALLENGES. II. THE DECLARATION OF THE “STATE OF EMERGENCY” IN SOME EUROPEAN COUNTRIES. 1. *The legal state of exception in Italy*. 2. *The emergency management in the France, Spain and Germany*. III. EMERGENCY, POWER AND FREEDOM “ACROSS THE OCEAN”. 1. *Freedom and limits to public power*. 2. *“Safer at Home Order” and its limits*. 3. *The emergency orders caveat*. IV. THE BALANCE BETWEEN FUNDAMENTAL RIGHTS AND LIBERTIES IN *DECISA*. 1. *On the proportionality of the public health measures*. 2. *Freedom of assembly, demonstration and proportionality*. 3. *The use of principles of proportionality and adequacy in Germany*. 4. *The use of principles of precaution and loyal collaboration in Italy*. V. THE ECONOMIC AND FINANCIAL RECOVERY PLANS IN SOME EU COUNTRIES. VI. FINAL REMARKS. VII. BIBLIOGRAPHY.

I. EUROPE AND ITS UNPRECEDENTED CHALLENGES

The health crisis that hit Europe in the early 2020 has triggered reactions in different Member States and fuelled a lively debate about the course of action and proper reactions required to deal with these exceptional circumstances.

Solidarity, a theme evoked many times in the numerous, difficult situations that Europe needed to cope with since the end of the Second World War, has made its sudden comeback in the European political scene, in March 2020. Ultimately, Europe has faced a huge health emergency and, as a result of this, a new economic crisis. A change of mindset is called upon to overcome a common enemy and to make significant decisions for the safeguard of citizens and the economy.

The EU answer to the 2007/2008 financial crisis was a unified institutional and regulatory reform (brand-new pan-European authorities and forward-looking regulation), whereas, paradoxically, the post-pandemic answer has shown so far, mainly, uncertainties.

The future of the Union and of its people depends on the way governments will approach the crisis. Inner conflicts and nationalistic pressures have weakened Europe’s response to the pandemic impact. Besides, the complexity of decision-making procedures and the multilevel interactions among governments, with politicians who have delayed the management of problems. The emergency has thus highlighted the main and most entrenched vulnerabilities of the Union, starting from the lack of political and fiscal integration, which should provide coherent answers to the single countries in difficulty in the name of the often-evoked issue of solidarity.

In the name of the ostensive emergency, the concept sovereignty has intensified, allowing the State to step up to the plate and to become the chief

decision-making centre, fundamentally in isolation from the Union and the other Member States. As a result, Member States have introduced derogations from the general principles that, theoretically and quintessentially, govern the European single market.

Indeed, it has been maintained that the idea of sovereignty without States is groundless and that the supranational dimension could only grasp partial aspects of the problems, failing to become a compelling generalised or prevalent model.¹ Therefore, the conundrum, which is also the subject matter of this paper, is to assess whether these stances are really correct. In other words, it is crucial to ascertain whether there is a growing feeling, among the people of the Union, to reverse the path and distance from each other, according to the different nationalities, by scrapping as a result the revolutionary idea, indeed revolutionary at the beginning but already enshrined in the Treaties, of both a single market and a European citizenship.

It would be worthwhile to reflect upon the limits so far recognised in order to overcome them, making this dramatic experience an opportunity to favour the development of a European sovereignty through a democratic process of political legitimization. This is the only way to curb any form of criticism, whose purpose, ultimately, would be to rebuild, via a suspension of Schengen Agreement, both old and new borders, these being understood either as limits of responsibility, or barriers against foreign ambitions (*golden power*) in the name of the alleged protection of citizens and companies.

A common strategy in the field of debt issuance and fiscal transfers are also necessary to overcome the on-going economic crisis². This strategy may

¹ In Italy, see, more recently, F. FRACCHIA, *Coronavirus, senso del limite, deglobalizzazione e diritto amministrativo: nulla sarà più come prima?*, in *Il diritto dell'economia*, 2020, 579 s.; ID., *Sovranismi, globalizzazione e diritto amministrativo: sull'utilità di un approccio dialogante e a più dimensioni*, in *www.federalismi.it*, no. 17/2018. On the history of the term "sovereign" and its concept, see, among others, L. RAGGI, *La teoria delle sovranità*, Genova 1908; H. REHM, *Geschichte der Staatsrechtswissenschaft*, Friburgo, 1896; ID., *Allgemeine Staatslehre*, in *Handbuch des öffent.* 1899; G. JELLINEK, *Allgemeine Staatslehre*, Berlino, 1929; H. KELSEN, *Das Problem der Souveränität und d. Theorie d. Völkerrechts*, Tubinga 1920; 2^a ed., 1928; E. CROSA, *Il principio della sovranità dello stato nel diritto italiano*, in *Archivio giuridico*, 1933.

² L'ISTAT (the Italian Public Institute of Statistics), as far as the 2020/2021 Italian economic forecasts are concerned, predicted that, as of 2020, the Gross Domestic Product would suffer from a "strong contraction" equal to 8,3%. These figures are slightly less than the Italian Government Forecasts, the latter data being encompassed within the "*Documento di economia e finanza*", the report of economics and finance. Furthermore, the International Monetary Fund predicted, for 2020, a global recession of 3%, the worst one after the Great depression. For Italy, the IMF forecasts point to a contraction of the GDP of 9,1% in 2020, whereas the European Commission, in its economic forecasts for spring 2020, recently published, predicts a contraction of the economy, within the whole

drive a coach and horses through the current lack of political and fiscal union. This “time” of crisis needs to be “seized” as a golden opportunity to overcome the twofold Eurozone-UE level, in order to move towards a more integrated Europe from a monetary, banking, fiscal and political point of view for those countries that wish to be part of it.

The single countries have adopted a number of measures at the national level, which affected — and to a certain extent are still prejudicing — individual liberties and economic activities in different manner (*infra* par. 2). They have also seen their national courts issue contrasting and contradictory decisions (*infra* par. 3, 4). In this very complex scenario, the research question, on which the debate is focused on, is how and where to restart in Europe (*infra* par. 5)³.

The present paper proposes some reflections on the relationship among emergency, power, rights, and fundamental freedoms, analysing the hermeneutic criteria for their proper interpretation in a democratic framework. It also argues for their substantial acknowledgment in terms of interpretation, application and conservation, relying on the constitutional traditions common to the Member States.

II. THE DECLARATION OF THE “STATE OF EMERGENCY” IN SOME EUROPEAN COUNTRIES

1. *The legal state of exception in Italy*

As the virus spread in Europe, many countries adopted extraordinary measures in the name of the health emergency. This meant the imposition of limits to personal and economic liberties. On its turn, this has encouraged the debate on a number of crucial points, most notably the constitutional rights in the emergency state, the legitimacy of the restriction

EU, equal to 7,5% (Spring 2020 Economic Forecasts). For an analysis on the impact of the financial crisis, see OECD, *Evaluating the initial impact of COVID-19 containment measures on economic activity*, latest update 14 April 2020.

³ We should think about (i) restrictions on the free circulation of goods, and particularly the export relating to face masks, intensive care machines and other tools of individual protection, which look clearly against the prohibition of both quantitative restrictions to the export and of measures of equivalent effect (art. 35, TFEU); (ii) restrictions on the free circulation of individuals, in connection with which, in 16 Arch 2020, with a specific communication, the European Commission highlighted the possibility for the Member State to reinstate temporary controls at the internal borders within the Schengen area; (iii) to the measures of protection of the national businesses in some strategic sectors (so called “Golden power”). In France, for instance, as far as the obligation to wear the face mask is concerned, the decision of some local authorities to impose this obligation was, either partly or totally rejected. See *ordonnances* no. 443750 and no. 443751 of 6 September 2020.

measures and the democratic grounds of the decision-making process in consideration of the means adopted practically adopted, particularly the legal and legislative ones⁴.

In most measures, the basic assumption was based on the declaration of the “state of emergency”. This expression is how the Covid-19 pandemic has frequently been regarded⁵. The notion at stake has been given different meanings among international scholars, with historical, political and legal implications.⁶ References to the “exceptional public danger”, the “state of war” and “any state of crisis that threatens the independence and security of a Member State” can be found in the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (1950), in the International

⁴ Among the several scholars who embarked on this discussion, see L. CUOCOLO, *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*, in *Federalismi.it*, 2020; AA. VV., *Il senso di Diritti Comparati per la crisi: emergenza, protezione dei diritti fondamentali e radici europee*, in *Diritti comparati*, 1 April 2020; C. ACOCELLA, *L'epidemia come metafora della sospensione e della compressione delle libertà fondamentali.*, in *Diritti regionali*, 2020; U. ALLEGRETTI, *Il trattamento dell'epidemia di "coronavirus" come problema costituzionale e amministrativo*, in *Forum Quaderni Costituzionali*, 25 marzo 2020, ID., *Una normativa più definitiva sulla lotta all'epidemia del coronavirus?*, in *Forum Quaderni Costituzionali*, no. 1/2020, 28 marzo 2020; G. AZZARITI, *I limiti costituzionali della situazione d'emergenza provocata dal Covid-19*, in *Questione Giustizia*, 27 marzo 2020; ID., *Il diritto costituzionale d'eccezione*, in *Costituzionalismo.it*, no. 1/2020, 31 marzo 2020; V. BALDINI, *Emergenza costituzionale e Costituzione dell'emergenza.*, in *Dirittifondamentali.it*, 23 marzo 2020; ID., *Riflessioni sparse sul caso (o sul caos...) normativo al tempo dell'emergenza costituzionale*, in *Dirittifondamentali.it*, 2 April 2020; ID., *Dignità umana e normativa emergenziale: (in)osservanza di un paradigma formale o (colpevole...) elusione di un parametro (anche) sostanziale? Aspetti problematici di un difficile equilibrio*, in *Dirittifondamentali.it*, no. 2/2020, 6 maggio 2020; G. BARTOLINI, *Alcune questioni dell'emergenza COVID-19 in Italia in un'ottica di international disaster law*, in *SIDI blog — Forum Covid-19*, 21 maggio 2020; C. BOTTARI, *Alcune riflessioni sui profili organizzativi ai tempi del coronavirus*, in *giustizia-amministrativa.it*, 4 maggio 2020; B. CARAVITA, *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, 18 marzo 2020, in *Federalismi.it*, 5.

⁵ Within social sciences, the expression would refer to unexpected circumstances of concern or danger, albeit of a temporary nature but not of a short period. These circumstances, as qualified herein, would entail a crisis in the functioning of the institutions operating within a specified group or section of the society (on this aspect, see A. PIZZORUSO, *voce Emergenza, stato di*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, Treccani, 1993).

⁶ The Carl Schmitt's theory, advocated in 1922, according to which the ability to resolve on the state of exception would represent the essential feature of the sovereignty, has been the driving force for Nazism to seize and strengthen its power in Germany, through a decree of emergency for the protection of both the German people and the State, dated 28th February 1933. In Latin America too, in the 70', in some countries the state of emergency was used mainly to allow some groups, particularly the military ones, to get the power.

Covenant of Civil and Political Rights (1966), and in American Convention on Human Rights (1969), albeit with specific limitations and guarantees.

The Italian Constitution does not include the “state of emergency” in explicit form, however art. 77 governs the «extraordinary cases of necessity and urgency»⁷, which allows the government to perform the legislative function⁸, while the art. 78 empowers the Chambers to declare the state of war and confer the necessary powers to the government⁹.

From the view point of Italian politics, the Covid-19 pandemic has often been characterised as “war”, which would theoretically make the application of art. 78 conceivable.¹⁰ At first, China was the only reference model, although the characteristics of the Chinese State are not fully comparable with the “Western democracies”.¹¹ The Italian government decided to centralise the power of the Minister of Health in the hands of the Prime Minister¹², taking emergency measures with regulative power in the form of decrees of the President of the Council of Ministers (“DPCM”, to use the Italian acronym). Ultimately, the

⁷ Our translation.

⁸ Among the others, see Constitutional Court, no. 93/2011, 171/2007.

⁹ The Italian Constitutional Assembly discussed the proposal aimed to include in such an article situations and circumstances which differ from the “international war emergency”. However, the opposite view prevailed, eventually, on the ground that to suspend the rights of freedom in further circumstances would be tantamount to suspend the same idea of democracy. Ultimately, this would have been a “clear contradiction” (Cherchi). As far as the state of emergency is concerned, a piece of “ordinary” legislation, the law, particularly Law. no. 225/1992, associated with law decree 1/2018, deals with that.

¹⁰ A parallel between the war and the spread of the SARS-CoV-2, is drawn by a some Scholars, particularly, F. FRACCHIA, *Stato e Forze Armate: la specialità del relativo ordinamento a presidio della sovranità*, Review of the Riccardo Ursi’s monograph, R. Ursi, *L’amministrazione militare*, Torino, 2018, *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, forthcoming; ID., *Coronavirus, senso del limite, deglobalizzazione e diritto amministrativo*, op.cit., 575 ss. The Author advocates the view that the terminology adopted by both the politicians and the media (war, emergency, fight, attack, defences, patriotism, the pride of being Italian), makes plausible the association between health emergency and war.

¹¹ By contrast, there are those who challenge the same characterisation of “emergency”. Therefore, they claim that the regulation adopted is pretty confused and contradictory. This regulation would impinge on both obligations and prohibitions devoid of scientific and legal grounds. In this respect, see the application of self-defence (a peculiar Italia administrative tool, called in the language of origin “istanza di autotutela” (self-protective application”, lodged by some doctors (P. M. Bacco, A. Gatti, M. Amici, C. Rescigno, F. Milani, M.G. Dondini) before the President of the Board of Ministers, before the Minister of Health, and the President of the High Health Body. The application was sent in c.c. to each President of the twenty Italian regions.

¹² According to the 1978 piece of legislation governing the Italian Health Service System, “Servizio Sanitario Nazionale”, competent to pass more than half of those acts of what, later on, would be the Ministry of Health.

legitimacy of the various DPCMs passed since the start of the “Pandemic” have been based on Legislative Decree no. 6, 23 February 2020, which allowed the Prime Minister to adopt “any measure of containment and adequate and proportional management of the evolution of the epidemiological situation” (our translation).¹³ In Italy, there have been different DPCMs (Decrees of the Prime Minister) for the implementation of law decrees aimed at fighting the pandemic and promoting the economic revival of the country.

The choice of this legal tool or instrument has been the subject matter of discussion, also in view of the implications as to the fundamental rights and freedoms entailed in such decisions. Yet, such debate has been weak and blurred in networks and newspapers, whereas it has played a relevant role in the interpretation, conveyance, *moral suasion* and *quasi-enforcement* of the government instructions.

Italian people went through the slogan “I stay home”, the mantra “it will be fine”, to the order to “stay home”, with the menace of sanctions and forms of prosecution. This surreal atmosphere, with television networks broadcasting videos of drones chasing riders and runners, permeated people’s lives for over two months,¹⁴ but also during the following two full lockdowns, in Autumn/Winter 2020/2021, and around Easter 2021. It has been highlighted that the Italian Constitution points directly to public bodies offering adequate safeguards: the Parliament and the President of the Republic, which cooperate in the normative function and dispose of different emergency strategies, along with the Constitutional Court that generally acts *ex post*¹⁵.

On the other hand, the compliance of the measures adopted with the Constitutional values has been defended, based on art. 16, 17 and 32, Italian Constitution, and the limitations to be established by law for health and security reasons. The legal state of exception imposed by the government has thus

¹³ In force of law decree 23 February 2020, no. 6, some measures aimed to contain and manage the epidemiological emergency have been introduced. This law decree has been followed up by Law Decree 2 March 2020, no. 9, Urgent Measures of support for families, workers and businesses connected with the epidemiological emergency. Among the number of contributions in this area, see R. CAVALLO PERIN, *Pandemia 2020: decreti e ordinanze d'emergenza*, in *Giustiziainsieme.it*, 15 maggio 2020; F. CINTOLI, *Sul regime del lockdown in Italia (note sul decreto legge no. 19 del 25 marzo 2020)*, in *Federalismi.it*.

¹⁴ The image call upon the famous section of one of the pieces of the Italian Modern “Bard”, Alessandro Manzoni. See A. MANZONI, *I Promessi sposi*, cap. XXXIV, 1827. In this section, Renzo, the main character of the Novel, is chased by a woman who screams at him with the expression “the infector, go to hell, go the infector to hell”. In doing so, the woman wanted to draw the attention of the passers-by and people more in general.

¹⁵ S. CASSESE, *La pandemia non è una guerra. I pieni poteri al governo non sono legittimi*, in *Il dubbio*, 14.04.2020-. Likewise, E. CHELI, *Poteri, diritti, competenze. I problemi costituzionali sorti dal Covid*, *Huffingtonpost.it*, 22.06.2020.

been “anchored” to the health needs and public safety, albeit with much discussion within the international scientific community as to the “*an, quando, quantum e quomodo*”¹⁶, therefore if, when, how much and how. The emergency measures adopted have been built on the safeguard of the right to health¹⁷ acknowledged in the Constitution as the qualifying element of the social State, with respect to which the public power acts as a regulatory authority and public service supplier.

However, it must also be borne in mind that in Italy this right to health, certainly emphasised during the pandemic, has not always been regarded as an absolute one, in previous applications. In the case affecting Taranto, a city in Apulia deadly affected by the consequences of the poisonous activity of the biggest steel factory in Europe, literally laying at the doors of the city, close to the city centre, the request of the local stakeholders, such as residents, who lodged legal claims before the local Court aimed to stop the industrial activities of this factory, were dismissed on the ground that the right to health, constitutionally protected, needed to be counter-balanced by the right of freedom of economic activity, set forth under art. 42 of the same Italian Constitution. By contrast, when the matter of the health has become “national”, rather than local, like for the pandemic, the health has resulted in overwhelming any other constitutional right.

Ultimately, in dealing with art. 32 and its right to health, the conundrum is to draw a clear demarcation line around its concept, since the Taranto case, on the one hand, and the Pandemic one, on the other hand, show a quite different and, perhaps, contradictory approach¹⁸.

It is also worth recalling that in international law there is a principle, summarised by the maxim “*necessitas non habet legem*”¹⁹, according to which a state of necessity does not even require a law. Although this concept is entrenched, it should not be forgotten that the maxim dates back to a time where Constitutions did not exist. The “*necessitas*”, the necessity, as existence of exceptional circumstances, has allowed in the past military forces to

¹⁶ Discussions have dealt also with the ways pieces of data are collected. The interpretation of data, and the ways they are presented, have also been the subject of discussion, with contrasting views of the experts.

¹⁷ The Italian Constitution stipulates the right to health pursuant to its art. 32. Furthermore, the right to health is encompassed with both the European Union Treaties (namely, pursuant to art. 168, TFEU, previously art. 152 Treaty of the European Community) and international frameworks (namely, art. 2 of the International Treaty on economic, social and cultural rights, New York, 6 December 1966).

¹⁸ As far as the actual meaning of the right to health enshrined in art. 32 of the Italian Constitution, see Osservatorio AIC, 2020(3).

¹⁹ A. Candido, *Necessitas non habet legem? Pandemia e limiti alla libertà di circolazione*, in *Quaderni costituzionali*, 2020(2), pp. 376-379.

nonchalantly take over the power, by turning quasi democratic States in actual quasi dictatorships. Paradoxically, in a country and legal system, Russia, not always regarded, in the political rows of the last decades, the paradigm of the democracy, the Constitution, at its art. 56²⁰, offers a very clear definition of the concept of need, and it encompasses, explicitly, the health as one of the circumstances where Constitutional laws may limit the fundamental rights.

The centralisation of power in the hands of the Government has improved,²¹ calling upon the Constitution as it allows the government to substitute local authorities for public safety²².

In particular, the measures adopted by the Italian State brought about limitations and restrictions on fundamental freedoms, among which the freedom to move, to practice religion in group, the right of economic initiative and of respect of the family life, as well as of instruction. In most cases, the Italian jurisprudence has dismissed the actions against the emergency measures²³. The reason for this is that these rights are acknowledged in the European Convention for the Protection of Human Rights, based on the principle of

²⁰ In its English version, art. 56 is worth being recalled:

“1. In a state of emergency, certain restrictions of rights and freedoms, with indication of their extent and duration, may be introduced in accordance with a federal constitutional law in order to ensure the safety of citizens and protection of the constitutional system.

2. A state of emergency on the whole territory of the Russian Federation and in its certain areas may be introduced in the circumstances and in the manner stipulated in a federal constitutional law.

3. The rights and freedoms stipulated in Articles 20, 21, 23 (Part 1), 24, 28, 34 (Part 1), 40 (Part 1), 46-54 of the Constitution of the Russian Federation are not subject to restriction.”

²¹ C. Della Giustina, “Quel che Resta della Costituzione Italiana dopo l’Emergenza Sanitaria Covid-19. Riflessioni in Materia di Regionalismo Differenziato e Tecnocrazia” (2020)² *Dirittifondamentali.it* 1563-1579.

²² Art. 120, paragraph 2, Italian Constitution. As well known, art. 117, paragraph 2, lett. m), which reserves to the central state the legislative competence in the matter of “determination of the essential levels of the performances concerned with the civil and social rights which must be guaranteed on the whole national territory”; by contrast, art. 117, paragraph 3, sets forth the concept, indeed very Italian and peculiar, of the concurrent or competing competence in the area of “protection of health”.

²³ Most Italian case law has confirmed the measures and rejected the claims. Among the different administrative *decisa*, see T.A.R. Campania, Napoli, section 5, ruling 18 March 2020, no. 416, which encompasses a rejection of the suspension of the decision (*ordinanze*) of the President of the Campania region. These *ordinanze* enforced a prohibition to practice sport, including the outdoor one, and particularly the prohibition to practice “sport activity, games, or outdoor recreational activity in public places or open to the public” (our translation). For further references to the Italian case law, see the penultimate Chapter.

subjection of the exercise of public power to criteria of democracy, *rule of law* and respect of human dignity.

As known, the Convention includes temporary derogations and limitations for particular needs²⁴. The art. 15 allows to adapt the principles of legality, necessity and proportionality in strict sense, and this should strike the balance between human rights and collective interests on situations that do not allow the assessment of the single case.²⁵ However, it needs to be clarified whether every single measure has overcome the limits established in each clause of limitation²⁶. These limits are subject to the scrutiny of the European Court of Human Rights, considering the general approach according to which the limitation of a right cannot compromise the essence of the right and the ambiguity that lie within the scrutiny of the judgment, which imposes the limitation when needed.

It would have been appropriate to follow the example of other European countries notifying the declarations in derogation as far as the threatened rights are concerned, such as the freedom of movement and association. This would have justified the application of the art. 15. Furthermore, it would have demonstrated that the limitation of the fundamental rights was confined to what it is strictly necessary, according to the principles inspired to the highest democratic values²⁷.

²⁴ Pursuant to artt. 8-11 and art. 2, Protocol 4, ECHR, limitations on individuals' rights may be imposed, so long as these derive from "necessary measures in a democratic society" to safeguard, among other aspects, the public health. For a commentary, see among the others L. ACCONCIAMESSA, *COVID-19 e diritti umani: le misure di contenimento alla luce della CEDU*, in *Ius in Itinere*, 2020.

²⁵ G. CATALDI, *Art. 15. Deroga in caso d'urgenza*, in *Commentario breve alla CEDU*, in A. Bartole, P. De Sena e V. Zagrebelsky (eds), Padova, 2012, 555. The philosophical and normative foundation of the legal provision should be found in the theory of the state of necessity. This theory is essential to justify also situations of emergency within conventional mechanisms, so that it is guaranteed that the exceptional nature of the danger be not called upon to justify, *rebus sic stantibus*, whatsoever limitation of the fundamental rights. On this topic, see R. ALEX, *A Theory of Constitutional Rights, with English translation by J. Rivers*, Oxford, 2002 (original in German dated 1985). On the topic of the "balance", see among others also AA. VV., *Il processo, luogo della tutela dei diritti anche e soprattutto nell'emergenza. Dialogando con il Presidente Patroni Griffi sulla giustizia amministrativa*, in *Federalismi.it*, no. 13/2020, 13 maggio 2020; A. BURATTI, *Quale bilanciamento tra i diritti nell'emergenza sanitaria? Due recentissime posizioni di Marta Cartabia e Giuseppe Conte*, in *Diritti comparati*, 1 May 2020.

²⁶ Among the others, see on this specific issue A. SPADARO, *Do the containment measures taken by Italy in relation to COVID-19 comply with human rights law?*, in *EJIL Talks*, 16 March 2020.

²⁷ E. M. HAFNER BURTON, L. R. HELFER E C. J. FARRIS, *Emergencies and Escape: Explaining Derogations from Human Rights Treaties*, International Organizations, 2001, 679.

2. *The emergency management in the France, Spain and Germany*

In France, the notion of emergency entails a multiplicity of conceptual nuances that justify the adoption of exceptional measures that affect individual liberties. The French Constitution includes the possibility to impose restrictions for emergency reasons.²⁸ In this way, the President of the Republic can acquire exceptional power for the safeguard of democracy, merging both the executive and the legislative power²⁹.

In case of war or insurgency, the Council of Ministers can declare the *état de siège*³⁰. The *état d'urgence*, instead, allows the administrative authority to adopt extraordinary measures by means of police power³¹. The state of emergency can be declared either in a part or in the whole territory, in case of serious menaces and dangers to public order³². To face the pandemic, the French government introduced a specific measure and enacted the ordinary emergency law *Loi no. 2020-290 du 23 mars 2020* to provide for a legal ground for the emergency measures to adopt. The government has been empowered to legislate by means of *ordonnances* (art. 38 Cost.) and the *l'état d'urgence sanitaire* has been introduced in the *Code de la santé publique*³³. In this piece of legislation, it is adequately clarified that the consequences of the

²⁸ For the President of the Republic to use exceptional powers, according to the Italian Constitutional laws, “condition precedent” is her/his previous official consultation with the Prime Minister, the Presidents of the two Chambers and, finally, the President of the Constitutional Court. After this complex process of consultations, an address to the Nation should ensue.

²⁹ Art. 16 of the Constitution of the “Fifth French Republic”, the *Conseil Constitutionnel* ascertains whether the conditions justifying the conferment of such exceptional powers still persist.

³⁰ Art. 36 of the French Constitution. The declaration of the *état de siège* shall not exceed 12 days, except for postponements subject to the approval of the Parliament. See, among the different Scholars, J. LLAMARQUE, *Légitimité constitutionnelle et contrôle juridictionnel des actes pris en vertu de l'article 16*, in *JCP*; F. SAINT-BONNET, *Réflexions sur l'article 16 et l'état d'exception*, in *RDP* 1998, Les quarante ans de la Constitution du 4 octobre 1958.

³¹ This concept is of an exceptional nature, and it is governed by *Loi 1955-385*, 3 April 1955. The *état d'urgence*, for example, was used in France as a result of terror attack occurred on 13 November 2015.

³² The *Loi 1955-385* does not establish a shift of different powers among the various Italian Constitutional bodies, and it allows the adoption of extraordinary measures by the administrative authority. The administrative acts by the Italian Governments, as well as those adopted by those responsible for the Italian provinces (*Prefettura*), adopted before the declaration of emergency, set forth the possibility for the Minister of Health to “unleash” urgent measures proportionate to the risks and appropriate circumstances of both time and place.

³³ Art. Law 3131-12, also referred to as *Code de la santé publique* (the Consolidate Law of Public Health)

declaration of the state of emergency must be proportionate to the health risk and the specific circumstances of time and place.

The Spanish Constitution includes the state of emergency and further distinguishes between *estado de alarma*³⁴, *estado de excepción*³⁵, and *estado de sitio*³⁶, which entail the adoption of extraordinary and temporary measures. A political control by the Parliament is expected, which deliberates on the potential extensions in consideration of the compression of individual rights, of the duration and of the other conditions and terms³⁷.

It has been debated which legal instrument would better face the crisis, especially considering the liberties and rights undermined, even if provisionally³⁸. The decision of declaring the *estado de alarma*³⁹ in the whole national

³⁴ Art. 116, paragraph 2, of the Spanish Constitution, prescribes that the Government may take action, in force of a “decree” of the Ministers’ Body, by referring to the *Congreso de los Diputados* (therefore the Parliamentary Chamber), immediately gathered to such an end. In its turn, the *Congreso* may authorise, or not, a delay of the emergency period.

³⁵ The state of emergency, pursuant to art. 116, paragraph 3, of the Spanish Constitution, is declared by the Government via a decree passed by the *Consejo de Ministros*, so long as a previous authorisation by the *Congreso de los Diputados* (the Spanish Parliament) is given. See among others A. CUENCA MIRANDA, *Alarma “excepcional”*, in *Papeles faes fundacion*, no. 236 del 23/03/2020; ID., *El derecho ante el coronavirus*, in *Diario ABC*, dell’11.03.2020.

³⁶ In force of art. 116, paragraph 4, Spanish Constitution, the “state of siege” shall be declared, with utmost urgency, with the absolute majority of the *Congreso de los Diputados*, upon exclusive request of the Government. The Spanish Parliament shall establish the relevant area, time and conditions of this state of siege.

³⁷ As clarified by the *Sentencia del Tribunal Constitucional 83/2016* (a decision by the Constitutional Tribunal), such a control shall not change the exclusive nature of the competence of the Government concerned with the initial declaration of the state of alert per a period not exceeding 15 days. Therefore, a political control shall be guaranteed about the opportunity to declare such a situation of an exceptional nature and the measures adopted within the fiduciary relationship that shall exist between the Government and the Parliament.

³⁸ Secondo alcuni la dichiarazione dell’*estado de alarma* non comporterebbe la sospensione di alcun diritto fondamentale, ma solo la timida possibilità di limitare la libertà di circolazione stabilita (J. N. MUNIZ, *Emergencias constitucionales y catástrofes en el ordenamiento constitucional español*, in *Cuadernos de Derecho Público*, 17 2002). Lo *estado de excepción*, invece, consentirebbe di limitare o sospendere alcune libertà riguardanti la persona, la violabilità dell’abitazione, il segreto delle comunicazioni, la libertà di circolazione e di residenza, di espressione, di informazione, di riunione e di manifestazione; e l’*estado de sitio* estenderebbe le limitazioni ad un elenco più ampio. Tra gli altri, L. COTINO HUESO, *Los derechos fundamentales en tiempos del coronavirus. Régimen general y garantías y especial atención a las restricciones de excepcionalidad ordinaria*, in *El Cronista*; S. DE LA SIERRA, *Confinar el coronavirus. Entre el viejo Derecho sectorial y el Derecho de excepción*, in *El Cronista*; F. RODRIGUEZ e J. JULIO, *Cuestiones constitucionales sobre el estado de alarma en España y la pandemia del COVID-19*, in *IEEE.ES* 43/2020, 1.05.2020.

³⁹ See *Real Decreto* (Roayl Decree) 463/2020.

territory, extended several times, elicited a heated debate. According to some Scholars, it would have been preferable to call upon the emergency state⁴⁰.

In Germany, the executive power and the administration are today constrained by the respect of the rule of law: the premises to enact the limitation of the rights must be clearly determined⁴¹. Only the Parliament, with its own law, can allow the government to adopt decisions that affect rights that are constitutionally guaranteed.

There is the general distinction between external states of emergency (states of defence, state of tension) and internal state of emergency, which also includes the pandemic danger and justifies the limitations *ex lege* to the freedom of movement in the federal territory. To face the health emergency, Germany adopted a series of measures (Corona-Krisenpaket), including the far-reaching package of laws adopted and approved by the Bundestag and the Bundesrat, which imposed some limitations to the individual and economic liberties. Subsequently, the federal government and the länder reached the agreement on the progressive and partial relaxation of the restriction measures to contain the epidemic.

In Romania, more recently, in 2021, a controversy, *Terhes v. Romania*, has come to the attention of the European Court of Human Rights. Mr. Terhes, a Romania citizen, but also a member of the European Parliament, elected in 2019 for one of the EU Romanian constituencies, lodge a claim against the Romanian Decree which, as the beginning of the first lockdown, in March 2020, provided for restrictions on the exercise of certain fundamental rights, most notably the freedom of movement. Not without a certain degree of speculation, the applicant claimed that this was tantamount to an arrest. More specifically, he had been put in a condition of “administrative detention”.

The ECHR dismissed the request, on the basis that, as far as the merit is concerned, the lockdown could not have been equated to a deprivation of liberty, nor to an arrest. He was free to leave his home, albeit for specific reasons, and he could reach different places, “at whatever time of day the situation required”. ECHR, application no. 48833/20, decision 20 May 2021, ECHR 159(2021).

⁴⁰ Such an interpretation would be warranted by art. 20(1) of the Consolidate Act no. 4/1981, as well as in the Constitutional legal framework existing in Spain: the right of assembly and the right to rally may be suspended exclusively in a “state of exception” (*estado de excepción* (or *de sitio*), but not in a state of alert (*estado de alarma*).

⁴¹ In the past, the state of emergency was mentioned by art. 48 of the Weimar Constitution. This Constitutional Chart prescribed that “when the safety or the public order of the Reich have are seriously affected or prejudiced, the president of the *Reich* shall adopt measures required to reinstate them, by also adopting, if necessary, the military forces”. Among Scholars, see, among the others, K. STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, 3 voll., München 1977.

A different approach can be detected in Anglo-American countries, where the application of the *martial law* is generally rejected, this being understood as a suspension of the ordinary law and temporary government of a country or a part of it through military tribunals⁴². In the other European countries, the debate is still on-going and the development of measures needs to be fully understood.

III. EMERGENCY, POWER AND FREEDOM “ACROSS THE OCEAN”

1. *Freedom and limits to public power*

The federal system in the United States entails a multiplicity of centres that exercise the public power, which is characterised by the encouragement of individual freedoms⁴³. No particular connections between the central and peripheral government are expected, which may undermine the action of public power in favour of freedom⁴⁴.

In light of the spread of the contagion, the U.S. Department of Health and Human Services (DHS) has played a key role. The *public health emergency*

⁴² On this topic, see A.V. DICEY, *An introduction to the study of the law of the Constitution*, 1885, London 1959, 287 ss. This Author refers to a total supremacy of the law. In the United Kingdom, the “Emergency Powers Act 1920”, amended in 1964, conferred on the Government the power to issue resolutions, broadly subject to the parliamentary control, when the state of emergency has been declared by the Crown on the assumption that some events have taken place, or are going to take place, and these events are in so far as to deprive the public of what necessary. For the coronavirus emergency, the Coronavirus Act 2020 has been passed. This piece of legislation provides the Government with the necessary powers of emergency. Its impact does not exceed two years for individuals, enterprises and public authorities, and this arranges for economic measures aimed at supporting the “stakeholders [...]”. (R. CORMACAIN, *Coronavirus Bill: A Rule of Law Analysis* (Supplementary Report — House of Lords), Bingham Centre for the Rule of Law, British Institute of International and Comparative Law) and suppresses human rights (T. KONSTANDINIDES E L. MARSONS, *Covid-19 and its impact on the constitutional relationship between Government and Parliament*, in *UK Constitutional Law Association Blog*, 26 marzo 2020).

⁴³ E. MOSTACCI, *COVID vs. Trump, ovvero dell’orchestra che suona da sola*, in *Federalismi.it.*, 2020, online. In this contribution, the Author hints also as the faults of the American health system.

⁴⁴ The Constitution of the United States of America prescribes that “*the privilege or the writ of habeas corpus*” shall not be suspended, unless it is necessary for public security in case of riots or invasion (28 USC 2241). The martial law shall not be imposed for a threat of invasion. The necessity shall be actual and current, the invasion effective. Additionally, tribunals and courts shall be shut down and the public sector totally dismissed (*ex parte* Milligan, 71 U.S. 2, 1866).

has been declared to contain the transmission⁴⁵ and restrict the freedom of movement of citizens and tourists⁴⁶. People were forced to stay home and to shut down their “nonessential” business by The Emergency Order no. 28 of DHS. The Centres for Disease Control (CDC)⁴⁷ invited the competent authorities — federal, national and local — to draw up the plans for the emergency. The measures adopted by the federal States and local administrations showed a convergent strategy based on the principle of subsidiarity, implementing the demands of civil society.

The adoption by of centralized measures to support economy has followed⁴⁸, whereas the states enacted measures to impede assemblies of people and instruments of *moral suasion* to reduce social contacts. Despite the commitment in economy by the American government, the general framework has eventually degenerated into clashes between citizens and police forces, these being triggered by social discontent and desperation for the economic conditions of the country.

2. “Safer at Home Order” and its limits

The Wisconsin Supreme Court’s decision 13 May 2020, which ruled on the Emergency Order 28 of the Department of Health Services, can be examined in this light⁴⁹.

The case involves the value of the order of staying home, shutting down unessential business as indicated in the Emergency Order, and the prohibition of travelling. The punishment was imprisonment up to one month, a fine, or both. The “Safer at Home Order”, imposed by the executive power, recalls the warning “stay home” that has been adopted in many countries, though in different forms. This judgment has been particularly important in the debate

⁴⁵ Sect. 319, Public Health Service Act, and 42 U.S. Code §247d.

⁴⁶ The access to the USA was limited to individuals who were not Americans and who came from affected areas. Additionally, a two week quarantine to citizens and holders of green card who, in the previous 14 days had contact with the affected area, was introduced.

⁴⁷ This is the Federal Agency, operating at the Department of Health and Human Services, dealing with the protection of health and public security through the detection and prevention of illnesses.

⁴⁸ At a central level, the approval of a first financial plan, the Coronavirus Preparedness and Response Supplemental Appropriations Act (CPRSAA), with a commitment of 8,3 billion dollars, after which other measures ensued among which the Families First Coronavirus Response Act and the Coronavirus Aid, Relief and Economic Security Act (“Cares Act”) aimed to offer a support to both the economy and the families.

⁴⁹ Wisconsin Legislature, Secretary-Designee Andrea Palm, 2020 WI 42 of 13 May 2020. The legal provision referred to set forth a criminal sanction in cases of violation, with a 30 day imprisonment and 250 USA dollars of senction.

on the limitations of rights and individual liberties in democratic countries. Indeed, this leaves room for meditating on the need for justice to preside over public powers in emergency phases. The scrutiny at stake would assure the utmost respect of individual liberties, rights and the interests of the community. This cannot disregard the democratic mechanism, for it is in the storm that rapid action and flexibility are important, these being always achieved in compliance with democratic principles⁵⁰.

The delivery has regarded the administrative measure as “unlawful, invalid, and unenforceable”, highlighting a serious legal error. Not only did it have implications for its juridical order, but also for the scope of its general principles, which might result easily permeable in other democratic systems.

The Court points out that the Emergency order 28 is structured as a “general order of general application”, a general and abstract act with penal sanctions that can be ascribed to the category of *rules*, i.e. acts of normative nature⁵¹. The DHS, instead of following the procedure expected for the rules, would have followed that of *orders*, and thus trespassed the limits of the powers conferred by the emergency legislation. Such powers are *regulatory*, although being framed in long time with the delegation to adopt every measure that is necessary⁵².

By this rationale, if the power attributed to the administration includes *normative* acts, the fact that every necessary measure can be adopted in such long and generic time makes the law unconstitutional. On the contrary, if the power is limited to *regulatory* acts, the Emergency Order 28 is unconstitutional, because it acquired a *normative* scope that is not allowed. The Supreme Court applies the principle of the *constitutional doubt*, which imposes to give priority to the interpretation most compatible with the Constitution. This follows the general principle of the separation and equilibrium

⁵⁰ In a similar way, see D. DE LUNGO, *Un atto di coraggio costituzionale. La Corte Suprema del Wisconsin dichiara illegittimo il Safer-at-Home Order*, in *Diritti comparati*, 18.05.2020, as well as in *IBL Istituto Bruno Leoni*, 27 May 2020, n. 332. The Author maintains the view that the Government cannot replace, with its own decisions, the legislature and, therefore, the democratic circuit of representation. In periods of crisis, Courts cannot indulge in the temptation to replace politics, via an arbitrary system of balance between individual liberties on the one hand, and the interests of the community, on the other hand. By contracts, the judiciary shall guarantee an even more punctual and serious application of the Constitutional framework. Metaphorically speaking, in period of emergency, the power, like Ulysses, shall be wrapped in chains around the mast of the vessel, on order to avoid the deadly and feral songs of the Sirens.

⁵¹ Wis. Stat. §§ 227.01.

⁵² Of a different opinion, the legal defence of the State Health Secretary, which had always maintained the nature of the Emergency Order 28 as an administrative act, in consideration of the temporary nature of the measure.

of powers, which aims at preserving the individual liberties. The Court's corollary is that no public liberty is possible if the legislative and executive powers are in the hands of the same authority.

The separation between *rules* and *orders* is necessary to ensure the further distinction between the production and application of the law, the first being restricted to the democratic-representative circuit. An unelected technocrat, which in countries such as Italy is perceived as a benefit, given her/his alleged technical competence, is not allowed by Wisconsin's law, nor can the emergency be invoked as exception. It follows that the prolonged state of emergency does not justify the stabilization of the extraordinary power on the part of the government, but it calls for guaranteeing the ordinary democratic channel for political decision-making, secured by the Parliament.

Such considerations go beyond the American context and elicit a further reflection on the Italian experience, where the executive power has gone on to manage the successive stages of the emergency by means of DPCM, with no attempt to rescue the ordinary democratic channel for political decision-making.

3. *The emergency orders caveat*

It is relevant to point out how the Court warns against the risk that the justice might be acquiescent towards government actions in the interest of society, and then recognized as means of oppression. There is no shortage of examples, even in recent history, of exercises of power by the police that, diverging from the Constitutional text, turned out to tread on individual rights.⁵³

This issue, which goes beyond the boundaries of the American legislation, concerns the actual capacity of the *judicial review* of stemming government and institutional abuses in emergency contexts. The Court warns against the risk of developing and implementing a personal view of the common good, the risk of suffering the pressure of public opinion and media, which often become an instrument of dissemination of the government's policy. However, never as in cases of emergency it is necessary to guarantee a strict juridical control. As the Italian Constitutional Court has recently pointed out: "the full implementation of the Constitution requires a coral commitment, with the active and loyal collaboration of all the institutions, including the Parliament, the Governments, the Regions, and the magistrates". Although it does not include a special law for exceptional times⁵⁴, the Italian Constitution offers "the compass to sail on the open sea of the crisis,

⁵³ Rebecca Grassl Bradley, J. (concurring opinion), § 70.

⁵⁴ This is quite different from what happens in other Constitutions, such as the Russian one, where art. 56 clearly defines the concept of "necessity". See footnote 19 above.

starting from the loyal cooperation among the institutions, which projects the solidarity among citizens”⁵⁵.

In view of a full collaboration, the c.d. reason of state cannot be separated from the scrutiny of the strict criteria of interpretation of the fundamental principles of the Constitution. The administrator has to reconcile the interests involved and inform decisions to balance the interests at stake. The political choice governs the assumption of choice between alternatives and, to face the health emergency, the countries opted for different strategies, distemping the constitutional guarantees by means of the principles of proportionality and adequacy.

Yet in no cases — as the Court of Wisconsin has confirmed — the rights and individual liberties guaranteed by the Constitution of a country should disappear in a crisis, not even for public health reasons. The government cannot use the failure of the health system as an expedient to justify the derogation from fundamental rights and liberties. The emergency cannot become source of law⁵⁶ and affect the other institutional powers, nor can the fundamental rights and liberties be violated. In the highest levels of stress, the Constitution must establish itself as an embankment to guarantee the institutional system and the individual juridical situations. For their part, every democratic country’s court can do much to guarantee their protection with due regard for the principles of proportionality and adequacy.

Nevertheless, the interpretation and the very hierarchy of the rights recognized in the Constitution can vary from country to country depending on the specific case. In alike manner, the citizen’s sensitivity to the restraint of individual liberties can differ for a number of reasons, and, as the Court of Wisconsin states: “*men born to freedom are naturally alert to repel invasion of their liberty by evil-minded rulers*”.

IV. THE BALANCE BETWEEN FUNDAMENTAL RIGHTS AND LIBERTIES IN *DECISA*

1. *On the proportionality of the public health measures*

In Europe the limitations imposed by the emergency measures involved Courts and, in some European countries, were concerned about the freedom of movement, the right to demonstration or assembly. In most cases, the fair balance between the right to health and other fundamental rights has become a core issue.

⁵⁵ M. CARTABIA, *Relazione annuale della Corte costituzionale sul 2019*, 28th April 2020, www.cortecostituzionale.it/jsp/consulta/composizione/relazione_annuale.do

⁵⁶ Rebecca Grassl Bradley, J. (concurring), § 77: “The Constitution was adopted in a period of grave emergency. Its grants of power to the federal government and its limitations of the power of the States were determined in the light of emergency, and they are not altered by emergency”.

In many countries hit by the pandemic, the political decision to take emergency measures was preceded by the intervention or consultancy of technical-scientific committees, which provided assessments that informed specific political decisions, eliciting a number of questions as to the assumption of liability.⁵⁷

In France, the intervention of the judge of *référé* can be requested to safeguard the fundamental liberties in case they are violated by legal entities under public law or private legal entities responsible for public services⁵⁸. This is what happened after the adoption of emergency measures, when the judge of the *référés* of the *Conseil d'État* ordered the government to lift the ban on assembling in places of worship. The order also entailed measures proportional to health risks and adapted to the c.d. plan of progressive de-confinement, in accordance with the principle: “*vivre avec le virus, agir progressivement, adapter localement*”⁵⁹

Many associations and individuals brought an action against the *décret* 11 May 2020, no. 2020-548, which forbid any kind of meeting in religious places, with the exception of funeral ceremonies. These maintained that the ban on assembling in places of worship had to be considered disproportionate to the aim of guaranteeing the public health. The Court also held that it is necessary to avoid any violation of fundamental liberties, as well as discriminating between those who practise a religion and those who do not. The freedom of worship is one of the main principles recognised in the French Constitution of 1958, which testifies French people’s fidelity to human rights and the principles of national sovereignty set out in the Constitution of 1789, confirmed and integrated in the preamble to the Constitution of 1946, and to the rights and duties set out in the Chart for the Environment of 2004. This also entails the right to partake ceremonies in public places and must be balanced against the safeguard of health, this being guaranteed too.

The Court examined the forms, modes, including the progressive method, of the measures adopted to guarantee the public health. It held that it would have been possible to adopt less restrictive measures, which allowed the performance of religious ceremonies in complete safety, with due regard of the

⁵⁷ Reference can be made to the investigations of the “Crown” or “prosecutor”, on the missing inception of a red zone in the Seriana valley in northern Italy at the beginning of the contagion.

⁵⁸ Art. Law. 512-2 of the French Consolidated Act of administrative justice.

⁵⁹ Ordonances no. 440366, 440380, 440410, 440531, 440550, 440562, 440563, 440590 of 19th May 2020. The so called *Plan de déconfinement progressif* was submitted by the French Government to the National Assembly on 28 April 2020 and it was aimed to lessen, gradually, the containment measures according to criteria different among the 20 Italian Regions. Among new Scholars, see P. COSTANZO, *Brevi note sulle soluzioni apprestate dalla Francia per contrastare la pandemia nei giudizi di costituzionalità*, in *Consulta-online*, no. 1/2020, 17 April 2020.

limit to ten people mentioned in the *décret no. 2020-584*. The general and absolute ban would then be disproportionate to the aim of guaranteeing the public health, since it violates the freedom of conscience and religion, the freedom of movement and meeting.⁶⁰

As known, the freedom of expression and communication, which is the basis of the right to express ideas and opinions collectively, is precious insofar as it is conditional on democracy. It follows that whatsoever interference of its expression must be necessary, adequate and proportional to the objective pursued.⁶¹ The *Conseil d'État* enjoins the President of the Council of Ministers to modify the decree above mentioned by implementing measures commensurate with health risks and circumstances applicable to the *déconfinement*.⁶² A very peculiar case in France is the one concerned about the treatment of confidential data. Since the Government, with a specific law (24 July 2019, no. 2019-774) set up a platform relating to the health data of French citizens, and these pieces of data were dealt with by the Iris subsidiary of an American multinational company, some stakeholders lodge an application with the French competent Court, about the risk of an unwanted export of confidential data outside the EU. Upon some stakeholders lodging a complaint, it was held by the competent Court, the *Conseil d'Etat*, that the exceptional circumstances justified the set-up of this database, although it is held that by no means could the service provider, fundamentally an American group, to allow the American authorities to have access to data of French citizens⁶³.

2. Freedom of assembly, demonstration and proportionality

As above mentioned, in Spain the declaration of the *estado de alarma* elicited a wide debate on the legitimacy of the measures adopted by the government and their implications.⁶⁴

⁶⁰ See also the *ordonnance* 16 October 2020, no. 445102, no. 445186, no. 445224, no. 446225, about the foreclosure of the sport and leisure centres in the cities of Marseilles and Aix-en-Provence.

⁶¹ Art. 11 of the Declaration of 1789.

⁶² Previously, on the matter of the strengthening of the powers of the police forces in order both to safeguard the public order during the rallies, and to tackle the violence, the French *Conseil Constitutionnel* declared unconstitutional some norms of Law no. 2019-290 of 10 April 2019 (so alle *loi anti-casseurs*): decision 4 April 2019, no. 2019-780. The Court *decisum* can be found on the website of the *Conseil Constitutionnel*, www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2019/2019780DC.htm.

⁶³ *Conseil d'État*, *ordonnance* 13 October 2020, no. 444937.

⁶⁴ See, among the others, L. COTINO HUESO, *Confinamientos, libertad de circulación y personal, prohibición de reuniones y actividades y otras restricciones de derechos por la pandemia del Coronavirus*, in *Diario La Ley*, 6 April 2020, no. 9608. E. ARANA

A very interesting case concerned the decision by a Spanish public authority not to allow a demonstration for the first of May, confirmed by the Court of Galicia.⁶⁵ According to the decision, the *Real Decreto* no. 463/2020 could only have been appealed against before the Constitutional Court, but it did not consider questioning its constitutionality. In the comparative assessment of the rights involved, the Court pointed out that the health risk could justify the appeal to the *estado de alarma* and the restriction on movement aimed to prevent the spread of the virus. Such measure was thus necessary and proportionate because it regarded the right to life and public health⁶⁶ as a priority.

Before the *Tribunal Constitucional* the claimant⁶⁷ appealed to the violation of the freedom of assembly in a public place (art. 21 of the Constitution), maintaining that the state of emergency cannot result in the suspension of fundamental rights guaranteed by the Constitution. It requested the adoption of supervision measures whereby the demonstration could be celebrated.⁶⁸

The constitutional judge denied the request endorsing the priority of the right to life and health in view of the emergency.⁶⁹ It has been highlighted that public authorities can act the right to meet and demonstrate by modifying the circumstances of their performance, banning or limiting them in case of sound reasons, such as the alteration of public order with damages to people or goods, or the damaging of other constitutional values.⁷⁰

GARCÍA, *Covid 19 y Derecho Público en España: el virus que desnudó nuestro*, in *Diritto pubblico dell'economia*, 17th May 2020.

⁶⁵ *Tribunal Superior de Justicia* of Galicia, Sala de lo contencioso-administrativo, Section no. 1, Court decision, 28 April 2020, no. 136. Among Scholars, L. COTINO HUESO, *La posible constitucionalidad de las manifestaciones bajo ed Covid 19 y el Decreto para el Tribunal Constitucional*, in www.derechocovid.com/ del 01 maggio 2020.

⁶⁶ Art. 43, paragraph 2, Spanish Constitution.

⁶⁷ It is an individual application (so called *amparo* claim), which in Spanish law allows the citizen to directly raise proceedings before the constitutional Court to ultimately claim the protection of fundamental rights affected by any conduct of the public powers. For a commentary, see F. Marconi, *Crisi Covid e limitazione della libertà di movimento, del diritto di riunione e di manifestazione in Francia, Spagna e Germania alla luce della giurisprudenza recente*, in Giustamm, giugno 2020.

⁶⁸ The “Constitutional case law” previously clarified that the right of assembly and the right to rally represent a collective form of freedom of expression. Such a freedom is exercised through a temporary gathering of individuals, who behave specifically to allow (i) the exchange and expression of ideas, (ii) the protection of interests or (iii) the publicity of issues or claims (*Tribunal Constitucional de España*, Sent. 85/1988, in BOE n. 128, de 28 de mayo de 1988).

⁶⁹ The Court highlights that the expression could not have taken place in a different date and the adoption of precautionary measures would have made useless a subsequent declaration on both the procedure and the merit.

⁷⁰ Exclusively in case of emergency and on the basis of art. 22 of Law no. 4/1981, it is possible to put on hold art. 21 of the Spanish Constitution and to require either the assem-

The denial was motivated by the available information about the virus and the lack of certain scientific estimates of its consequences.⁷¹ It was the logic and necessary response to slow down the pandemic, whose high rate of infection could have caused the public health services to collapse.⁷²

Under no circumstances did the decision take account of analogous situations, where other local Tribunals adopted different positions. It is the case of the superior tribunal of the autonomous community of Aragon, which authorised some meetings in view of the first of May, maintaining that the *estado de alarma* can limit but not suspend the right of assembly demonstration.⁷³ The very *Ministerio Fiscal* of Spain affirmed that the state of emergency does not limit the right of assembly, allowing its course under the control of the health authority.⁷⁴ This shows that the debate on emergency measures is still open in Spain, with a number of important implications.

3. *The use of principles of proportionality and adequacy in Germany*

In Germany the fundamental rights are guaranteed by the artt. 1-19 of the fundamental law. In case of violation, it is possible to ask the ordinary tribunals or the federal constitutional Court (*Bundesverfassungsgericht*).⁷⁵

blies or the gatherings to the subject to previous authorisation. Additionally, they could be prohibited since the beginning, or, if already started, they could be terminated in advance.

⁷¹ The denial of authorisation of the rally would have been based on the need for safeguarding both the life and the physical integrity of the individuals (art. 15 Cost.) and the protection of the health (art. 43 Cost.).

⁷² In cogitating on the principle of proportionality, the Tribunal reminds of the fact that the organisers of the rally had not arranged for the adoption of specific measures to keep at bay the transmission of the virus, nor to reduce the concentration of vehicles following up on the massive adherence to the initiative.

⁷³ Tribunal Superior de Justicia de Aragon, Section no. 1 of the *Sala de lo contencioso-administrativo*, Court decision 30 April 2020, no. 151. The public sector authorised a rally with a maximum of 60 vehicles and just one person withing each vehicle. The Court held that a case-by-case assessment was necessary, and this assessment needed to take into account the measures that practically would be adopted in order to reduce the risks for the health.

⁷⁴ *Contraris Departament d'Interior de la Generalitat de Catalunya* before the *Tribunal Superior de Justicia de Catalunya*, Section no. 2 of the *Sala de lo contencioso-administrativo*, 24 April 2020, no. 1223, in connection with an application put forward against the rejection of the request of authorisation for a rally in Parque de la Ciutadella de Barcelona before the Parliament of Catalunya. It was held that the right of assembly cannot be exercised, while the state of alarm is still in place.

⁷⁵ For a view on some *decisa*, reference is made to some press releases, namely the one of 7 April 2020 www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2020/bvg20-023.html, of 14th May 2020, both bearing declarations of procedural rejection of the applications against the postponement or the relaxation of the containment measures for the pandemic, www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/EN/2020/bvg20-023.html.

This has recently ruled on an appeal against the measures adopted by the city of Stuttgart, which forbade assemblies and demonstrations while respecting social distancing.⁷⁶ It has clarified that, according to the German fundamental law (art. 8, co. 2), the law can only limit assemblies in public spaces. Legit limitations must be aimed to protect goods of the same weight, or under the guarantee of the test of proportionality.⁷⁷ The authority is always expected to examine the criteria of each case, ultimately to assess whether it is possible to find alternative ways consistent with the exercise of the constitutional right.

Another recent case has concerned a pre-court appeal against the emergency measures adopted by the city of Giessen, which forbade some assemblies and demonstrations⁷⁸. The federal judge allowed the administration to decide again on the issue, since an erroneous interpretation of the *Land Assia* for the fight against Covid19 had occurred. This did not count as an absolute ban on demonstrations, but rather a temporary prohibition if the circumstances allow an adequate level of protection of public health.⁷⁹

Once again, the judgment of careful balance between fundamental rights and freedoms requires the application of the principles of proportionality and adequacy in the assessment of the single case and the elements that are necessary to form a judgment.

In a different case concerning the ban on assemblies in places of worship,⁸⁰ the Court rejected the motion after a careful analysis and comparison

teilungen/DE/2020/bvg20-036.html. Among Scholars, see, *ex plurimis*, A. DE PETRIS, *Un approccio diverso: l'emergenza "collaborativa" del federalismo tedesco*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, no. 3/2020, 2020.

⁷⁶ Application against the decisions adopted by the Administrative Tribunal of Stuttgart and the competent appeal Court, the Administrative Court of the *Land* of Baden-Württemberg, Federal Administrative Constitutional Tribunal, decree 14 April 2020 (1 BvQ 37/20).

⁷⁷ The freedom of assembly is a right acknowledged by art. 8 of the "Fundamental German law", where it is recognised that all German people are entitled to assembly, so long as this is done freely and without weapons. A previous notice is not required, nor an *ad hoc* authorisation; the right may be fettered by law, as far as outdoor assemblies are concerned.

⁷⁸ Federal Constitutional Tribunal, ordinance 15 April 2020, 1 BvR 828/20. On first instance, the emergency measures adopted were later confirmed by the Giessen Administrative Tribunal and by the Administrative Court of the *Assia Land*. Further *decisa* by the Federal Constitutional Court relate to the rallies organised in Berlin, against the Government measures relating to the pandemic. See ordinance of 29 August 2020 (1 BvR 2038/20, 1 BvR 2039/20, 1 BvR 93/20). The Federal Constitutional Tribunal dismissed any application.

⁷⁹ To confirm this, it is worth mentioning that the "decree" of the *Assia Land* Government reserved to the competent Authorities a discretionary power, as well as a further assessment of the actual circumstances where the rally should have taken place.

⁸⁰ Ordinance 1 BvQ 28/20 of 10 April 2020 whereby it was required to cancel the decision of the *Assia* Administrative Tribunal, in addition to the suspension of the prohi-

between the interests involved (freedom of religion, freedom of assembly in places of worship,⁸¹ right to public health⁸²). The appellant had considered the celebration of the Eucharist as a key component of the faith, whose lack cannot be outweighed by other forms of religious activity,⁸³ and further regarded the prohibition of celebration as a serious interference with the freedom of faith and religious belief.⁸⁴

In this case, the *Bundesverfassungsgericht* confirmed the priority of public health, although in the German system the boundaries of the law are outlined by the contestant legislation of the federation and the States, and the German law does not contain any mention to the right to health comparable to the art. 32 of the Italian Constitution.

However, the potential assemblies in places of worship could have increased the risk of contagion, driving the health structures to the brink of collapse.⁸⁵ It has been maintained that the protection of life and physical safety had to prevail on the fundamental freedom of worship. The Court's analysis and balance mirrored the particular phase of development of the contagion in the country.

The decision thus recognises the need of developing the judgment of proportionality of the measures adopted through a careful analysis of the conditions and elements of assessment. The judgment is anchored to these with due regard of the principles of proportionality and adequacy. In order to define the grade of limitation of individual liberties, a rigorous examination of each case's circumstances is necessary.

4. *The use of principles of precaution and loyal collaboration in Italy*

The above-mentioned case law joins one to reflect on the Italian experience, also in the light of the peculiarity of each single legal system. In Italy,

hibition of assembly in churches, mosques, synagogue, and to take part in assemblies of other religious groups.

⁸¹ Art. 4 of the "German Fundamental Law".

⁸² As far as this matter is concerned, see M. CARRER, *Tutela della salute e dimensione della discrezionalità a livello comparato: l'esperienza tedesca*, in *La tutela della salute tra tecnica e potere amministrativo*, M. Andreis (ed), Giuffrè Editore, 2006. According to this Author, a purposive reading of the first three articles of the "German Fundamental Law", in conjunction with art. 19, 20 and 74 GG, allows to justify, constitutionally, the German right to health.

⁸³ The Vatican Council II, Dogmatic Constitution on the Church, no. 11, as well as the Catechism of the Catholic Church, no. 1324-1327.

⁸⁴ Art. 4, paragraph 1 and 2, "German Fundamental Law".

⁸⁵ In order to corroborate such stances, reference is made to the risk assessment carried out by the Robert Koch Institute as of 26 March 2020.

the Government decided to centralise the assessment in the Covid-19 driven matters in terms of balance between rights and liberties. By doing so, it adopted emergency measures, which prevailed on the autonomy of local administrations.

This was the strategy during the most acute phase of the contagion (c.d. phase 1), which went through DPCMs, without diversifying the action depending on the level of contagion in the single territory. A sole “red zone” was outlined, in which travels from the north to the south of the country were allowed to a degree. Some rights and liberties were suspended, while the assessment of proportionality in the exercise of power has often proven to be inadequate. The management of the c.d. phase 2 followed a similar strategy, when the tension between regions rose, and some of them tried to limit the restrictions in view of the change of conditions and elements of assessment. This happened, for instance, based on the order of the President of the Region Calabria, which allowed cafes, pastry shops, restaurants, and farmhouses to resume their business guaranteeing service through outdoor tables,⁸⁶ against which the Prime’s Minister Office appealed with success⁸⁷. The Regional Administrative Court of Calabria, considering the multiple public and private interests at stake, held that the administrative judge could not determine the content of administrative measures.⁸⁸ Based on this, the order of the Region *de facto* against the central Government decision, was cancelled.

The Court’s line of reasoning does not refer to any “balance” between fundamental rights and liberties, nor does it properly consider the interests involved, but rather states that the freedom of economic initiative (art. 41, Italian Constitution) cannot be performed at the risk of damaging human security. Furthermore, as far as limits to the activity of a business person, there is no reserve of legislation, and therefore caveats to the entrepreneurial activity can be then introduced also by a mere administrative act, rather than by law.

A controversy of a similar nature, where a contrast between central power and local one emerged in Italy, is the one happened in Messina, the Sicilian city lying at the “gate” of the Mediterranean island, through whose sea-port thousands of vans and cars, carrying goods, pass though on daily basis. On 5 April 2020, three weeks after the start of the lockdown, the local mayor, concerned about the quantity of people arriving via ferry from the opposite continental

⁸⁶ Ordinance 29 April 2020, no. 37, referring to further measures for the prevention and management of the COVID-2019 epidemiological emergency.

⁸⁷ Tar Calabria Administrative Tribunal (or “Tar”), section 1, *Italian Government v. Calabria Region*, no. 00841/2020.

⁸⁸ This approach is radically different from the one adopted by the Wisconsin Court in the case above analysed.

coast of Calabria, just 5 kilometres east of the city, attempted to impose a system whereby, each individual who wanted to enter the city, needed to register with a Covid test, aimed to prove that he/she was not affected by Covid. Merely to contextualise the matter, it is worth recalling that at that time Sicily and more in general southern Italy were not Covid-affected areas, since the real tragedy, with thousands of casualties, was taking place in Northern Italy. The decree of the Messina mayor was aimed to discourage people, particularly those originally from Sicily but living in northern Italy, from coming back to their places of origin, as the reunion with the relatives could have caused a deadly contagion in an area that, at that time, albeit in the heavily affected Italy, was basically immune to the problem. Against the decision of the Mayor, the President of the Ministers' Council raised a claim, for which, according to the Italian Constitutional rules, a previous opinion of the *Consiglio di Stato*, the highest administrative judiciary body in Italy, was required. With an opinion 13 May 2021, no. 850, this Court held that, given the national nature of the emergency, a unitary and holistic management of the health crisis was necessary, even though there must be great respect for the Region and local bodies, which are constitutionally protected. In essence, regional or local "interferences", such as the one of the Mayor of Messina, would affect the complex strategy of the management of the emergency, particularly in cases where some constitutional freedoms would have been affected. In this case, the unnecessary check required by the mayor of Messina would have affected the right of free initiative, pursuant to art. 42 of the Italian Constitution.

A confirmation of this, in what can be defined the "love-hate relationship" existing between the Italian central power, and its 20 regions, is evidenced by the "interim order" whereby the Italian Constitutional Court, on 24 February 2021⁸⁹, upon appeal by the Government, held that the management of the pandemic did not belong to the local authorities. In this specific case, the Constitutional Court challenged a law passed by a Region, Valle d'Aosta, in the far north-west of the country, at the border with Switzerland and France. This local piece of legislation was aimed at "governing" the pandemic at a local level, with a very high level of autonomy, and in contrast with certain legal provisions of the Central State, given that fact that the pandemic is a global matter, going beyond the national borders. It is implied, in this Court decision, that a global issue like the pandemic may have an impact on the same sovereignty of the country. Therefore, the central State, rather than the Region, need be in charge of. The *dictum*⁹⁰ is even more important, since the

⁸⁹ Italian Constitutional Court, interim decision (*ordinanza*) no. 4 of 24th February 2021.

⁹⁰ For a commentary on such a Court decision, see C. Della Giustina, "Le Dinamiche del Regionalismo durante l'emergenza Sanitaria da Covid-19 dinanzi alla Corte Costituzionale. Nota a Corte Costituzionale 12 marzo 2021, no. 37" (2021)2 *Gazzetta Forense* 333-345.

Region at stake is one of the Italian five ones, enjoying a higher degree of autonomy. This does not justify, though, the promulgation of any law in the area of the global matter of the pandemic.

The central power to identify the necessary measures would be justified by the principle of subsidiarity, which imposes that, in case of international emergency, precautionary measures are identified at unitary administrative level⁹¹ and that the State keeps the legislative competence in the field of health and civil protection. Had this been the case, the State would have not performed a fall-back power, but rather “the call-back of administrative functions in reason of the principle of subsidiarity[...].”⁹²

No mention of the principle of proportionality and adequacy regarding the specific case is made. In its place, the principle of precaution is invoked. This has to guide public powers in a health emergency on which, the Tribunal highlights, there are no certainties. Fear feeds on uncertainty, and every measure appears proportionate to the aim of preventing the collapse of the national health system, turning the action of public powers into forms of prevention of the same scientific knowledge.

In fact, there are stances in Italy⁹³ where it is advocated that the circulation of the virus should have required the activation of the precautionary principle⁹⁴, rather than the emergency powers. More precisely, it is

⁹¹ Art. 118, paragraph 1, Italian Constitution.

⁹² It must be observed that art. 41, Italian Constitution, in recognising the freedom of economic initiative, prescribes that such an initiative cannot be exercised in a way to damage the safety, the freedom, the human dignity. Since there is no law reserve as regards the requirements, or limits, to be imposed on businesses, such requirements may be imposed also with the decision of an administrative nature, and this has been achieved with the decree of the President of the Ministers’ Council.

⁹³ L. R. PERFETTI, *Sullo statuto costituzionale dell’emergenza. Ancora sul diritto pubblico come violenza o come funzione dei diritti della persona*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, no. 2/2020, pp. 51-79.

⁹⁴ The precautionary principle represents the ordinary tool in order to manage the risk, by risk meaning the one characterised by scientific or technical uncertainty. This is typical of the right to health, or the financial risk. N. IRTI, E. SEVERINO, *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma-Bari, Laterza, 2001. G. MANFREDI, *Cambiamenti climatici e principio di precauzione*, in *Riv. Quadr. Dir. Ambiente*, 2011, p. 27. M. PASSALACQUA, *Diritto del rischio nei mercati finanziari: prevenzione, precauzione ed emergenza*, Padova, Cedam, 2012. F. DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell’amministrazione di rischio*, Milano, Giuffrè, 2005. A. BARONE, *Il diritto del rischio*, Milano Giuffrè, 2006. In respect of the precaution, emphasis has been placed on the fact that there is a steady consolidation of the precaution as a rule so that it engenders a so called right to scare. C. R. SUNSTEIN, *Laws of Fear: Beyond the Precautionary Principle*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005. C. R. SUNSTEIN, *Can It Happen Here? Authoritarianism in America*, New York, Dey Street, 2018. Furthermore, it has been highlighted that “some accounts of

maintained that, since the declarations of the World Health Organisation encompassed expressions such as recommendations to the international community and they asked for the adoption of the adequate measures, this wording should have required, as a consequence, the set-up of measures aimed to prevent the contagion, in order to provide each health organisation, worldwide, with tools, machines, and necessary staff. However, by no means did this wording hint at the need for giving an extraordinary power.

In this perspective, the prior objective that prevails on fundamental rights and liberties is not the protection of the right to health, but to prevent the hospitals' wards from being mobbed and overwhelmed. However, by invoking the right to health, surgical operations and medical examinations are thus cancelled, and thousands of citizens with no insurance will renounce

counterterrorism law and policy after 9/11 decry the use of 'extraordinary' military institutional forms and devices, such as military commissions and Combatant Status Review Tribunals, and argue that executive and administrative counterterrorism actions should be channelled through the ordinary administrative law. It is sometimes implicit, and sometimes explicit, in these accounts that the ordinary administrative law is less deferential to executive and administrative bodies. For some civil libertarians, military processes operate largely in a legal black hole, while ordinary administrative law embodies the thick rule of law. But these accounts rest on a mistaken premise — that the ordinary administrative law is indeed relatively less deferential to executive or administrative action. That is a plausible view about normal times, when judges reviewing the EPA's latest technical rulemaking or whatnot dial up the intensity of arbitrary and capricious review, review under Chevron and Mead, and so forth. But where judges perceive an emergency, or merely fear thwarting administrative action that might be necessary in an emergency (even if the judges are sceptical that an emergency really exists), the parameters are adjusted downwards; standards of rationality, statutory clarity, evidence, and reasonableness all become more capacious and forgiving. If administrative law itself contains a series of potential grey holes, the operational differences between the military model and the administrative law model are at least smaller than the critics assume, and in times of perceived emergency will tend not to exist at all". A. VERMEULE, *Our Schmittian Administrative Law*, in *Harvard Law Review*, vol. 122, no. 4/2009, p. 1139.

As far as the health emergency is concerned, some Scholars maintain the view that there are "symptoms of a dangerous trend towards a state of prevention — which can be interpreted as one of the possible operational modes of the state of exception — can be clearly found in the replacement of the general request of freedom with the one of authority, whose consequences consists of a general and (for a long time) absolute limitation of constitutional rights, in the 'concession' of glimpses of freedom by the same public power, in the achievement of a condition of general surveillance by the police forces to which the entire national community is subject. This corresponds, by all means and in a coherent way, to the functional 'logic' of the prevention which relates to the contrast, to the abstract and hypothetical risk and to which, therefore, the inexistence of limits to the achievement of an ideal scope pertains". V. BALDINI, *Proporzionalità e adeguatezza versus prevenzione nel controllo di razionalità delle misure di contrasto all'emergenza sanitaria: tra premesse di metodo e percezioni esegetiche*, in *DirittiFondamentali.it*, fasc. 1/2021, p. 145.

to the prevention of important diseases, risking their life. As to this second aspect, there cannot be any answer to the question, as these causalities will seemingly never be mentioned in Civil Protection's bulletin.

In a similar manner, in the name of the potential damage to human security, the freedom of economic initiative was limited and the order of the Region Calabria was cancelled. The President of the Region was charged with an excess of “ὕβρις”⁹⁵, “*ubris*” in the transliteration from Ancient Greek, and reported to have violated the principle of loyal collaboration between the subjects of the Italian Republic. Clearly, this is a different way of considering the loyal collaboration invoked by the Constitutional Court, which does not impose a one-way direction (from the lower level of administrations to the top), but it is inspired by the principle of subsidiarity referred to in Article 5 of the EU Treaty⁹⁶.

In Italy the principles of precaution and loyal collaboration prevail on those of proportionality and adequacy of the assessment of measures, therefore one wonders whether European citizens enjoy the same rights, freedoms and forms of protection.

Where are the “*constitutional traditions common to the Member States of the European Union*”⁹⁷?

In this scenario, it is pretty understandable, in light of such different attitudes, to assess whether the Union is still a valuable idea for the people who are part of it. It would be more consistent with the idea of Europe a formal and substantial recognition of common rights and liberties in terms of

⁹⁵ In Ancient Greece, those who refused to acknowledge the powers of the Gods, committed a sin, the ὕβρις, the brazen arrogance which manifests itself when one demands to overcome the limits imposed by the nature, by the destiny or by the law. On this topic, see among others G. REALE, *Platone, apologia di Socrate*, Bompiani, 2000.

⁹⁶ As well known, the subsidiarity principle under art. 5 of the Treaty of the European Union is aimed to guarantee that the decisions are adopted in a way that it is as much as possible close to the citizen. The actual collaboration has been recently recalled in the annual report of the Italian Constitutional Court. See M. CARTABIA, *Relazione annuale della Corte costituzionale sul 2019*, 28 April 2020 (www.cortecostituzionale.it/jsp/consulta/composizione/relazione_annuale.do)

⁹⁷ Needless to say, this is a broad statement, conceived by the Court of Justice of the European Union, later encapsulated in the Treaty of the European Union, as well as the Chart of the Fundamental Rights of the European Union. The first mention can be found in the case of Court of Justice, *Internationale Handelsgesellschaft* (CJEU, Court decision 17 December 1970, controversy 11/70), relating to the conflict between the norms of the Union and the legal system of each Member State. Starting from then, the Court of Justice of the European Union focused on the matter to offer protection of the fundamental rights within the European Union, whereas in the past this fell within the exclusive remit of the “internal”, therefore national, Courts. For a commentary, see S. CASSESE, *The Constitutional Traditions Common to the Member States of the EU*, *Il Diritto dell'Economia*, no. 4/2017.

interpretation and application, instead of the multifarious interpretations arising out of national Courts.

As the Court of justice has clarified since the international case “*Handelsgesellschaft*”, the protection of fundamental rights is part of the general juridical principles whose adherence is guaranteed by the Court. The safeguard of these rights, while being informed to the constitutional traditions common to the Member States, must be guaranteed within the structure and aims of the Community, and today of the Union⁹⁸. The case inaugurates a line of decisions in which the Court shall guarantee the rights that are part of the constitutional traditions common to the Member States, and, above all, the fundamental rights of the person.

If it is true that the force of the constitutional traditions lies in the Court of Justice of the European Union, being in fact the product of its activity⁹⁹, this should respond to the emergency and mend fences, at least enforcing compliance with the principle of proportionality. The aim is that of preserving the major objective of the Treaty of the European Union, namely the creation of an increasing unification among European peoples¹⁰⁰, which has never meant to be an alternative to national identity¹⁰¹.

In an era that is likely to resemble Hegel’s dark night¹⁰², the Europe and its citizens need more than ever the general principles of the Union law on which to base the democracy of the measures, to regain confidence in a common project with sound bases in the fundamental rights and freedoms.

⁹⁸ CJEU, Court decision 17 December 1970, controversy 11/70 cited, point 4 of the legal motivation.

⁹⁹ Among Scholars, see B. DAVES, *Internationale Handelsgesellschaft and the miscalculation at the inception of the ECJ’s Human Rights Jurisprudence*, EU Law, Cambridge, 2017; F. BELVISI, *The Common Constitutional traditions and the Integration of the EU*, First European Socio-Legal conference on European Ways of Law, Onati, 2005.

¹⁰⁰ Art. 1, paragraph 2, TEU.

¹⁰¹ Art. 4, paragraph 2, TEU, stipulates as follows: “The Union shall respect the equality of Member States before the Treaties as well as their national identities, inherent in their fundamental structures, political and constitutional, inclusive of regional and local self-government. It shall respect their essential State functions, including ensuring the territorial integrity of the State, maintaining law and order and safeguarding national security. In particular, national security remains the sole responsibility of each Member State”.

¹⁰² The reference here is to the famous expression used by Hegel in the Premise to the *Phenomenology of the Spirit* (F. HEGEL, *Phänomenologie des Geistes*, 1807). The citation “the night of the black cows” turns up in a section where Hegel argues with Schelling as regards the concept of absolute, to be regarded as “absolute identity with himself”. He wanted to refer to all the concepts whereby the reality is interpreted as different from the “one” where we live.

V. THE ECONOMIC AND FINANCIAL RECOVERY PLANS IN SOME EU COUNTRIES

As well known, in response to the health crisis arising out of the Covid-19 spread, the European Union has arranged for a 750 billion Eurofinancial package, made up of at least 50% of subsidies, within the Next Generation EU (or, shortly, NGEU) programme.¹⁰³ The purpose of the package is to encourage the post-pandemic recovery¹⁰⁴, also with emphasis placed on the sustainability.¹⁰⁵

The main part of the NGEU programme is the Recovery and Resilience Facility (briefly, RRF), which lasts six years, from 2021 until 2026, with a global dimension of 672,5 billion euro (mainly subsidies, amounting to 312,5, with the remaining 360 billion loans at a beneficial interest rate).

In Italy, the Recovery and Resilience National Plan (PNRR, in the Italian acronym) is integral and quintessential part of this programme.

The PNRR submitted by Italy is hinged upon investments, as well as a coherent package of reforms, where an amount of 191,5 billion euros of allocated resources. These resources are funded via the PNRR and, as far as the 30,6 billions are concerned, via an ancillary fund, set up by Legislative Decree 6 May 2021, no. 59. The latter is pegged to the multiannual variation of the public balance sheet approved by the Ministers' Council on 15 April 2021. The total of expected funds is tantamount to 222,1 billion.

Additionally, by 2032, additional funds have been budgeted. Equal to 26 billion Euros. These funds are aimed to implement ad hoc projects, but also to fill in the gaps of resources of the *Fondo Sviluppo e Coesione* (therefore, the Development and Cohesion Fund) All in all, Italy will be able to rely on 248 billion euros. Additional resources are the ones made available by the REACT-EU programme which, as set forth in the EU regulation, will be utilised in the 2021-2023 years. These additional resources are tantamount to 13 billions¹⁰⁶.

¹⁰³ O. Pícek, "Spillover from Next Generation EU" (2020)55 *Intereconomics* 325-331.

¹⁰⁴ M. Lopriore, M. Vlachodimitropoulou, *Recovery and Resilience Plans for the Next Generation EU: a Unique Opportunity that Must be taken Quickly, and Carefully*, EIPA Paper, 2021, online.

¹⁰⁵ E. Palacková, "Two Birds with One Stone: Greening the EU's Post-Coronavirus Recovery" (2020)19 *The European View* 138-145; B. De Witte, "The European Union's COVID-19 Recovery Plan: the Legal Engineering of an Economic Policy Shift" (2021)58 *Common Market Law Review* 635-689; J. Echebarria Fernández, "A critical Analysis on the European Union's Measures to Overcome the Economic Impact of the COVID-19 Pandemic" (2020)3 *European Papers* 1399-1423; C. Vielledent, J.F. Drevet, *The European Economic Recovery Plan, a Historic Breakthrough. Sustainability without Funding is Unsustainable*" (2021)441 *Futuribles* 85-94.

¹⁰⁶ Ministry of Economy and Finance, official website.

The Plan evolves across three fundamental, strategic pillars, also in this case fixed by the EU. Ultimately, this initiative is purported to remedy the economic and social damages of the pandemic crisis. Additionally, it contributes to solve the structural weaknesses of the Italian economy and to guide Italy through a process of environmental and green change.

Furthermore, the plan envisages a very ambitious set of future reforms, to ensure that the implementation phase of the same plan be facilitated. More in general, the plan should, on the one hand, contribute to the modernisation of Italy, on the other hand, make the prospective post-pandemic economic context instrumental in the development of the business activity.

To such an end, some activities are promoted, the purpose of which is to promote the competition as a tool whereby both the social cohesion and the economic development, as well as the simplification of the public sector, are safeguarded.

The section relating to the required reforms of the public sector envisages measures aimed at the public contracts. More in detail, it starts off from the assumption according to which to simplify the norms relating to the public procurement and administrative concessions, is essential target to ensure that efficient infrastructures are implemented, and the building sector be back on track again.

In fact, the latter are regarded as essential features in order to launch again the post-Covid 19 national economy. These plans of so-called simplification aim to make less complex the process of outsourcing. However, they also look at the phases of both planning and projects, where the public sector usually identifies the needs of the relevant community¹⁰⁷.

In order to implement such legal provisions, ad hoc regulation has been passed as a matter of urgency in the area of the public contracts. This body of law will be beefed up by the process of simplification already approved in 2020, based on the Law Decree 16 July 2020 no. 76 (so called “Simplification Decree”), also mercy of a postponement of the effectiveness of some of the legal provisions encompassed therewith.

It is worth noting that Law 29 July 2021, no. 108, in converting in law Decree no. 77 of 2021, confirms the relevant structure of the latter, although it has ended up increasing the number of the relevant articles. The Decree at stake is defined Simplification Bis, which means in English Simplification II, therefore Simplification Decree II, since it has been passed on the wake of the Simplification Decree and with the specific purpose to simplify, among others, the outsourcing process of contracts relating to the same implementation

¹⁰⁷ As inferable from the section of the reform relating to the public sector and, in detail, the “*Riforme abilitanti: semplificazione e concorrenza*” (“Qualifying reforms: simplifications and competition) of the PNRR.

of the works and activities encompassed with the PNRR. The ultimate goal of this is to speed up the timeframe of implementation of the works, although the “Genoa Model”, which was totally in derogation from the “basic law”, has not been adopted.¹⁰⁸

The piece of legislation at stake is made up of two sections: the first one (articles from 1 to 16) is concerned about the governance and management of the PNRR interventions. This section governs the system of coordination, management, implementation, monitoring and auditing of such interventions (Title I). Additionally, it contains a definition (i) of the fall-back powers in cases where the local authorities did not comply with the obligations and commitments aimed to implement the PNRR, (ii) of the procedures aimed at overcoming the dissent and of those concerned with the financial management of the relevant resources (Title II).

By contrast, in the second section there are, duly encapsulated, legal provisions of acceleration and simplification of the procedures and those whereby the administrative capacity is strengthened: environmental transition, acceleration of the environmental and landscape process (artt. 17-37 *quater*); digital transition; (artt. 38-43); special procedure for some PNRR projects (artt. 44-46); public contracts (artt. 47-56 *quater*); simplification in the investments and interventions in Southern Italy (artt. 57-60 *bis*); amendments to Law 7 August 1990, no. 241 (artt. 61-63 *bis*); further measures the administrative capacity is strengthened (artt. 64-67).

The Simplification Decree II is connected with, particularly, the process of award procedures. For contracts which are worth either more or less the specific thresholds identified by the EU bodies, from time to time, the recent novelties purport to “encourage the public investments in the infrastructures and public services sector, as well as in order to better cope with the economic, negative consequences of the Covid-19 containment and global emergency¹⁰⁹”.

Ultimately, the Decree at stake show-cases significant and, to a certain extent, “revolutionary” measures of simplification of the procedures whereby works, services and provisions of services are outsourced. As a result of this, the timeframe of the bidding auction will end up being reduced. Similarly, the timeframe of the competitive bidding process

¹⁰⁸ In the 2018 collapse of the motorway bridge in Genoa, which causes several casualties, the way the bridge was rebuilt complied with a process where, to ensure that a new bridge be available soon, the entire Italian procurement legislation was derogated. In respect of this matter, including the “constitutional” impact of this *ad hoc* legislation, see in Italian C. Della Giustina, *Il decreto-Genova al vaglio della Corte costituzionale*, in *CamminoDiritto*, 2021, online.

¹⁰⁹ Our translation from the Italian.

should result in being optimised. Likewise, the bidding activity of the businesses, at the moment very burdensome and complex, should turn out to be optimised¹¹⁰.

In Spain, as a result of the pandemic, a Recovery, Transformation and Resilience Plan has been passed by the Spanish Government in October 2020, in response to the health crisis and, therefore, the economic crisis of a global nature. The gigantic number of financial resources addressed to the different countries, including Spain, will be a unique opportunity for the Hispanic nation to develop an economy of a different nature: digital and technological¹¹¹; green¹¹². Further goals, as a result of these strategic achievements, would be the creation and competitiveness of companies. Ultimately, the Recovery, Transformation and Resilience Plan in Spain “will entail a significant volume of public and private investment in the coming years”¹¹³.

In France too, a plan, called in English “National Recovery and Resilience Plan of France”, has been drafted and it is based on investments, whose funding will originate from the Recovery and Resilience Facility, for at least Euro 40 billion. The investments have been spelled out in writing by the French Prime Minister, on 3rd September 2020. The National Recovery and Resilience plan is based on the environment, the competitiveness, and the social and territorial cohesion. This latest category encompasses, among others, “job preservation, young people, persons with disabilities, vocational training”.

As far as Germany is concerned, the Germany’s recovery and resilience plan, approved by the EU Commission in 2021, will use the Euro 25.6 billion via a German Recovery and Resilience Facility.

¹¹⁰ This activity may potentially reflect on the same way the Government operates. This is due to the fact that there will no longer be room for negotiations, nor for compromises, given the fact that a governmental action will be already fixed in its goals. See in Italian, Cassese, Il cambio di metodo. Doverosi passaggi di governo, Il Corriere della Sera, 19 June 2021; A. Sciortino, PNNR e riflessi sulla forma di governo italiana. Un ritorno all’indirizzo politico «normativo»? (2021)18 Federalismi.it 235-261.

¹¹¹ In turn, this will accelerate “the productivity, skills and connectivity of the entire population” (Presidency of the Government of Spain, *Recovery, Transformation and Resilience Plan*, Madrid, October 2020, p. 10)

¹¹² As far as this aspect if concerned, the goal of the Spanish Resilience plan is based on the “protection and conservation of the wealth of its natural goods as sustainable assets for its territories and a fundamental element in tackling climate challenges” (Presidency of the Government of Spain, *Recovery, Transformation and Resilience Plan*, cit. p. 10).

¹¹³ Presidency of the Government of Spain, *Recovery, Transformation and Resilience Plan*, Madrid, October 2020, p. 12.

The German Recovery and Resilience Plan¹¹⁴ is, fundamentally, hinged upon the green and digital transition¹¹⁵, with no less than 42% of its total allocation to measures, aimed at climate objectives. Among the different measures, mention must be made to the “decarbonisation” of the industry, with ensuing emphasis on the renewable hydrogen, investments in sustainable mobility, and the renovation of residential buildings to improve their energy efficiency.

Furthermore, at least 52% of its financial resources of the German plan concerned measures that support the digital transition. The plan includes measures to support the digital transformation of public services, especially public health services, and businesses. The plan also includes measures addressing human capital and investments in advanced digital technologies, with a component on the digitalisation of education.

VI. FINAL REMARKS

The paper has highlighted the constitutional dynamics of the main decisions ensuing the Covid 19 crisis in March 2020 in different legal systems and jurisdictions, such as the European ones. The *dicta* examined, particularly those of the European Convention of Human Rights, as well as the ones of the Court of Justice of the European Union, but also the national ones, of

¹¹⁴ The debate about this matter has been particularly heated in Germany. The recent decision of the German Constitutional Court may certainly warrant such a conclusion. To elaborate, an application was lodged by 2,000 German citizens, all belonging to a political organisation led by Mr. Bernd Lucke, an economist and a politician. The subject matter of this application related to the EU decision about the public financial resources ensuing the “pandemic”. More specifically, the reasons for the application were two: the first about the internal legal system; the second one concerned about the EU law. The crucial point was whether a European Union binding act/decision may be challenged because, fundamentally, it allows EU public indebtedness, without the compliance with art. 311 of the TFEU. In addition to challenging the validity of the said decision, the applicants even asked the BVG (the German Constitutional Court) to stop its implementation, via a temporary suspension of the legislative process of internal ratification of the EU decision. While the “interim injunction” was upheld, the merit of the application was later rejected by the Court. For a more in-depth analysis relating to these rulings, see in Italian A.F. ZUMBINI, “Il Recovery Plan e la Corte Costituzionale Tedesca” (2021)3 DPCE-online 3265-3283.

¹¹⁵ It is worth noting that the Commission has positively assessed Germany’s plan, based on the criteria set out in the RRF Regulation. The Commission has ascertained in detail whether the investments and reforms envisaged in Germany support the green and digital transitions; contribute to effectively addressing challenges identified in the European Semester; and strengthen its growth potential, job creation and economic and social resilience.

a different nature,¹¹⁶ with their fluctuating positions, sometimes inconsistent with the ones issued before the “pandemic”, are further food for thought. Ultimately, the global pandemic, as far as the EU is concerned, has shown the need for a better integration of the decision-making process in this area.¹¹⁷

¹¹⁶ A peculiar case is the one concerned with the way prisoners were treated during the Pandemic, particularly in jails where no face mask was provided to them. The French *Conseil d'Etat* held that this did not constitute any violation, since at the time of the compliant no case of coronavirus had occurred. See *ordonnance* no. 444741 of 8th October 2020.

¹¹⁷ The literature in this new area is already extensive. See C. DE LA PORTE, M. D. Jensen, *The next generation EU: An analysis of the dimensions of conflict behind the deal Social Policy & Administration*, 55.2: 388-402, 2021; S. ALBRIZIO, J. F. GELI, *Un análisis empírico de los factores que pueden potenciar la efectividad del programa Next Generation EU*, in *Boletín económico/Banco de España [Artículos]*, n. 4, 2021; C. CANIVENC, *France Relance: point d'étape, neuf mois après son lancement*, in *Gestion & Finances Publiques*, (3), 115-123, 2021; M. THÔNE, “Next Generation EU — der erste von vielen Schritten ist getan.”, in *Ifo Schnelldienst* 74.2, 16-19, 2021; P. NICOLETTI, *Next Generation EU e PNRR: verso quale ricostruzione? Spunti di riflessione per l'impegno delle classi dirigenti*, 2021; M. BUTI, G. PAPAConstantinou, *The Legacy of the Pandemic: How Covid-19 is Reshaping Economic Policy in the EU*, CEPR Policy Insight, 2021; J. M. HARRIBEY, E. JEFFERS, *Plan de relance de l'Union européenne: jusqu'ou peut et doit aller la BCE?*, in *Mouvements*, (1), 116-126, 2021; M. G. FAVA, Investment Officer Italia, “*The recovery plan italiano: priorità e implementazione.*”, P. PAPON, *Plan de relance français: des investissements d'avenir*, in *Futuribles*, (1), 89-95, 2021; G. DOMENICI, “*Next Generation EU e rinascita dell'Europa. Il Piano Nazionale italiano di Ripresa e Resilienza: verso un nuovo Rinascimento?*.” in *Journal of Educational, Cultural and Psychological Studies (ECPS Journal)* 23 (2021); G. L. TOSATO, *Common debt: Next Generation is not the first case*, Rome: LUISS. Policy Brief July, 2021; L. PANARO, *Next Generation EU: limiti e criticità del Recovery Fund in ambito europeo e nazionale*, 2021; SIMONCINI, M., *Le scelte chiave sul futuro dell'Europa. Il Next Generation EU alla prova della Corte costituzionale tedesca*, LUISS, 2021; J. MIRÓ, *Debating fiscal solidarity in the EU: interests, values and identities in the legitimation of the Next Generation EU plan*, in *Journal of European Integration*, 1-19, 2021; K. ARMINGEON, C. DE LA PORTE, E. HEINS,, S. SACCHI, *Voices from the Past: Economic and Political Vulnerabilities in the Making of Next Generation EU*, in *Comparative European Politics*, 2021; P. PFEIFFER, J. VARGA, *Quantifying Spillovers of Next Generation EU Investment*. No. 144, Directorate General Economic and Financial Affairs (DG ECFIN), European Commission, 2021; M. PASSALACQUA, B. CELATI, *Next Generation EU: l'impresa pubblica come strumento giuridico per un intervento pubblico strategico*, 413-420, 2021; F. DORN, C. FUEST, *Next Generation EU: Gibt es eine wirtschaftliche Begründung?*, *Ifo Schnelldienst*, 74(2), 3-8, 2021; D. HOWARTH, L. QUAGLIA, *Failing Forward in Economic and Monetary Union: Explaining Weak Eurozone Financial Support Mechanisms*, 2021; D. HOWARTH, J. SCHILD, *Nein to 'Transfer Union': the German brake on the construction of a European Union fiscal capacity*, *Journal of European Integration* 43(2): 207-224, 2021; Z. DARVAS, M. ZSOLT, *The nonsense of Next Generation EU net balance calculations*. Bruegel, 2021; F. M. CHIODI, *Next Generation EU. Una oportunidad para una Europa más fuerte*, in *Cultura Económica*, 38(100), 95-120, 2020; N. F. FABELL, K. H. PAZIM, J. LANGGAT, *The Impact of COVID-19 Pandemic*

While during the 2007/2008 financial crisis Europe was in a position to respond with unified institutional and regulatory reforms (brand-new pan-European authorities and forward-looking regulation), paradoxically, the European post-pandemic answer has shown some uncertainty. More in detail, the financial crisis sparked off a process of integration within the financial industry, with the set-up of EU supervisors, EU regulators and, last but by no means least, more harmonised EU regulation. A top-down perspective has been implemented, giving “fresh blood” to the European Union common project. The 2020/2021 health crisis, by contrast, has not encouraged, yet, a similar debate, with discussions still straddling the internal constitutional matter, on the one hand, and the scientific discourses, on the other hand.

Crisis on Micro-Enterprises: Entrepreneurs' Perspective on Business Continuity and Recovery Strategy (May 28, 2020), in *Journal of Economics and Business*, Vol. 3 no. 2, 2020; F. GIOVAGNOLI, MAURO LOMBARDI. “Recovery Plan e Next Generation Europe.” 2020; O. PICEK, *Spillover effects from next generation EU*, in *Intereconomics*, 55(5), 325-331, 2020; M. BUTI, M. MESSORI, *Next Generation — EU: An interpretative guide*, 2020; N. Levratto, “Le plan de relance pourra-t-il sauver l’industrie française?.” in *Revue d’économie industrielle* 171.3ème, trimestre 2020 (2020): 183-200, 2020; C. ALCIDI, D. GROS, *Next Generation EU: A Large Common Response to the COVID-19 Crisis*. *Intereconomics*, 55(4), 202-203, 2020; L. CODOGNO., P. VAN DEN NOORD, *Assessing next generation EU*, in *LSE European Politics and Policy (EUROPP) blog*, 2020; C. Bastasin, *Recovery Instrument: An epochal change in political economy*, SEP Policy Brief, n. 30, 2020; G. CELI, D. GUARASCIO, A. SIMONAZZI, *A fragile and divided European Union meets Covid-19 further disintegration or ‘Hamiltonian moment’?* in *Journal of Industrial and Business Economics*, 47: 411-424, 2020; A. CRESPI, *The EU’s socioeconomic governance 10 years after the crisis: muddling through and the revolt against austerity*, in *Journal of Common Market Studies*, 58(1):133-146, 2020; E. JONES, *Next Generation EU: Solidarity, Opportunity and Confidence*, *European Policy analysis*, *European Policy analysis*, Swedish Institute of European Policy Studies, accessed 15 July 2021 at <https://www.sieps.se/en/publications/2021/next-generation-eu-solidarity-opportunity-andconfidence/>, 2021; S. LADI, D. TSAROUHAS, *EU economic governance and Covid-19: policy learning and windows of opportunity*, in *Journal of European Integration* 42(8):1041-1056, 2020; V. A. SCHMIDT, *Theorizing institutional change and governance in European responses to the Covid-19 pandemic*, in *Journal of European Integration* 42(8): 1177-1193, 2020; J. STIGLITZ, *Recovering from the Pandemic: An Appraisal of Lessons Learned*, in FEPS COVID Response Papers, October 2020; F. HEINEMANN, “Die Überdeckung der next generation EU-Schulden im Entwurf des neuen EU-Eigenmittelbeschlusses: Ausmaß und Haftungskonsequenzen.” *Stellungnahme anlässlich der Anhörung des Ausschusses für die Angelegenheiten der Europäischen Union des Deutschen Bundestages* am 26, 2020; M. BUTI, M. MESSORI, *Next Generation — EU: Italy must not miss this opportunity*, 2020; A. HINAREJOS, *Next Generation EU: On the Agreement of a COVID-19 Recovery Package*, in *European law review*, (4), 451-452, 2020; F. HEINEMANN, “Next Generation EU: 750 Milliarden Euro suchen einen Sinn”, *Ifo Schnelldienst*, 74.2, 8-12, 2021; E. BANDRÉS, L. GADEA, V. SALAS, Y. SAURAS, *Spain and the European Recovery Plan*, in *Funcas SEFO*, 9(4), 6-14, 2020.

The new financial architecture engendered by the financial crisis shaped an integrated legislation in the three sectors of the financial industry (banks, investment firms, insurers), whereas for even more delicate and strategic matters, with constitutional implications, concerning the right of movement of individuals within the European Union, Brussels seems to be silent. Although the project of a European Union Constitution has been put on the shelves years ago, perhaps the EU loopholes and flaws of the pandemic may justify, not simply for provocative purposes, a reassessment of that project: a project that, without the — historically erratic — presence of the UK within the Union, may become not just feasible but also very successful.

As far as the pandemic is concerned, “centripetal forces” have surfaced during the darkest periods, and this has helped the closure of borders. Thus, different interpretations of the state of emergency have emerged, alongside with a “sui generis” relationship between powers and freedoms. One of the EU countries which opted mainly for the freedom, to the detriment of the unfettered power, represents a unique sample of independent decision. In the Swedish model, therefore, no compression of the freedoms was introduced, nor any limitation to the business activities. It is still debatable whether the figures concerning Sweden, after two years, may confirm that the “Swedish job” was right. In dealing with these comparisons, though, the caveat is that countries and legal systems are different from one another, so are the relevant cultures.

An open challenge is now that of the recovery after the pandemic. More specifically, a unique opportunity for Europe and its Members is to take a step forward on the bumpy path toward a European Political Union capable of strengthening a structure weakened by several earthquakes. However, this is still a difficult project that needs to be rekindled around a core concept aimed at increasing unification among European peoples (art. 1 TEU). It goes without saying that this project has never meant to be an alternative to national identities. To elaborate, there is room in Europe for a formal and substantial recognition of common rights and liberties in terms of interpretation and application as constitutional traditions common to the Member States, whose adherence is guaranteed by the European Court of Justice.

The future of the Union and that of its people depend on the way Governments will manage the recovery beyond the emergency.

The issue of solidarity, which has been evoked many times in the various difficult situations that Europe has faced since the end of the Second World War, has made an unexpected comeback in the last two years.

The debate on the possibility of identifying a political convergence in the Eurozone for the definition of a supportive European response to the on-going economic crisis, by means of common debt issuance, seems to run aground in an unceremonious manner. A formal ambiguity, which has not

been tackled explicitly, lies behind the subtle demarcation line between the countries that call upon solidarity in favour of a common debt issuance and those that act cautiously and reluctantly. In view of the much needed debt pooling, also in order to provide suitable legal safeguards to its future repayment it is quintessential to be prepared to agree with decisional powers in the field of tax revenue as well.

The fundamental issue is the same that has hindered the achievement of common deposit insurance so far, namely the reliability of the single countries as to their capacity of meeting obligations. The political and fiscal convergence (union) is strictly connected to a full achievement of a banking union; today this deeply affects the definition of a cohesive European strategy in the field of debt issuance and fiscal transfers to overcome the on-going economic crisis.

The ultimate question is whether European citizens of each Member State are ready to share debts, as well as the respective repayment sources, and thus to delegate to Europe spheres of shared sovereignty so far bestowed upon single national and local administrations.

The pandemic crisis is not imputable to any internal economic mismanagement, but rather to an exogenous cause, which turned out to cross the geographical as well as political borders of the Member States. This has impacted on each country; as a result, a gradual process of fiscal integration needs to be considered. If Europe will manage to proceed in the direction of a European Union fiscal integration, an important model shift would result: namely, the switch from the current system, which is characterised by a common monetary policy in the Eurozone and 19 fiscal policies bound to the stability pact for the countries that belong to it, to a model featured by a common EU fiscal policy with 27 Member States, which would be accompanied by the BCE monetary policy for the Eurozone and the eight central banks of the other countries.

This new crisis, in all its tragedy, could finally be seized as a golden opportunity to overcome the twofold Eurozone-UE level, in order to move towards a more integrated Europe from a monetary, banking, fiscal and political point, based on “*constitutional traditions common to the Member States of the European Union*”. A renovated project for those countries that wish to be part of it.

VII. BIBLIOGRAPHY

- ACCONCIAMESSA, L., *COVID-19 e diritti umani: le misure di contenimento alla luce della CEDU*, in *Ius in Itinere*, 2020.
- ACOCELLA, C., *L'epidemia come metafora della sospensione e della compressione delle libertà fondamentali.*, in *Diritti regionali*, 2020.

- ALEXU, R., *A Theory of Constitutional Rights*, with English translation by J. Rivers, Oxford, 2002 (original in German dated 1985).
- ALLEGRETTI, U., *Il trattamento dell'epidemia di "coronavirus" come problema costituzionale e amministrativo*, in *Forum Quaderni Costituzionali*, 25 marzo 2020.
- ARANA GARCÍA, E., *Covid 19 y Derecho Público en España: el virus que desnudó nuestro*, in *Diritto pubblico dell'economia*, 17th May 2020.
- AZZARITI, G., *I limiti costituzionali della situazione d'emergenza provocata dal Covid-19*, in *Questione Giustizia*, 27 marzo 2020; Id., *Il diritto costituzionale d'eccezione*, in *Costituzionalismo.it*, no. 1/2020, 31 marzo 2020.
- BALDINI, V., *Proporzionalità e adeguatezza versus prevenzione nel controllo di razionalità delle misure di contrasto all'emergenza sanitaria: tra premesse di metodo e percezioni esoteriche*, in *DirittiFondamentali.it*, fasc. 1/2021, p. 145.
- BARONE, A., *Il diritto del rischio*, Milano Giuffrè, 2006.
- BARTOLINI, G., *Alcune questioni dell'emergenza COVID-19 in Italia in un'ottica di international disaster law*, in *SIDI blog — Forum Covid-19*, 21 maggio 2020.
- BELVISI, F., *The Common Constitutional traditions and the Integration of the EU*, First European Socio-Legal conference on European Ways of Law, Onati, 2005.
- BOTTARI, C., *Alcune riflessioni sui profili organizzativi ai tempi del coronavirus*, in *giustizia-amministrativa.it*, 4 maggio 2020.
- BURATTI, A., *Quale bilanciamento tra i diritti nell'emergenza sanitaria? Due recentissime posizioni di Marta Cartabia e Giuseppe Conte*, in *Diritti comparati*, 1 May 2020.
- CARAVITA, B., *L'Italia ai tempi del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, 18 marzo 2020, in *Federalismi.it*, 5.
- CARRER, M., *Tutela della salute e dimensione della discrezionalità a livello comparato: l'esperienza tedesca*, in *La tutela della salute tra tecnica e potere amministrativo*, M. Andreis (ed), Giuffrè Editore, 2006.
- CASSESE, S., *La pandemia non è una guerra. I pieni poteri al governo non sono legittimi*, in *Il dubbio*, 14.04.2020-.
- CATALDI, G., *Art. 15. Deroga in caso d'urgenza*, in *Commentario breve alla CEDU*, in A. Bartole, P. De Sena e V. Zagrebelsky (eds), Padova, 2012, 555.
- CAVALLO PERIN, R., *Pandemia 2020: decreti e ordinanze d'emergenza*, in *Giustiziainsieme.it*, 15 maggio 2020.
- COTINO HUESO, L., *Confinamientos, libertad de circulacion y personal, prohibicion de reuniones y actividades y otras restricciones de derechos por la pandemia del Coronavirus*, in *Diario La Ley*, 6 April 2020, no. 9608.
- CROSA, E., *Il principio della sovranità dello stato nel diritto italiano*, in *Archivio giuridico*, 1933.
- CUOCOLO, L., *I diritti costituzionali di fronte all'emergenza Covid-19. Una prospettiva comparata*, in *Federalismi.it*, 2020.
- CHELI, E., *Poteri, diritti, competenze. I problemi costituzionali sorti dal Covid*, *Huffingtonpost.it*, 22.06.2020.
- DAVES, B., *Internationale Handelsgesellschaft and the miscalculation at the inception of the ECJ's Human Rights Jurisprudence*, EU Law, Cambridge, 2017.
- DICEY, A.V., *An introduction to the study of the law of the Constitution*, 1885, London 1959, 287 ss.

- FRACCHIA, F., *Coronavirus, senso del limite, deglobalizzazione e diritto amministrativo: nulla sarà più come prima?*, in *Il diritto dell'economia*, 2020, 579 ss.
- HAFNER BURTON, E. M., L. R. HELFER e C. J. FARRIS, *Emergencies and Escape: Explaining Derogations from Human Rights Treaties*, International Organizations, 2001, 679.
- IRTI, N., E. Severino, *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma-Bari, Laterza, 2001.
- JELLINEK, G., *Allgemeine Staatslehre*, Berlino, 1929.
- KELSEN, H., *Das Problem der Souveränität und d. Theorie d. Völkerrechts*, Tubinga 1920; 2ª ed., 1928.
- LEONARDIS, F. De, *Il principio di precauzione nell'amministrazione di rischio*, Milano, Giuffrè, 2005.
- LUNGO, D. De, *Un atto di coraggio costituzionale. La Corte Suprema del Wisconsin dichiara illegittimo il Safer-at-Home Order*, in *Diritti comparati*, 18.05.2020.
- MANFREDI, G., *Cambiamenti climatici e principio di precauzione*, in *Riv. Quadr. Dir. Ambiente*, 2011, p. 27.
- MANZONI, A., *I Promessi sposi*, cap. XXXIV, 1827.
- MUNIZ, J. N., *Emergencias constitucionales y catástrofes en el ordenamiento constitucional español*, in *Cuadernos de Derecho Público*, 17 2002.
- PASSALACQUA, M., *Diritto del rischio nei mercati finanziari: prevenzione, precauzione ed emergenza*, Padova, Cedam, 2012.
- PERFETTI, L. R., *Sullo statuto costituzionale dell'emergenza. Ancora sul diritto pubblico come violenza o come funzione dei diritti della persona*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, no. 2/2020, pp. 51-79.
- PIZZORUSSO, A., voce *Emergenza, stato di*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, Treccani, 1993.
- RAGGI, L., *La teoria delle sovranità*, Genova 1908.
- REALE, G., *Platone, apologia di Socrate*, Bompiani, 2000.
- REHM, H., *Geschichte der Staatsrechtswissenschaft*, Friburgo, 1896.
- RODRÍGUEZ, F. e J. JULIO, *Cuestiones constitucionales sobre el estado de alarma en España y la pandemia del COVID-19*, in *IEEE.ES* 43/2020, 1.05.2020.
- SAINT-BONNET, F., *Réflexions sur l'article 16 et l'état d'exception*, in *RDP* 1998, Les quarante ans de la Constitution du 4 octobre 1958.
- SPADARO, A., *Do the containment measures taken by Italy in relation to COVID-19 comply with human rights law?*, in *EJIL Talks*, 16 March 2020.
- STERN, K., *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, 3 voll., München 1977.
- SUNSTEIN, C. R., *Laws of Fear: Beyond the Precautionary Principle*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.
- SUNSTEIN, C. R., *Can It Happen Here? Authoritarianism in America*, New York, Dey Street, 2018.
- VERMEULE, A., *Our Schmittian Administrative Law*, in *Harvard Law Review*, vol. 122, no. 4/2009, p. 1139.

EL USO DEL LENGUAJE NO SEXISTA COMO INSTRUMENTO PARA CONSEGUIR LA IGUALDAD REAL Y EFECTIVA

*The use of non-sexist language as a tool
to achieve real and effective equality*

Cecilia Rosado-Villaverde

Profesora Contratada Doctora de Derecho Constitucional
Universidad Rey Juan Carlos

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-69\(2\)-2021pp229-248](http://dx.doi.org/10.18543/ed-69(2)-2021pp229-248)

Recibido: 8.12.2021

Aceptado: 13.12.2021

Resumen

La consecución de la igualdad real y efectiva es uno de los elementos indispensables de nuestros sistemas democráticos. El art. 9.2 de nuestra Constitución establece que son los poderes públicos los encargados de promover las condiciones para que la igualdad sea real y, además, deben remover los obstáculos que impidan su plenitud. Para ello, los poderes públicos deben dotarse de diferentes herramientas que sean efectivas para la consecución de sus objetivos. El uso del lenguaje no sexista, que ya fue planteado en la esfera de la lingüística en los años setenta del siglo XX, es un recurso que las instituciones internacionales, europeas y nacionales han legislado para evitar que nuestro lenguaje, a través del cual nos comunicamos y nombramos los objetos materiales e inmateriales, invisibilice a las mujeres y perpetúe las discriminación histórica y estructural que sufren.

Palabras clave

Igualdad, discriminación, lenguaje no sexista, Constitución, ordenamiento jurídico.

Abstract

The achievement of real and effective equality is one of the necessary elements of our democratic systems. Article 9.2 of our Constitution establishes that it is the public authorities that are responsible for promoting the conditions for equality to be real and must remove the obstacles that prevent its fullness. The public authorities must use different tools that are effective in achieving their objectives. The use of non-sexist language — which was already manifested in the field of linguistics in the Seventies of the Twentieth Century — is a resource that international, European and national institutions have legislated to prevent our language, which we communicate and name the material and immaterial objects, from making women invisible and perpetuating the historical and structural discrimination they suffer.

Key words

Equality, discrimination, non-sexist language, Constitution, legal system.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA CONSTITUCIONALIDAD DEL LENGUAJE NO SEXISTA. III. CONCEPTO Y SIGNIFICACIÓN DEL LENGUAJE NO SEXISTA. IV. INFORME DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA SOBRE LA INCLUSIÓN DE LENGUAJE NO SEXISTA EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA. V. CONCLUSIONES. VI. BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN

La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, reconoce en su artículo 14, apartado 11, que uno de los criterios de actuación de los poderes públicos debía ser «*La implantación de un lenguaje no sexista en el ámbito administrativo y su fomento en la totalidad de las relaciones sociales, culturales y artísticas*». Asimismo, el art. 24 de esta Ley, dedicado a la integración del principio de igualdad en la política de educación, expresa en su apartado segundo, punto c), que «*Las Administraciones educativas, en el ámbito de sus respectivas competencias, desarrollarán, con tal finalidad, [...] La eliminación y el rechazo de los comportamientos y contenidos sexistas y estereotipos que supongan discriminación entre mujeres y hombres, con especial consideración a ello en los libros de texto y materiales educativos*». Esta norma legal también hace referencia al lenguaje no sexista en el Título III, dedicado a la Igualdad y los medios de comunicación¹.

Desde la entrada en vigor de esta Ley Orgánica, el lenguaje no sexista² se convirtió en uno de los factores necesarios para conseguir la igualdad

¹ El art. 36 dice que «*Los medios de comunicación social de titularidad pública velarán por la transmisión de una imagen igualitaria, plural y no estereotipada de mujeres y hombres en la sociedad, y promoverán el conocimiento y la difusión del principio de igualdad entre mujeres y hombres*». La importancia de las imágenes no sexistas también es un elemento fundamental que va unido al propio lenguaje inclusivo.

² El término lenguaje inclusivo incluye no sólo el lenguaje no sexista, sino que también se refiere al uso correcto, respetuoso y consensuado para hacer referencia a las personas con discapacidad física y orgánica. La importancia de no discriminar a las personas con discapacidad es fundamental para dar cumplimiento al art. 14 de la Constitución española. Y esa no discriminación debe comenzar por el propio uso del lenguaje. Ya la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, establece en su Disposición adicional octava que «*Las referencias que en los textos normativos se efectúan a «minusválidos» y a «personas con minusvalía», se entenderán realizadas a «personas con discapacidad»*. A partir de la entrada en vigor de la presente Ley, las disposiciones normativas elaboradas por las Administraciones Públicas utilizarán los términos «*persona con discapacidad*» o «*personas con discapacidad*» para denominarlas». Actualmente se encuentra en tramitación un proyecto de reforma constitucional que busca que se elimine el término disminuido del

efectiva entre mujeres y hombres en nuestro país. Pero también comenzó la polémica en torno a este instrumento. Numerosos lingüistas y juristas, entre otras profesiones, han escrito ríos de tinta sobre lo superfluo del lenguaje inclusivo, su insignificante acción o lo inútil de su objetivo (Bosque Muñoz, 2009, 535; Bolívar, 2019, 355-375). También existen opiniones que defienden que su utilización es perjudicial para el propio uso lingüístico y que su empleo es nocivo para el desarrollo de nuestra lengua. Así que estamos ante una cuestión no exenta de controversia. No parece que estemos cerca de llegar a un consenso, más bien al contrario, en estos tiempos parece que se recrudece.

El lenguaje es fundamental para la formación de la identidad social de las personas, y ello supone que el buen uso del mismo es clave. La lengua no tiene porqué ser sexista o discriminatoria, es el empleo que se hace de ella el que crea contextos y situaciones donde se invisibiliza a las mujeres y se configuran imágenes en las que las mujeres ocupan papeles inferiores respecto de los hombres. El Informe sobre el lenguaje no sexista del Parlamento Europeo de 13 de febrero de 2008 decretó que: *«La finalidad del lenguaje no sexista o lenguaje neutral en cuanto al género es evitar opciones léxicas que puedan interpretarse como sesgadas, discriminatorias o degradantes al implicar que uno de los sexos es superior al otro, ya que en la mayoría de los contextos el sexo de las personas es, o debe ser, irrelevante. La utilización de un lenguaje no sexista es algo más que un asunto de corrección política. El lenguaje influye poderosamente en las actitudes, el comportamiento y las percepciones. El Parlamento como institución respalda plenamente el principio de igualdad de género, y el lenguaje que utiliza debe reflejar este hecho»*³.

No sólo la legislación española⁴ avala el lenguaje no sexista sino que también la Unión Europea lo ha incluido como un punto referencial de sus políticas. El principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo y de género forma parte de los Tratados de la UE y de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión. El Parlamento Europeo ha apoyado y defendido la igualdad de sexos y, a tal efecto, ha decidido que el uso de un lenguaje no sexista debe ser el adecuado para la consecución de este derecho fundamental. No podemos olvidar que la mencionada Ley Orgánica 3/2007 transpone dos directiva europeas, *«2002/73/CE, de reforma de la Directiva 76/207/CEE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la*

artículo 49 de la Constitución. Dicha reforma es una demanda de hace más de veinte años de los colectivos de personas con discapacidad.

³ Este informe fue aprobado por la decisión Grupo de Alto Nivel sobre Igualdad de Género y Diversidad de 13 de febrero de 2008. Consultado en <https://bit.ly/3ord0kF>

⁴ Las Comunidades Autónomas también poseen legislación en esta materia.

promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo; y la Directiva 2004/113/CE, sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso a bienes y servicios y su suministro»⁵.

El lenguaje no sexista ha sido respaldado por las instituciones europeas y españolas y por sus ordenamientos jurídicos. No es un aspecto puramente formal, sino que está dotada de un contenido específico que tiene funciones simbólicas, pero también funciones materiales. Este recurso ha venido para quedarse y es esencial entender cuáles son sus objetivos y cómo se debe emplear. Desde la lingüística encontramos numerosas guías y algunos manuales que explican cómo emplear nuestra lengua para eliminar su uso sexista. Aunque el propósito de estas páginas no es hacer una disertación lingüística, parece importante mencionar algunas reglas imprescindibles para entender este tema.

Desde el punto de vista constitucional se trata de entender si este lenguaje no sexista se encuentra dentro del amparo del artículo 14 y del art. 9. 2 de nuestra Carta Magna. Además, debemos dilucidar si los textos internacionales que sirven de parámetro para la interpretación de nuestros derechos constitucionales también entienden que el lenguaje no sexista forma parte de los medios amparados en la conceptualización de sus textos. Sin olvidar el ámbito europeo, tanto de la Unión como del Consejo de Europa y sus manifestaciones en torno a esta materia que, como ya había anunciado anteriormente, despierta un encarnizado debate en torno a su necesidad, a su importancia y a su constitucionalidad.

II. LA CONSTITUCIONALIDAD DEL LENGUAJE NO SEXISTA

La igualdad entre mujeres y hombres se reconoce en numerosos textos internacionales como un principio jurídico universal. Centrándonos ahora en Naciones Unidas, cabe destacar la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 1948, en sus arts. 1, 2 y 7, la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza de 1960 (art. 1), ratificada por España en 1969, o la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 1979 y ratificada por España en 1983. Asimismo, las cuatro Conferencias Mundiales de las Naciones Unidas para la Mujer fueron determinantes para lanzar nuevas herramientas en la lucha contra la discriminación por razón de sexo⁶. En la esfera internacional

⁵ Exposición de motivos de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

⁶ Estas fueron la Conferencia Mundial de Ciudad de México (1975), la Conferencia Mundial de Copenhague (1980), la Conferencia Mundial de Nairobi (1985), y la Conferencia Mundial de Beijing (1995).

el uso del lenguaje no sexista ha sido reconocido en diferentes momentos. Podemos destacar que la Declaración de Beijing, de 1995, establece que los medios de difusión deben presentar una imagen más justa de la mujer y deben utilizar un lenguaje que no sea sexista, y habla sobre la erradicación de los estereotipos sexistas en materia de comunicación, de educación y capacitación, de derechos humanos y de investigación. Del mismo modo, ONU Mujeres publicó la «Guía de terminología y uso de lenguaje no sexista para periodistas, comunicadoras y comunicadores»⁷, en 2017. Se puede destacar también que en julio de 2019, Naciones Unidas creó la «Lista de verificación para usar el español de forma inclusiva en cuanto al género»⁸.

Por su parte, hay que destacar el papel de la UNESCO en la aprobación de diversos documentos jurídicos en materia de lenguaje no sexista. En 1987, la Resolución 14.1 aprobada por la Conferencia General de la UNESCO, en su 24ª reunión, apartado 1 del párrafo 2 mantuvo y mantiene que hay que *«adoptar, en la redacción de todos los documentos de trabajo de la Organización, una política encaminada a evitar, en la medida de lo posible, el empleo de términos que se refieren explícita o implícitamente a un solo sexo, salvo si se trata de medidas positivas en favor de la mujer»*. En 1989, la Resolución 109 aprobada por la Conferencia General de la UNESCO, en su 25ª reunión, párrafo 3 recomendó *«seguir elaborando directrices sobre el empleo de un vocabulario que se refiera explícitamente a la mujer, y promover su utilización en los Estados Miembros; y velar por el respeto de esas directrices en todas las comunicaciones, publicaciones y documentos de la Organización»*.

En el contexto europeo, la Unión Europea reconoce que la igualdad es un principio fundamental. El Tratado de Ámsterdam (1999) afirma por primera vez que la igualdad entre mujeres y hombres y la eliminación de las desigualdades entre unas y otros es un objetivo que debe integrarse en todas las políticas y acciones de la Unión y de sus miembros. La Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 3/2007, dice que *«con amparo en el antiguo artículo 111 del Tratado de Roma, se ha desarrollado un acervo comunitario sobre igualdad de sexos de gran amplitud e importante calado»*. Las diversas directivas europeas en torno a esta cuestión y las actuaciones del Parlamento Europeo y de la Comisión Europea han sido constantes en los últimos años. En el año 1990 se aprobó en el Consejo de Ministros de la Unión Europea una Recomendación sobre la eliminación del sexismo en el lenguaje. En esta norma se reconocía la existencia de obstáculos a la igualdad real entre hombres y mujeres, considerando que el lenguaje es un instrumento primordial en la formación de la identidad social de cada persona. Se proponían tres medidas: en primer lugar, que los Estados miembros incorporaran iniciativas para

⁷ Consultada en <https://bit.ly/3IpAGOr>

⁸ Consultada en <https://bit.ly/3pB6jfm>

fomentar un lenguaje no sexista. En segundo lugar, que promovieran en textos jurídicos, educativos y de la administración pública el uso de terminología armónica con el principio de igualdad entre mujeres y hombres. Finalmente, que se fomentara la utilización de un lenguaje no sexista en los medios de comunicación y difusión.

El Consejo de Europa también ha mostrado una actividad contundente en cuanto a la lucha a favor de la igualdad entre mujeres y hombres. La regulación en el Convenio Europeo de Derechos Humanos es clásica y es el art. 14 el que decreta la prohibición de discriminación por razón de sexo (Carmona Cuenca, 2018, 311-334). El Protocolo n.º 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos reconoce la posibilidad de la utilización de las acciones positivas para intentar erradicar la desigualdad estructural e histórica entre mujeres y hombres. Con este reconocimiento, el Tribunal Europeo de Derecho Humanos ha dictado diferentes sentencias consolidando la igualdad entre mujeres y hombres (Carmona Cuenca, 2018, 324-332).

El artículo 14 de nuestra Constitución (CE) reconoce la igualdad ante la ley y la no discriminación por cualquier otra condición o circunstancia personal o social, y expresamente se refiere a la no discriminación por razón de sexo. La importancia de la ubicación de este precepto en el texto constitucional ya ha quedado acreditada por la doctrina y por la jurisprudencia constitucional (Alonso García, 1983, 21-92; Pérez Luño, 2007, 75-100). Que este artículo se encuentre dentro del Capítulo Segundo, del Título I, pero antes de la Sección 1ª, de dicho Capítulo Segundo, supone que todos los derechos reconocidos en él, tanto los derechos y libertades fundamentales como los derechos y deberes de la ciudadanía, deben ser siempre interpretados y desarrollados conforme al principio de igualdad recogido en ese artículo 14 (Pérez Luño, 2007, 75-100)⁹. El art. 53.2 CE determina que el amparo judicial y el recurso de amparo pueden emplearse en caso de vulneración del art. 14, lo que coloca a la igualdad como un derecho fundamental cuyo sistema de garantías es el más alto, tanto a nivel legislativo (sólo se podrá regular a través de una ley orgánica) como a nivel jurisdiccional (el amparo judicial y el recurso de amparo sólo se activan en caso de vulneración de un derecho fundamental). Todo ello nos sirve para entender que si el uso del lenguaje no sexista está amparado por este artículo constitucional, supone que su irradiación a todos los demás derechos es ineludible.

El art. 9.2 CE se ocupa de establecer la obligación de los poderes públicos de promover las condiciones para que la igualdad de las personas y de los

⁹ La igualdad se recoge en nuestra Carta Magna como un valor superior del ordenamiento jurídico, como un principio y como un derecho. Esta triple conceptualización nos muestra la importancia de su existencia y su unión inquebrantable con el principio democrático.

grupos en que se integran sean reales y efectivas. La igualdad material es el marco esencial para que se puedan desarrollar acciones positivas imprescindibles para alcanzar la igualdad real. Esta es una característica básica del Estado social de Derecho en el que quién ejerce el poder debe tener en cuenta la posición real de la ciudadanía para actuar en consecuencia y conseguir una equiparación efectiva (Giménez Gluck, 1999; Montilla Martos, 1997, 437-464). Si se entiende que el uso del lenguaje es un mecanismo dentro de las acciones positivas para conseguir la igualdad real y efectiva, entonces su constitucionalidad es más que evidente.

La significación del artículo 14 es evidente, pero también resulta obvio a estas alturas de nuestro sistema democrático constitucional que el reconocimiento de la igualdad formal ante la ley no ha conseguido por sí solo acabar con la desigualdad estructural que sufren las mujeres. Por esta razón, la combinación con el precepto 9.2 CE es clave para luchar contra esta lacra. La violencia machista, la discriminación salarial, el mayor desempleo femenino, la desigual presencia en puestos de responsabilidad política, o la conciliación entre la vida personal, laboral y familiar siguen siendo algunos de los elementos por resolver en nuestras sociedades. Sólo la coordinación entre la igualdad formal y la igualdad material puede ayudarnos a acabar con la discriminación de las mujeres, y conseguir la plena igualdad entre ambos sexos. Para ello, es insoslayable dotarse de nuevos instrumentos jurídicos. Pueden ser normativos, que algunos de ellos ya están incorporados a nuestro sistema de Fuentes del Derecho, pero también pueden ser acciones positivas destinadas para prevenir y suprimir esta discriminación o bien, a compensar las desventajas que resulten de las estructuras desiguales existentes. A veces, estas acciones formulan un derecho desigual en favor de las mujeres, pero las normas jurídicas en las que se amparan ya regulan aquellas cautelas y condiciones indispensables para que no se produzca ninguna inconstitucionalidad. La actuales leyes en esta materia se han consolidado como constitucionales y, por tanto, estas acciones positivas también. Los poderes públicos deben encargarse de la prevención de las conductas discriminatorias y de la previsión de políticas activas que hagan efectivo el principio de igualdad (López Guerra, 2000, 19-42; Rey Martínez, 1995, 31-75; Figueruelo, 2004, 1-10).

Por su parte, el lenguaje libre de sexismo no supone un derecho desigual en favor de las mujeres, sólo se busca dar visibilidad al sexo discriminado históricamente. No podemos olvidar que lo que no se nombra, no existe. El lenguaje es determinante en la representación de la realidad. Identificamos todo lo que nos rodea a través de los términos, las palabras que la lengua concede tanto a objetos materiales, como a situaciones, acciones o emociones. Nombrar las ideas, los objetos, los hechos, o a las personas supone hacerlas visibles. La realidad se construye con aquello que podemos identificar. Dentro del lenguaje, las mujeres y sus actuaciones han sido invisibilizadas en

numerosas ocasiones. Otras veces, sus emociones o ideas han sido transmitidas de manera peyorativa. Por eso, trasladar al lenguaje la presencia real que las mujeres tiene en la vida es crucial para traspasar el umbral de la invisibilidad. El uso del lenguaje discriminando a las mujeres supone el incumplimiento tanto del art. 14 como del art. 9.2 CE. La consecución de la igualdad entre mujeres y hombres se tiene que dar en todos los niveles de nuestra vida. El lenguaje, que es una herramienta de comunicación y de formación debe ser utilizado para que represente a las mujeres y a los hombres y para evitar y erradicar el sexismo en el lenguaje.

III. CONCEPTO Y SIGNIFICACIÓN DEL LENGUAJE NO SEXISTA

No estamos ante una temática reciente sino que ha sido estudiada con profusión por la lingüística desde los años setenta. La autora Robin Lakoff fue la primera que propuso el debate académico sobre cómo la relación de hombres y mujeres se materializaba en el uso del lenguaje, en 1973 (Lakoff, 1981). Este debate tuvo diferentes posturas y enfoques. La primera de ellas se preguntaba si había que llevar a cabo acciones que se encargaran de modificar el uso del lenguaje. Esta postura entiende que el lenguaje es sexista pero cree que lo que hay que hacer es focalizar la atención en la acción social igualitaria que acabará logrando que el uso sexista del lenguaje se acabe modificando naturalmente por este cambio social¹⁰. Así lo manifiesta la lingüista Anne Pauwels que a finales de los noventa mantiene que «Quienes apoyan la postura de que “el lenguaje refleja la realidad” se inclinan menos a promover una acción lingüística ya que dudan de que un cambio en el lenguaje lleve consigo el deseado cambio social. Argumentan que las prácticas sexistas en el lenguaje son el resultado de actitudes sexistas de quienes lo usan que además viven en comunidades que no promueven un tratamiento igualitario entre mujeres y hombres. (...) Por otro lado la postura de que «el lenguaje refleja la realidad social» no excluye del todo la pertinencia o incluso la necesidad de implementar una acción lingüística. De hecho, un grupo importante de quienes proponen guías oficiales para un uso no sexista de la lengua, suscriben este punto de vista y, no obstante, argumentan a favor del cambio porque el cambio en la lengua va por detrás de los cambios en las prácticas sociales y culturales» (Pauwels, 1998, 84-85).

Frente a esta postura se encuentra aquella que defiende la necesidad de crear acciones que intervengan en el lenguaje para conseguir que su uso esté libre de sexismo. Es imprescindible que la acción social en busca de la igualdad entre mujeres y hombres se complemente con actuaciones sobre el

¹⁰ Consultado en <https://bit.ly/3IHTlv7>

lenguaje. Atacar la discriminación desde todos los ámbitos será más eficaz que esperar que una acción general y abstracta contra la desigualdad consiga erradicarla en todos los niveles de la sociedad. De esta manera, hay que trabajar sobre la planificación lingüística. Esta planificación debe basarse en cinco fases: «la detección del problema, la planificación, la implementación, la evaluación y la retroalimentación» (Pauwels, 1998, 7-9). Esta postura es la que han tomado las instituciones internacionales, europeas y nacionales actuales.

Entonces, ¿cómo podemos definir el lenguaje sexista? A lo largo de estas páginas se ha hablado frecuentemente del lenguaje o sexista y de su constitucionalidad. Pero creo que llegados a este punto, debemos detenernos en discernir qué es el lenguaje sexista, con el fin de poder saber también cuándo nos encontramos ante el adecuado uso no sexista del lenguaje. Por lenguaje sexista se entiende aquel que hace uso en exclusiva de uno de los géneros, el masculino, para referirse a los dos, excluyendo al otro, ya sea voluntaria o involuntariamente (Bolaños Cuéllar, 2013, 89-110; Lozano Domingo, 1995; Calero Fernández, 1999). De esta manera, las mujeres quedan invisibilizadas, produciendo situaciones en las que el abuso del uso genérico masculino de los términos supone que no seamos capaces de identificar a mujeres en puestos como el de la presidencia del Gobierno. Por ende, cuando hablamos de lenguaje no sexista, nos referimos al uso en el cual las mujeres y hombres quedan visibilizados, evitando los prejuicios hacia un sexo en concreto (Sastre Ruano et al., 2003; Suardiaz, 2002).

Cuando se habla de lenguaje no sexista se puede pensar que se trata únicamente de desdoblar las palabras en el género masculino y femenino, utilizar símbolos que incluyan a ambos sexos en el lenguaje o meras sustituciones de términos. Pero las reglas para la utilización del uso adecuado y no sexista del lenguaje son mucho más profundas. Se trata de «armonizar con sentido común varios criterios: la norma gramatical, la coherencia textual, el contexto situacional y los ámbitos o géneros discursivos» (Briz Gómez coord., 2001, 21). Podemos decir que *per se*, la forma masculina no es sexista, que el desdoblamiento no es incorrecto ni obstaculiza el lenguaje, ni que la sustitución de un término por otro abstracto o colectivo impide el sexismo. El acondicionamiento de estas alternativas va a depender del contexto y del ámbito, del género discursivo, del canal de comunicación, del registro, o de las personas a las que se apele (Briz Gómez coord., 2001, 22-23).

Las posturas contrarias al uso no sexista del lenguaje manifiestan que la utilización del masculino genérico se utiliza por el principio de economía lingüística. Es el caso de la propia Real Academia Española de la Lengua (RAE). No obstante, si se consultan las guías elaboradas por diferentes instituciones públicas y privadas, se puede observar que los desdoblamientos no

son la regla general del lenguaje no sexista¹¹. Por otro lado, aducen que el uso de términos genéricos puede llevar a impersonalizar el contexto. Si utilizamos alumnado en vez de alumnos, parece que se aleja del trato más personal. Sin embargo, esta es una percepción cultural y subjetiva que puede cambiar ya que el lenguaje evoluciona constantemente, y no se incumple ninguna regla gramatical haciendo uso de este recurso. El último argumento al que me quiero referir es aquel que aduce que si no existe una intención ex profesa de discriminar, no hay por qué cambiar el lenguaje. El problema radica en que, en general, la discriminación de las mujeres —como de otros grupos— no se produce frecuentemente de forma consciente. Todo lo contrario, el gran problema para acabar con esta desigualdad reside en que se genera de forma involuntaria y que ser consciente de ello es sumamente complejo (García Campaña et al., 2018, 144-153; Aznar Minguet, 2008, 33-63; Díaz Hormigo, 2018, 267-274).

Es ahora el momento de observar los condicionantes que pueden provocar la discriminación en el lenguaje y que afectan a cómo utilizar el lenguaje en cada momento. Con respecto a cuáles son las reglas gramaticales para hacer un uso correcto del lenguaje ya se han mencionado las numerosas guías y documentos realizadas por expertos y expertas lingüistas que tienen un gran valor y arrojan luz a esta cuestión. Por esta razón, los próximos párrafos se detendrán en los elementos que hay que tener en cuenta a la hora del uso del lenguaje libre de sexismo, esto es, el contexto y en concreto el ámbito, el género discursivo, el canal de comunicación, el registro o las personas a las que se apela.

Cuando hablamos del contexto y nos referimos en especial al ámbito, estamos haciendo alusión a si nos encontramos en un ámbito administrativo, educativo, social, artístico, etc. Dependiendo del entorno en el que nos ubiquemos el lenguaje deberá desarrollarse de una manera o de otra. El ámbito administrativo y educativo deben visibilizar claramente la igualdad entre mujeres y hombres. La vinculación de la Constitución a los poderes públicos supone un deber general positivo de desempeñar sus funciones y competencias siempre de acuerdo con los preceptos constitucionales. Ello no significa una adhesión ideológica ni conformidad con todo su contenido, pero sí el respeto de esta. Por esta razón, para dar cumplimiento al art.9.2 CE y a las políticas públicas que se han tomado conforme a este precepto, hay que observar adecuadamente el uso del lenguaje no sexista. Para conseguir la igualdad real y efectiva no sólo se necesita la responsabilidad de los poderes públicos, sino también la participación en este ámbito del sector privado y de las relaciones entre los particulares.

¹¹ Por ejemplo, las «Guías para el uso no sexista del lenguaje» realizado por el Instituto de la Mujer, consultado en <https://bit.ly/3y4g09W>. O la «Guía de lenguaje no sexista» realizado por la UNED. Consultado en <https://bit.ly/3y7jmJ4>

Obviamente, se tiene que respetar los principios de libertad y autonomía contractual, pero hay que coordinarlos con la promoción de la igualdad entre mujeres y hombres. En este sentido, ¿en los ámbitos de índole privada no deben utilizar lenguaje libre de sexismo? la respuesta es sí, deben hacerlo, así lo establece nuestro ordenamiento jurídico. Ahora bien, hay veces que el contexto puede necesitar que no se produzca un desdoblamiento o el uso específico de la palabra «ciudadano», en vez del término más genérico «ciudadanía». Habrá que asegurarse de poder hacer un uso adecuado del lenguaje manteniendo la esencia del contenido del discurso. Por otro lado, podemos encontrarnos con la traducción actual de una obra del siglo XIX, ¿es necesario utilizar lenguaje no sexista aunque el autor o la autora no lo utilizara por pertenecer a otra época?

En relación al género discursivo, nos referimos a si estamos ante una conversación, una entrevista, una conferencia, una carta, una convocatoria, un formulario, un programa de televisión o un programa de radio, entre otros. No significa que en algunos de estos géneros se pueda utilizar un lenguaje sexista, no es esa la problemática, sino dilucidar cuáles serán las reglas del uso de lenguaje libre de discriminación más convenientes para cada género discursivo. Por lo que respecta al canal de comunicación hay que observar si se produce de manera oral o escrita. Un escrito debe poner una mayor atención en cuanto al uso del lenguaje no sexista, por la capacidad de revisión y de observar con detenimiento las reglas necesarias para evitar cualquier tipo de discriminación. En un canal de comunicación oral es más difícil controlar en cada momento el uso de este lenguaje no sexista. No obstante, el conocimiento de las reglas propuestas por los lingüistas a tal efecto y la asimilación de las mismas ayuda a poder utilizar fluidamente de forma oral un lenguaje libre de sexismo.

Cuando se habla del registro, se hace referencia a si éste es formal o coloquial. El registro formal es el que se desprende de la norma culta de la lengua. Es el lenguaje que se aprende en los años de formación. En este caso, la exigencia del lenguaje no sexista es mucho mayor que en el caso de un registro más coloquial. Finalmente, hay que tener en cuenta a las personas a las que se apela. Si se apela en exclusiva a un público masculino, por ejemplo, no tiene ningún sentido realizar un desdoblamiento, lo mismo que si se apela a un público femenino no se puede utilizar el género masculino como genérico. Ahora bien, una cosa es saber a quién se está apelando y otra bien distinta es que el contenido que se pueda desarrollar ante ese público esté libre del uso del lenguaje no sexista.

IV. INFORME DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA SOBRE LA INCLUSIÓN DE LENGUAJE NO SEXISTA EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

El 16 de enero de 2020, la Real Academia Española (RAE) publicó su informe sobre la idoneidad de incluir el uso del lenguaje inclusivo en la

Constitución española, tras atender a la solicitud de la Vicepresidenta del Gobierno, Doña Carmen Calvo Poyato, sobre este asunto. Este informe desaconseja reformar la Carta Magna para adecuarla al lenguaje inclusivo. Con este fin, expone diferentes argumentos para justificar esta postura. No se trata en este trabajo de analizar uno a uno todos los puntos desarrollados en el mencionado informe, en primer lugar, porque existen cuestiones que son propias de la lingüística y que escapan a los conocimientos de una constitucionalista. En segundo lugar, porque hay razonamientos en el estudio de la RAE que pueden ser aceptables y válidos. Lo que se va a tratar de hacer en los siguientes párrafos es poner de manifiesto que algunos de ellos pueden ser rebatidos en cuanto al uso del lenguaje no sexista.

La reforma constitucional se ha convertido en un tema complejo con difícil solución y sin visos, actualmente, de conseguir las mayorías parlamentarias necesarias para llevarla a cabo (Pérez Tremps, 2018, 25-96; López Aguilar, 2021, 199-218). Temas fundamentales como la derogación de la preferencia del varón sobre la mujer en la sucesión al trono para que no haya contradicciones dentro del propio texto constitucional, o la necesaria reforma autonómica no parecen prontas a su modificación. La inclusión del lenguaje no sexista en los artículos constitucionales está revestida de una fuerte polémica donde no parece que tampoco haya consenso. Por esta razón, también parece complicada su posible reforma. Aunque el informe de la RAE no sea vinculante y, por tanto, sea posible modificar el texto para incluir un lenguaje libre de sexismo, otros son los problemas que acontecen en esta y en otras propuestas de reforma constitucional. En recientes declaraciones a la Cadena SER, el Presidente del Tribunal Constitucional, Don Pedro González-Trevijano Sánchez, expuso claramente que «por un lado las constituciones tienen vocación de permanencia y estabilidad porque establecen las reglas fijas de convivencia, pero simultáneamente, y lo decía el presidente Jefferson, y yo lo comparto, las generaciones modernas, las generaciones venideras tienen derecho a organizar su vida jurídico política de acuerdo con las exigencias de los nuevos tiempos. En consecuencia y con carácter general, reformar la Constitución y acomodar algunos puntos a las nuevas exigencias de los tiempos me parece una medida en principio válida y, en segundo lugar, razonable [...]»¹².

¹² Declaraciones realizadas en la Cadena SER el día 7 de diciembre de 2021, transcripción propia. El Presidente del Tribunal Constitucional continúa: «[...] Siempre que se insta a un proceso de reforma constitucional los catedráticos en la universidad solemos establecer una hoja de ruta. La hoja de ruta consiste en abrir la reforma de la Constitución en momentos de distensión política y antes de abrir la reforma de la Constitución hay que saber tres cosas: primero, qué se reforma, segundo, porqué se reforma y tercero, de acuerdo con qué criterios se reforma». Consultado en <https://bit.ly/3DtQ5tm>

En cuanto al informe de la RAE, lo primero que dice es que esta institución toma «como referencia el uso mayoritario de la comunidad hispanohablante en todo el mundo». Además, manifiesta que el fin de esta Academia no se encuentra en impulsar, dirigir o frenar los cambios lingüísticos. Estos cambios deben venir de manera natural y espontánea de las personas hablantes. Por otro lado, define a la Constitución como «un modelo del uso común del español, y que ello ha de ser compatible con que se perciba en él su valor político como la más alta declaración de los derechos y deberes de todos los ciudadanos, sea cual sea su sexo, y especialmente como símbolo de su igualdad efectiva en todos los ámbitos de la sociedad». En relación con los derechos y deberes nuestra declaración constitucional reconocida en el Título I recoge expresiones que por su formulación son completamente compatibles con un lenguaje no sexista. Por ejemplo, la utilización de formas impersonales, como las del art. 16, o la utilización de «toda persona» en el artículo 17. En otras ocasiones las expresiones «los españoles» o «los ciudadanos» han acarreado más problemas. El dilema aquí se planteó en torno a si las personas extranjeras podían ser titulares de estos derechos. El artículo 14 habla de los españoles y el artículo 23 menciona exclusivamente a los ciudadanos. Estos casos fueron resueltos por nuestro Tribunal Constitucional (STC 107/84). Ambos son derechos fundamentales que pueden entenderse como universales, no obstante, su formulación no daba a entender esto. De ahí la importancia del uso del lenguaje. Nuestro Alto Tribunal estableció que los derechos fundamentales son imprescindibles para garantizar la dignidad de las personas y que, por tanto, las personas extranjeras podían ser titulares de estos derechos, exceptuando los derechos de participación política, esto es, los del artículo 23 ya que la propia Constitución los excluía. Esa exclusión tiene que ver con el término «ciudadanos» utilizado en dicho precepto. Sin embargo, la expresión «los españoles» del artículo 14 no podía excluir a las personas extranjeras de ser titulares del derecho a la igualdad ante la ley. De ahí que la utilización de uno y otro término no resulte baladí y pueda dar lugar a ambigüedades que planteen dificultades constitucionales.

La RAE manifiesta que el uso del género masculino es perfectamente legítimo e incluye a los dos sexos, pero ya hemos podido observar que esta es una cuestión que se viene investigando y desarrollando desde los años setenta del siglo XX. De esta manera, esta Academia obvia en todo su informe este debate así como la legislación actual sobre lenguaje no sexista, y las guías utilizadas por todas las Administraciones Públicas que contemplan reglas lingüísticamente adecuadas para dejar de utilizar de forma abusiva del masculino genérico. Ya hemos visto que no se trata de hacerlo desaparecer, pero sí de limitar un uso que puede ser perjudicial y puede perpetuar una de las discriminaciones prohibidas específicamente por el artículo 14 de nuestra Carta Magna.

En este mismo sentido, la RAE recoge una afirmación curiosa: «En ciertos casos, poco numerosos, el masculino plural no se usa en español con interpretación inclusiva. Es raro que la expresión *los enfermeros* abarque a las enfermeras, y más raro todavía que la expresión *los monjes* comprenda a las monjas, o que *los brujos* incluya a las brujas. En el primer caso (*enfermeros*) la ausencia de interpretación inclusiva se debe a la tradicional prevalencia de la mujer en el desempeño de la enfermería [...] Como es lógico, si se desea hacer referencia a las mujeres en todos esos casos, será necesario usar fórmulas que las abarquen explícitamente». Como la enfermería es una profesión de mujeres, se entiende que cuando se alude a los enfermeros sólo se refiere a hombres que realizan esta profesión. Este es un caso claro de las paredes de cristal. La discriminación por razón de sexo ha creado muros invisibles que compartimentan el desarrollo profesional. Se produce una segmentación horizontal donde la mujeres trabajan en sectores con una remuneración menor y un menor dinamismo. Ellas trabajan en los sectores más relacionados con el cuidado, como puede ser el sector de la salud. (Nuño Gómez, 2009, 205-232) El artículo 27 de la Constitución habla de «profesores». En esta profesión, en 2019, el 65% eran mujeres, y en enseñanzas no universitarias ese porcentaje aumentaba hasta el 71,9%¹³. Es decir, que estamos ante una profesión donde la prevalencia de la mujer es significativa, y no sólo en los últimos años. Sin embargo, la RAE entiende que en este caso es adecuado el uso del género masculino para abarcar a ambos sexos. El uso sexista del lenguaje se observa claramente cuando se utiliza un término en masculino siendo el referente apelado mayoritario las mujeres (Briz Gómez, 2011, 117).

Por lo que respecta al uso de una construcción impersonal, la RAE piensa que hacerlo de manera general y sistemática puede crear un texto indeterminado y ambiguo. Es más, mantiene que esto puede acarrear una discriminación hacia los varones, sin desarrollar el porqué de esta afirmación. No obstante, si acudimos de nuevo al Título I de la Constitución, aquel que apela más concretamente a la ciudadanía, encontramos constantemente construcciones impersonales tales como «Se garantiza», «Nadie», «Toda persona», «Se reconocen», que se repiten asiduamente en dicho título, mucho más que el masculino genérico o las expresiones «los españoles» o «los ciudadanos». En otros Títulos de la Constitución, donde se mencionan instituciones propias de nuestra separación de poderes no parece muy perjudicial utilizar «presidencia del Gobierno» en vez de «presidente del Gobierno». Ya sabemos que lo que no se nombra no existe y crear una fórmula en la que puedan incluirse los dos sexos sin discriminar a ninguno, puede ser beneficioso para la consecución de la igualdad entre mujeres y hombres.

¹³ Consultado en el Ministerio de Educación y formación profesional <https://bit.ly/3ILW6vs>

En las conclusiones del informe, la RAE manifiesta que frente a las dos interpretaciones de la expresión lenguaje inclusivo, la Constitución de 1978 opta por la segunda. Estas dos interpretaciones, que se exponen al principio del informe son, en primer lugar, la restrictiva donde las referencias expresadas a las mujeres se producen a través de palabras de género femenino o usando términos que rehúyan el uso masculino como genérico. En segundo lugar, se encuentra la interpretación más amplia que ampara que los términos en masculino incluyen a hombres y mujeres cuando el contexto es claro. Desde mi punto de vista, el informe de la Academia se ha basado únicamente en el método gramatical de aplicación de las normas jurídicas, sin tener en cuenta otros métodos de interpretación que se deben aplicar a nuestra Constitución. El método sistemático dispone que hay que acercarse al texto normativo en relación con su contexto. No hay que tomar frases aisladas porque pueden parecer tener un significado que no es (STC 103/1990). Asimismo, el método histórico tiene en cuenta los antecedentes históricos y legislativos (SSTC 67/1983, 94/1985, 120/1987)¹⁴. Las normas deben interpretarse observando las razones y las circunstancias sociales de la época en la que la norma se aprobó¹⁵ (García Cuadrado, 2002, 219-220). Por esa razón, teniendo en cuenta que el texto constitucional es de 1978, que el debate sobre el lenguaje no sexista se había abierto pocos años antes en los Estados Unidos de América y todavía no había llegado con toda su fuerza a España, no parece que los constituyentes decidieran decantarse por la interpretación amplia de la expresión lenguaje no sexista o inclusivo frente a la interpretación restrictiva. La RAE otorga al poder constituyente español una decisión inverosímil teniendo en cuenta el método de interpretación histórico y sociológico.

Con respecto al análisis comparativo que se hace en este estudio, se han utilizado cuatro países hispanohablantes (Chile, Colombia, México y Venezuela) y tres países de Europa en los que se habla una lengua románica (Francia, Italia y Portugal). Sólo en una de las Constituciones investigadas se utiliza un lenguaje no sexista, la venezolana de 2009, la más reciente. No se menciona explícitamente el año de publicación de ninguna otra de estas Constituciones lo que, a mi modo de ver, es una laguna destacable. Las Constituciones europeas analizadas fueron aprobadas en 1947 (Italia), 1958 (Francia) y 1976 (Portugal). La Constitución mexicana es de 1917 y la colombiana de 1991. La Constitución chilena es de 1980 pero dado el proceso de elaboración de una

¹⁴ En la STC 27/1981, el Alto Tribunal dijo que «el ordenamiento jurídico, por su propia naturaleza, se resiste a ser congelado en un momento histórico determinado: ordena relaciones de convivencia humana y debe responder a la realidad social de cada momento, como instrumento de progreso y perfeccionamiento.» (Fundamento Jurídico 10).

¹⁵ Además de los tres métodos señalados hay que incluir el método teleológico o finalista cuyo fin es observar el espíritu y la finalidad de la Constitución, y el método comparado.

nueva Constitución, creo que sería aconsejable esperar a ver qué va a pasar con este aspecto en el próximo texto constitucional chileno. Algunas de las fechas indicadas son anteriores a que se iniciara el debate sobre el lenguaje no sexista y otras, aunque su aprobación fue posterior, no era una cuestión que tuviera la fuerza que posee actualmente, y no existían normas en los sistemas de Fuentes del Derecho que regularan el uso del lenguaje libre de sexismo. Lo que sí que creo que podría haber apuntado la RAE es el fenómeno que se puede observar de esta comparación, y es que cuando se elabora una nueva Constitución se tiene en cuenta el lenguaje que esta institución denomina como inclusivo, mientras que algunas constituciones ampliamente reformadas, como la francesa o la italiana no han introducido este lenguaje. El método comparado de interpretación es muy adecuado pero también hay que tener en cuenta que se puede avanzar más allá de los países cercanos en materia de derechos y libertades, como es el caso del matrimonio entre personas del mismo sexo que fue aprobado por primera vez en Países Bajos en el año 2000 y actualmente se extiende a más de treinta países de todo el mundo.

V. CONCLUSIONES

El uso del lenguaje no sexista ha sido introducido en nuestro ordenamiento jurídico a través de diferentes normativas tanto internacionales, europeas, como nacionales, en su acepción central y en su acepción autonómica. Dicha normativa no obliga a su utilización ni impone sanciones en caso de no hacerlo, pero lo que sí que demuestra es que esta cuestión cada vez va adquiriendo más importancia y se ha convertido en un componente crucial para intentar conseguir la igualdad entre mujeres y hombres. Su importancia simbólica, por un lado, y material por otro, no dejan duda a que en los próximos años su aplicación podrá ir aumentando, sobre todo en los espacios públicos.

La constitucionalidad del lenguaje libre de sexismo ha quedado patente tras analizar el artículo 14 y el artículo 9.2 de nuestra Constitución. La consecución de la igualdad formal y efectiva pasa por tomar medidas eficaces que ayuden a acabar con esta discriminación. El mandato que el precepto noveno da a los poderes públicos abre la puerta a crear y tomar acciones positivas cuyo objetivo sea acabar con la desigualdad histórica y estructural que sufren las mujeres. Se ha podido observar que no es un problema propio de España, sino que la utilización de un lenguaje no sexista debe ser una disposición general para todo el planeta. Sólo así se podrá consensuar una nueva manera de hablar y comunicarse.

El empleo del lenguaje no sexista ha sido y es un tema sumamente polémico que ha establecido posiciones muy encontradas y de difícil acercamiento. El miedo a modificar el lenguaje de manera abrupta planea sobre la doctrina contraria a esta utilización del lenguaje. Sin embargo, y consultado

con profundidad las guías de comunicación no sexista (Briz Gómez, 2011), se puede poner de relieve que las posiciones favorables a un lenguaje libre de sexismo no intentan crear reglas nuevas ni hacer cambios sustanciales en el lenguaje, simplemente buscan utilizar las normas existentes de la lingüística para adecuarlas a la visibilización de los dos sexos cuando procedemos a comunicarnos. Cuando no nombramos una persona, un sentimiento, una acción, un objeto, entonces lo estamos destinando a su inexistencia. Su posición en la sociedad comienza por su nombramiento. Los defensores liberales de los derechos y libertades tenían claro que estos eran inalienables y pertenecían a los individuos por el mero hecho de serlo. De esta manera, los derechos y libertades no pertenecían a ninguna organización política, por eso las declaraciones sólo se encargaban de afirmarlos, no de concederlos ni otorgarlos. Una parte doctrinal y política mantenía que gracias a esta teoría no hacía falta realmente que los derechos se recogieran en la Constitución (Baylin, 2012, 191-193). Este posicionamiento rápidamente quebró: que expresamente el texto constitucional reconociera y nombrara los derechos y libertades era esencial para su cumplimiento y garantía.

La discusión sobre la necesidad de usar un lenguaje libre de sexismo nace en los años setenta del siglo XX en los Estados Unidos de América, aunque no será hasta principios del siglo XXI que se extenderá entre el discurso académico y las esferas políticas y sociales. El lenguaje en principio no es sexista, es el uso que de él se haga el que provoca situaciones donde el sexo femenino se encuentra en una posición de inferioridad. Hay toda una serie de elementos que influyen en este uso y que deben ser considerados a la hora de trazar las reglas necesarias para conseguir emplear el lenguaje sin que provoque discriminación. Estos elementos son el contexto y en concreto el ámbito, el género discursivo, el canal de comunicación, el registro o las personas a las que se apela.

En el año 2020 la Real Academia española publicó un informe sobre la idoneidad de modificar nuestra Carta Magna e introducir un lenguaje no sexista en sus preceptos. Su conclusión fue que no era necesario realizar esta reforma. No obstante, y desde mi punto de vista, este informe muestra algunas lagunas destacables en cuanto a la justificación de esta decisión. Parece, tras la lectura de dicho estudio, que hay una especial preocupación por el desdoblamiento de las palabras en género masculino y femenino. En cambio, ninguna de las guías consultadas aconseja la utilización constante y automática de dichos desdoblamientos. Además, se puede entender que el uso masculino genérico puede utilizarse de vez en cuando, y cuando el contexto lo requiera, pero sin abusar de él. No queda tan claro porqué las fórmulas impersonales pueden discriminar al varón, como se recoge en la página 89 de dicho informe. Lo cierto es que la Constitución ya recoge numerosas construcciones impersonales, sobre todo en su Título I. La defensa acérrima de

que las profesiones se puedan nombrar sólo con el género masculino queda fuera de cualquier recomendación realizada en torno al uso del lenguaje no sexista. Incluso lingüistas que no son defensores de dicho uso entienden que en las profesiones se debe hacer referencia al género concreto del profesional, o sustituirlo por un término que pueda englobar a ambos sexos.

El uso del lenguaje libre de sexismo es una realidad que ha sido expresada de diferentes maneras en muchos foros, económicos, sociales, políticos, culturales, académicos, de investigación. Podemos observar que hay una inquietud cada vez más acuciante con respecto a este asunto que afecta al 51% de la población mundial. Intentar que no se tenga en cuenta y que no se produzca una evolución en el lenguaje hacia esta dirección no parece una decisión acertada. Sobre todo porque actualmente poseemos un gran número de documentos académicos y de investigación que marcan unas pautas coherentes y que consiguen complementar la esencia de nuestra lengua con una evolución hacia la erradicación de la discriminación por razón de sexo también en esta dimensión.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO GARCÍA, E. (1983). «El principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución española». *Revista de Administración Pública*, n.ºs 100-102. Enero-diciembre.
- AZNAR MINGUET, P. (2008). *Educación, género y políticas de igualdad*. Valencia: Universidad de Valencia.
- BAILYN, B. (2012). *Los orígenes ideológicos de la Revolución norteamericana*. Madrid: Tecnos.
- BOLAÑOS CUÉLLAR, S. (2013). «Sexismo lingüístico: aproximación a un problema complejo de la lingüística contemporánea». *Forma y Función*, 26(1), págs. 89-110.
- BOLÍVAR, A. (2019). «Una introducción al análisis crítico del ‘lenguaje inclusivo’». *Literatura y Lingüística*, n.º 40.
- BOSQUE MUÑOZ, J. I. Coord. (2009). *Nueva gramática. Morfología y sintaxis*, Madrid: Real Academia Española.
- BRIZ GÓMEZ, A. Coord. (2011). *Guía de comunicación no sexista*, Madrid: Instituto Cervantes.
- CALERO FERNÁNDEZ, M.ª A. (1999). *Sexismo lingüístico. Análisis y propuestas ante la discriminación sexual en el lenguaje*. Madrid: Narcea.
- CARMONA CUENCA, E. (2018). «Los principales hitos jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de igualdad de género». *Revista Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 42.
- DÍAZ HORMIGO, M. T. (2018). «Repercusiones y vigencia del uso de las propuestas para evitar la denominada ‘discriminación lingüística por razón de sexo’». *Actas do XIII Congreso Internacional de Lingüística Xeral*, Vigo, 26.
- FIGUERUELO BURRIEZA, A. (2004). «La mujer en la Constitución española». *Letras Jurídicas*, volumen 9, enero-junio.

- GARCÍA CAMPAÑA, A., HIDALGO LACALLE, M., LÓPEZ LEÓN, M. C., ROMÁN ALMENDROS, M. R. (2018). «Los micromachismos en los adolescentes. Su asociación con las relaciones de pareja y el modelo de maternidad y paternidad». *Revistas — Cultura de los Cuidados — Año XXII*, n.º 51.
- GARCÍA CUADRADO, A. M^a. (2002). *El ordenamiento Constitucional (un enfoque histórico y formal de la Teoría de la Constitución y de las Fuentes del Derecho)*, Alicante: Editorial Club Universitario.
- GIMÉNEZ GLUCK, D. (1999). *Una manifestación polémica del principio de igualdad. Acciones positivas moderadas y medidas de discriminación inversas*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- LAKOFF, R. (1981). *El lenguaje y el lugar de la mujer*, Barcelona: Editorial Hacer.
- LÓPEZ AGUILAR, J. F. (2012). «De la constitución irreformable a la reforma constitucional exprés». *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 29.
- LÓPEZ GUERRA, L. (2002). «Igualdad, no discriminación y acción positiva en la C.E. de 1978». En AAVV. *Mujer y Constitución en España*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.
- LOZANO DOMINGO, I. (1995). *Lenguaje femenino, lenguaje masculino. ¿Condiciona nuestro sexo la forma de hablar?* Madrid: Minerva Ediciones.
- MONTILLA MARTOS, J.A. (1997). «El mandato constitucional de promoción para la igualdad real y efectiva en la jurisprudencia constitucional. Su integración con el principio de igualdad». En AAVV. *Estudios de Derecho Público (Homenaje a J.J. Ruiz-Rico)*. Madrid: Tecnos.
- NUÑO GÓMEZ, L. (2009). «El empleo femenino en España y en la Unión Europea». *Revista de Investigaciones Feministas*, vol. 1.
- PAUWELS, A. (1998). *Women changing language*, London & New York : Addison Wesley Longman.
- PÉREZ LUÑO, A. E. (2007). *Dimensiones de la igualdad*. Cuadernos «Bartolomé de las Casas», n.º 34. Madrid: Dykinson.
- PÉREZ TREMPES, P. (2018). *Las reformas de la Constitución hechas y no hechas*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- REY MARTÍNEZ, F. (1995). *El derecho fundamental a no ser discriminado por razón de sexo*, México: Consejo nacional para Prevenir la Discriminación.
- SASTRE RUANO, M.^a A., CALERO VAQUERA, M. L., LLITERAS, M. (2003). *Lengua y discurso sexista*. Guía de estilo 1. Valladolid: Junta de Castilla y León.
- SUARDIAZ, D. E. (2002). *El sexismo en la lengua española*. Zaragoza: Libros Pórtico.

LOS INDULTOS DEL PROCÉS Y EL PAPEL DEL REY

The ponds of the process and the role of the king

Tiffany Sánchez-Cabezudo Rina

Doctora en Derecho
Universidad Rey Juan Carlos

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-69\(2\)-2021pp249-262](http://dx.doi.org/10.18543/ed-69(2)-2021pp249-262)

Recibido: 29.07.2021

Aceptado: 13.12.2021

Resumen

España está viviendo una situación de inestabilidad política con Cataluña que ha desembarcado en la concesión de los indultos a los *presos del procés*. Este hecho ha supuesto un giro en el panorama nacional, no sólo desde el punto de vista político sino desde el punto de vista jurídico, por el hecho de que el Tribunal Supremo se ha opuesto en el informe que emitió antes de su concesión, un trámite necesario al mismo. Ante este conflicto entre dos de los tres poderes del Estado, ha hecho que salten las alarmas acerca de cuál es el papel que el Rey de España tendría que haber desempeñado. Y es que, el Rey en la facultad que le es concedida en la Constitución Española, como Jefe del Estado símbolo de la unidad y permanencia de España, ¿podría haberse opuesto a ejercer la prerrogativa real de gracia?

Palabras clave

Rey, indultos, Ley de Indulto, prerrogativa real de gracia, monarquía parlamentaria, funciones del Rey.

Abstract

Spain is experiencing a situation of political instability with Catalonia, which has led to the granting of pardons to the prisoners in the process. This fact has supposed a turn in the national panorama, not only from the political point of view but from the

legal point of view, due to the fact that the Supreme Court has opposed in the report that it issued before its concession, a procedure that the Pardon Law establishes, to its concession. Faced with this conflict between two of the three powers of the State, it has raised alarms about what role the King of Spain should have played. And it is that, the King in the faculty that is granted to him in the Spanish Constitution, as a symbol of the unity and permanence of Spain, could he have opposed exercising the prerogative of the royal right of grace?

Keywords

King, pardons, Pardon Law, royal prerogative of grace, parliamentary monarchy, functions of the King.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. ORIGEN Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL INDULTO. III. LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978: LAS FUNCIONES DEL REY EN UNA MONARQUÍA PARLAMENTARIA. IV. LA PRERROGATIVA REAL DE GRACIA. V. CONCLUSIONES. VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

En este artículo de investigación se aborda un tema importantísimo que ha surgido a raíz de los indultos que el Gobierno actual ha otorgado a los políticos condenados por el *process*.

Para situarnos, vamos a intentar contextualizar los hechos. Desde, aproximadamente el 2010 se viene asistiendo a un debate social y político sobre la autodeterminación y la independencia de Cataluña, que culmina en el 2017 con la Ley del referéndum de autodeterminación de Cataluña y la Ley de transitoriedad jurídica y fundacional de la República¹.

Estas dos leyes fueron declaradas inconstitucionales por el Tribunal Constitucional, sin embargo, los partidos independentistas en el clamor de su lucha política, llevaron a cabo un Referéndum independentista sobre Cataluña, sin ninguna base legal, y pasando por alto lo que se recoge en el artículo 2 de la Constitución Española, cuando se proclama que la «Constitución garantiza la indisoluble unidad de la nación Española, patria común indivisible de todos los españoles (...)»².

Esta situación desencadenó en que, alguno de los políticos que llevaron a cabo estas actuaciones fueran condenados por delitos de rebelión, sedición, malversación y desobediencia, lo que se ha denominado como *el juicio del process*. Otros políticos se fugaron al extranjero, como fugitivos o exiliados.

Sin embargo, al margen de la sentencia a la que fueron condenados, el Gobierno actual ejerciendo el valiosísimo derecho de gracia —que ostenta el Rey—, ha concedido los indultos a los autores de estos delitos, bien porque considera que es necesario «perdonar» a los autores o por motivos políticos. Motivos aparte, este artículo pretende llevar a cabo una investigación sobre los indultos, ya que se han otorgado aún en contra de lo que el

¹ Ley 20/2017, de 8 de septiembre, de transitoriedad jurídica y fundacional de la República. Diario Oficial de la Generalitat de Catalunya n.º 7451A — 8.9.2017. La Ley 19/2017 del referéndum de autodeterminación de Cataluña Órgano. Diario Oficial de la Generalitat de Catalunya n.º 7449A de 06 de Septiembre de 2017.

² Artículo 2 de la Constitución Española. «La Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles, y reconoce y garantiza el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran y la solidaridad entre todas ellas».

Tribunal Supremo ha valorado, y evaluar el papel del Rey ante este conflicto institucional.

Para ello, vamos a proceder realizar un análisis histórico sobre el indulto, intentando establecer su origen y evolución.

II. ORIGEN Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL INDULTO

En un Estado social y democrático la división de poderes que propuso Montesquieu hizo que una nueva forma de Estado naciera. De esta forma, tenemos un poder legislativo, ejecutivo y judicial. Éste último poder es el que se le otorga a los Jueces y Tribunales, que son los encargados de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, aunque, en la mayoría de los sistemas democráticos han mantenido la figura del indulto, atribuida al poder ejecutivo, dejando sólo la posibilidad de que el poder judicial se pronuncie al respecto, sin que su decisión sea vinculante. No se trata de volver a revisar una decisión, ni tampoco porque el poder ejecutivo considere que la condena impuesta por el poder judicial sea incorrecta, sino que ateniendo a la facultad de perdón que le es otorgada, ejerce ésta, teniendo en cuenta las circunstancias y hechos que rodean al supuesto en cuestión (Linde Paniagua, 2000: 162).

Sin embargo, a pesar de que se trata de una decisión que le corresponde al poder ejecutivo, realmente, en base a la Constitución Española, es una facultad que el Rey ejerce, de hecho se puede definir como, aquella facultad otorgada al Rey para perdonar la pena, es decir, se trata de una renuncia del ejercicio del poder punitivo del Estado, fundado en razones de equidad, oportunidad o conveniencia pública (Rodríguez Llamosí, 2017: 8).

Su origen, siguiendo a Rodríguez Llamosí, lo encontramos en los godos, en el Canon 8º del Concilio VI de Toledo del 636, el cual dio la prerrogativa de gracia al Príncipe (Rodríguez Llamosí, 2017: 8). A partir de este momento, los textos legislativos fueron sucediéndose, señalando este mismo autor que, el primer cuerpo legal que tuvo España fue el Fuero Juzgo. Este texto legislativo concedía al Rey la gracia previa audiencia del Consejo de Miembros de la Iglesia y el de los Mayores de la Corte.

Uno de los textos legislativos de indulto más importantes fue llevado a cabo por Alfonso X el Sabio en las Siete Partidas. La Partida Séptima establecía que el perdón se concede no sólo por el Monarca sino, por nobles o señores dividiéndose los indultos en generales y particulares. Por lo que se refiere a la Ley XII del Título XVIII de la Partida III, el Rey podía perdonar a un criminal el cumplimiento de la condena que le haya sido impuesta pero con las limitaciones del derecho que sobre el delincuente indultado y en los términos señalados por la ley (Rodríguez Llamosí, 2017: 8).

El hecho de haberse otorgado la facultad de indultar no sólo al Monarca, sino a los nobles o señores, hicieron que se utilizaran de forma abusiva, de tal

manera que, ante esta situación, el Rey Juan I aprobó el Ordenamiento de las Cortes de Briviesca de 1387 en el que establecía que sólo el Rey era el que tenía la potestad de conceder el indulto, no siendo válido ninguno que no fuera firmado y sellado por él.

En 1484 se encargó por los Reyes Católicos a Alonso Díaz de Montalvo que se realizara una recopilación jurídica de la Historia de España, publicándose bajo el título de Ordenanzas Reales de Castilla. En el Título XLII se mantiene que será el Rey el único que tenga la potestad para otorgar los indultos. En 1567 Felipe II sanciona una nueva Recopilación, en el que algunas de las leyes que recoge es la del derecho de gracia, en cual se concede en exclusiva al Rey.

En el año 1759, hubo un hecho que dio lugar a una tradición española que a día de hoy la seguimos teniendo. Estando Carlos III reinando, hubo una peste que asoló a la población malagueña. Debido a ello, se acordó suspender la Semana Santa ese año. Para que la procesión se mantuviera, los presos de la cárcel se ofrecieron a llevar la imagen de Jesús el Rico, pero tal petición les fue denegada, dando lugar a un motín de los presos, que acabó en que los presos se fugaron de la cárcel para sacar la imagen de Jesús el Rico. Tras la procesión, regresaron a la misma. Al día siguiente ocurrió un hecho insólito, y es que la peste había desaparecido. Tales acontecimientos se atribuyeron a algo sobre natural, lo que dio lugar a que Carlos III otorgara una Pragmática que permitía a la Cofradía de Nuestro Padre Jesús el Rico liberar a un preso cada año, tradición que hoy día se sigue conservando.

Unos años más tarde, concretamente en 1805 se llevó a cabo la Novísima Recopilación de las Leyes de España. Y ya el 18 de junio de 1870 nació la, hoy vigente Ley de Indulto, publicándose en la Gaceta el 24 de junio, entrando en vigor el 14 de julio del mismo año.

Esta ley nace en un momento en el que España se encontraba sin Monarca, algo importantísimo para entender por qué no se recoge nada acerca de cuál es la función del Rey en la concesión del indulto. Y es que, en este momento España se encontraba con un Gobierno provisional que se formó tras el triunfo de la Revolución de 1868, la Gloriosa, y que acabó con el reinado de Isabel II. Este período se caracterizó por: la elaboración de la Constitución de 1869, la asunción de la presidencia del gobierno por parte del general Prim, y por la aprobación de la Ley de Indulto. No sería hasta 1871 cuando España tuviera de nuevo un Rey, Amadeo I de Saboya.

Actualmente tenemos la Constitución de 1978 que recoge en el artículo 62.i) que se otorga al Rey ejercer el derecho de gracia con arreglo a la Ley —ni que decir tiene que se refiere a la Ley de Indulto de 1870—³.

³ Artículo 62.i) de la Constitución Española de 1978.

Como se puede observar, a lo largo de la historia desde que nace la potestad del derecho de gracia, encontramos que, a quien se le otorga la facultad de conceder indultos es al Monarca, de hecho, así se mantiene hoy día en nuestra actual Norma Fundamental. Como señala Conde, es el Rey el que tiene esa «preciosa» prerrogativa (Conde, 2021:3). Sin embargo, es necesario analizar cuáles son las funciones del Rey en una Monarquía parlamentaria, para poder analizar cuál es el alcance de la potestad del Rey en la concesión de los indultos.

III. LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978: LAS FUNCIONES DEL REY EN UNA MONARQUÍA PARLAMENTARIA

La Constitución Española de 1978 recoge que es el Rey quien tiene la potestad para conceder indultos de acuerdo con la Ley.

Hete aquí la cuestión que planteamos, ¿se podría haber negado el Rey a firmar el indulto teniendo en cuenta que una de sus funciones principales es el ser símbolo de la unidad y permanencia del Estado, y arbitrar el funcionamiento regular de las instituciones? No cabe duda de que el asunto del independentismo en España es una cuestión que está provocando un resquebrajamiento en la unidad del Estado español.

Para poder responder a esta cuestión sería necesario empezar por el principio. La forma política de España es una Monarquía parlamentaria⁴, en otras palabras, hay un Monarca y un parlamento. Es necesario recordar el contexto histórico en el que nace la Constitución Española pues, se acababa de salir de una Dictadura en el que el General Francisco Franco tenía todo el poder en sus manos, por ello, conceder al Rey unas facultades absolutas era cuanto menos impensable. La forma de gobierno se tenía que modernizar por ello, se estableció que hubiera un parlamento pero con un Rey como Jefe de Estado.

Y así, la Constitución recoge que «el Rey es el Jefe del Estado, símbolo de su unidad y permanencia, arbitra y modera el funcionamiento regular de las instituciones(...)⁵».

Como podemos ver, el principio del artículo 56 es bastante claro, apoyando lo que dice Fernández Campo, el Rey es el encargado de mantener la unidad y la integridad de la Patria ante las aspiraciones separatistas de algunas comunidades autónomas. Claro está que, la situación en la que actualmente nos encontramos con Cataluña es esto, una aspiración separatista, con el único objetivo de fracturar la Nación Española (Fernández Campo,

⁴ Artículo 1.3 de la Constitución Española de 1978: La forma política del Estado español es la Monarquía parlamentaria.

⁵ Artículo 56 de la Constitución Española de 1978.

2009:42). Por lo tanto, es el Rey, única y exclusivamente el que tiene que mantener esa unidad, y para ello dice la Constitución que tiene la función de arbitrar y moderar el funcionamiento regular de las instituciones.

Para que lo entendamos lo explicaré lo más simbólico posible. Nuestra Constitución establece tres poderes: el poder ejecutivo, el legislativo y el judicial. El poder ejecutivo lo tiene el Gobierno, el poder legislativo las Cortes Generales y el poder judicial los jueces y tribunales. ¿Entonces, donde se encuentra el Rey? Fuera de estos tres poderes, pues es el Jefe del Estado Español cuya misión es la de moderar estos tres poderes, de servir como mediador en el caso de que los poderes del Estado entren en conflicto. Podríamos llamarlo *el cuarto poder real*, un poder neutral por encima de estos poderes que se encarga de actuar como mediador en los conflictos que puedan surgir entre ellos.

Por lo tanto, la Constitución establece dos funciones primordiales; arbitrar y moderar el funcionamiento regular de las instituciones.

Como podemos observar tenemos por un lado, el poder moderador. Si acudimos a la RAE, moderar significa «dirigir una reunión en la que varias personas discuten sobre un tema, dando la palabra a los que quieren intervenir». Está claro que aquí el Rey con esta facultad, debe de intentar llevar a cabo la dirección de los conflictos, sin imponer criterios personales, juicios de valor o decisiones finales.

Fernández Campos lo plasma muy bien señalando que en la función moderadora que el Rey ostenta es vital la «formación y la información del Rey sobre los temas más interesantes de la actividad nacional» de esta forma, puede anticiparse al momento en el que la ley vaya a ser una realidad, para llevar a cabo esa función de moderador, de mediador, para que con las oportunas advertencias y consejos pueda plantear los graves inconvenientes que supone adoptar una ley (Fernández Campo, 2009: 42).

Esa función moderadora se plasma en un talante, diplomacia y buen sentido para encauzar una situación que puede ser delicada en la sociedad, sin anteponer sus convicciones personales (Fernández Campo, 2009: 42).

El Rey no puede ejercer una influencia y realizar una síntesis de voluntades, imponiendo un criterio personal. No estamos en un gobierno presidencial donde el Jefe del Estado ha sido elegido por el pueblo, sino que estamos ante una monarquía parlamentaria en el que el Rey tiene que dejar a un lado su voluntad para actuar «en el marco confidencial del diálogo con el Presidente del gobierno, Ministros y Altas Autoridades del Estado» (Fernández Campo, 2009: 44).

Por otro lado, como ya hemos señalado tenemos el poder arbitral. Si nos vamos de nuevo a la RAE, la acepción que tiene arbitrar en materia de Derecho, que es en el tema en el que estamos, señala que se trata de «juzgar como árbitro». ¿Y qué significa árbitro?

Pues de nuevo *con la RAE en la mano*, nos encontramos con varias acepciones, y entre ellas tenemos que es «dicho de una persona que puede hacer o decidir algo por sí solo sin dependencia de otra» así como en Derecho «arbitrador, juez árbitro». Y si nos vamos a juez árbitro tenemos que es, «ser juez árbitro designado por las partes litigantes y que ha de ser letrado, pero no juez oficial, para fallar el pleito conforme a derecho».

En conclusión, el Rey actúa como moderador y árbitro ante los conflictos que surjan entre los distintos poderes del Estado. Evidentemente si nos atenemos a lo visto anteriormente como moderador, no resolvería los conflictos, simplemente llevaría a cabo un acercamiento entre las partes. Pero los constituyentes lo tenían claro, no se le podía otorgar sólo la función de moderador si no que había que ir más allá, había que otorgarle la capacidad para decidir en los conflictos entre los distintos poderes cuando el conflicto no se resolvía con el mero acercamiento de las partes.

Y así es como podemos decir que el Rey, ante el conflicto de los indultos entre el poder judicial y ejecutivo, debía haber resuelto, primero acercando posturas y posteriormente imponiendo una decisión con la única finalidad de mantener el equilibrio del Estado.

Como siguientes funciones que tiene el Rey son las de; expedir los decretos acordados en Consejo de Ministros y la de sanción y promulgación de las leyes.

Expedir los decretos, tal como dice la RAE significa, «dar curso o salida». Para entendernos mejor, se trata de firmar los decretos para posteriormente ser enviados al BOE, tal como dice Conde (2021), el Rey no puede llevar a cabo un debate, en este caso con el Consejo de Ministros, para exponer su opinión acerca de si está o no de acuerdo con él.

Hay que traer a colación lo dicho anteriormente, y es que el Rey es el mero moderador, conciliador y representante de un Estado. Téngase en cuenta que el Rey no cambia cada vez que cambia el Gobierno, de hecho, aunque él tenga —porque tendrá— su propio pensamiento político como todo ciudadano, y será más afín a una u a otra ideología y partido, no puede llevar a cabo un debate sobre los decretos que un Gobierno adopta. Como bien decimos, el Rey no puede oponerse a expedir, a dar curso, y a firmar para dar salida a los decretos acordados en un Consejo de Ministros. Por ello mismo, aceptamos y compartimos la postura de, que como bien dice Conde (2021), el Rey es un mero «expendedor» de los acuerdos del Consejo de Ministros.

Por otro lado, el Rey, como ya dijimos anteriormente, tiene la función de sancionar y promulgar las leyes. Si nos remitimos de nuevo a la RAE, sancionar significa «ratificar o aprobar», y promulgar significa «hacer que algo se divulgue y se propague.»

De esta forma, aunque el Rey no estuviera de acuerdo con una ley aprobada legítimamente, utilizando el sentido común que en Derecho siempre

debe estar presente, si el Rey pudiera oponerse en otras palabras, vetar una norma, la Constitución habría regulado dicho procedimiento, y no sólo eso sino que, si el Monarca pudiera elegir qué normas salen adelante y cuáles no, no tendría la función neutral de la que hablábamos anteriormente. Al fin y al cabo, al tener un pensamiento político y ser más a fin a un partido u a otro, cada vez que gobernara un partido no acorde a su pensamiento político se podría oponer a sancionar y promulgar las leyes que ese Gobierno dictase o inclusive a expedir los decretos acordados en el Consejo de Ministros. En este caso, no estaríamos ante una Monarquía parlamentaria sino absolutista donde el Rey tendría «la última palabra».

En resumen, el Rey es el Jefe del Estado, símbolo de la unidad y permanencia, y tiene la misión de arbitrar y moderar las instituciones del Estado, es decir, tiene el poder de conciliador, no limitándose al acercamiento de las partes sino que si el conflicto pudiera dar lugar a una ruptura del Estado, entonces el Rey tendría la obligación de imponer su laudo arbitral. Evidentemente, creo que es algo transcendental en el Estado Español con tres poderes diferentes, puesto que ante conflictos surgidos entre ellos, el sentido común que se precisa en Derecho, hace que sea un tercero imparcial el que deba de resolverlo. Evidentemente esto no le autoriza para oponerse a expedir decretos acordados o incluso oponerse a las leyes que puedan aprobarse de forma legítima, porque esto no es un conflicto institucional, si no el ejercicio de las facultades atribuida al poder legislativo y al poder judicial.

Pero teniendo en cuenta todo lo expuesto, vamos a pasar ahora a analizar si el Rey podía haberse negado a firmar el indulto acordado por el Poder ejecutivo a los condenados por el «Process». Para ello vamos a analizar en qué consiste la función del indulto atribuida al Rey.

IV. LA PRERROGATIVA REAL DE GRACIA

El indulto, ya hemos dejado claro que es una facultad otorgada al Rey de acuerdo con la Ley de 1870. Por ello es imprescindible que, para poder entender esta facultad, nos vayamos a la citada norma legal.

Ya hemos adelantado que esta Ley fue aprobada en 1870, momento en el que España se encontraba sin Monarca, por ello mismo, el citado texto legal no regula en ningún momento la función del Rey en el desarrollo del indulto.

De hecho, el proceso del indulto es bien claro, se trata de una solicitud dirigida al Ministro de Justicia por conducto del Tribunal sentenciador, del jefe del establecimiento o del gobernador de la provincia en el que el penado se halle cumpliendo la condena.

Ante esta solicitud, se emite un informe del Tribunal sentenciador, pedido por el Ministro de Justicia el cual, le debe pedir al jefe del establecimiento es decir, de la institución penitenciaria en el que el condenado se encuentre

cumpliendo la pena, un informe sobre cómo es la conducta del condenado, si es que éste último está cumpliendo la pena privativa de libertad, porque de lo contrario ese informe deberá de ser emitido por el gobernador de la provincia donde tenga su residencia. Posteriormente se habrá que oír al Fiscal y a la parte ofendida si es que la hay.

Ante esto, el Tribunal sentenciador deberá de constar en su informe, la edad, estado y profesión del penado, su fortuna si fuere conocida, sus méritos y antecedentes, si el penado fue con anterioridad procesado y condenado por otro delito, y si cumplió la pena impuesta o fue de ella indultado, por qué causa y en qué forma, las circunstancias agravantes o atenuantes que hubiesen concurrido en la ejecución del delito, el tiempo de prisión preventiva que hubiese sufrido durante la causa, la parte de la condena que hubiere cumplido, su conducta posterior a la ejecutoria, y especialmente las pruebas o indicios de su arrepentimiento que se hubiesen observado, si hay o no parte ofendida, y si el indulto perjudica el derecho de tercero, y cualesquiera otros datos que puedan servir para el mejor esclarecimiento de los hechos, concluyendo por consignar su dictamen sobre la justicia o conveniencia y forma de la concesión de la gracia.

Este informe junto con la hoja histórico-penal, y el testimonio de la sentencia ejecutoria del penado, será remitido al Ministro de Justicia, con los demás documentos que considere necesarios para la justificación de los hechos.

La Ley de Indulto deja claro que la concesión de los mismos se deberá de emitir por Real Decreto que se insertará en el «Boletín Oficial del Estado»⁷⁶.

Como se puede observar, en el procedimiento de indulto interviene el poder ejecutivo y el poder judicial. El acuerdo del Gobierno se plasma en decreto aprobado por el Consejo de Ministros. Y el Rey en ningún momento interviene. Pero la Constitución dice que el Rey tiene la potestad de ejercer el derecho de gracia de acuerdo con la Ley. Ese derecho de gracia es un decreto que se aprueba en Consejo de Ministros, y por lo tanto, la forma en la que se plasma esta facultad es la de expedir los decretos, y ya hemos dicho que expedir es firmar y dar curso a los mismo.

En este punto, es importante lo que Conde (2021) señala ya que considera que, al regularse el indulto de forma separada al decreto, se trata de una función cuyo tratamiento legal tiene una excepción y no podría ser tratado de la misma manera que los decretos en general.

Se trata así de una excepción a la norma general, es decir, como se puede observar la Constitución diferencia, entre lo que el Rey expide en asuntos generales, y lo que hace en caso de indultos. Pues, en los casos de indulto, dice que es ejercer y no expedir.

⁶ Ley de 18 de junio de 1870 estableciendo reglas para el ejercicio de la gracia de indulto. Publicado en: «Gaceta de Madrid» n.º 175, de 24/06/1870.

De hecho, según este autor, si no se hubiera querido que fuera una excepción, los constituyentes hubieran establecido que el Rey expide los indultos, es decir, firmar y dar curso para su publicación posterior.

El concepto de ejercer, según la RAE de nuevo, se trata de «practicar los actos propios de un oficio, facultad o profesión, así como hacer uso de un derecho, capacidad o virtud».

La interpretación que hace Conde (23021) es la siguiente, que los constituyentes querían diferenciar la función del Rey de expedir los decretos en general frente a la de ejercer el derecho de gracia, en particular. Y puesto que es el Rey el que tiene esa prerrogativa de conceder el indulto, no le queda más a este autor que aceptar que el Rey puede decidir sobre ello. Realmente no hay un soporte legal pero, como señala, se trata de una interpretación histórica de la norma, es decir, como hemos visto en la evolución histórica del contexto del indulto, esta prerrogativa es exclusivamente del Rey lo cual, si podría, para Conde, haberse opuesto el Rey a conceder el indulto.

Sin embargo, esto no es tan sencillo, al contrario. Estamos de acuerdo en que el Rey tiene por un lado la función de expedir los decretos acordados en Consejo de Ministros, y ni que decir tiene que es la función de firmar y dar curso a los mismos, sin entrar en un debate con el Consejo de si firmar o no firmar, más allá de llevar a cabo una función moderadora. Y por otro lado, la función de conceder el indulto, de acuerdo con la ley.

Pero claro, si nos fijamos en la coletilla de ésta última potestad, «de acuerdo con la Ley», tendríamos que remitirnos a la misma. Y la Ley no dice absolutamente nada de que el Rey se pueda oponer, de hecho, no se regula nada en ella sobre la figura el Monarca. Es cierto, y tal como dice Conde (2021), en el momento en el que se aprobó la misma no había Rey, pero desde 1870 hasta nuestros días, ha habido tiempo de modificarla y adaptarla.

Podríamos llegar incluso a entender que se trata de un vacío legal, es decir, la Constitución otorga la potestad al Rey de conceder el indulto, y la ley que regula el mismo no regula la función del Rey en el indulto, limitándose a señalar y a dejar claro que se debe otorgar por decreto acordado en Consejo de Ministros. Lo cual, es bastante contundente, el indulto se debe acordar por el Consejo, siendo el Rey el que ejerce este derecho, es decir, hacer uso de esta facultad. Y usar esta facultad es la de firmar el decreto acordado en Consejo de Ministros.

Si bien es cierto, que con esta interpretación que hacemos, al final el Rey no puede entrar en un debate acerca de los indultos, más allá de intentar «convencer» o «persuadir» al Gobierno, para que se lleve a cabo o no dicho acto, en beneficio de los intereses de España.

Sin embargo, no nos podemos olvidar de que el Rey como Jefe del Estado, tiene el deber de arbitrar y moderar el funcionamiento regular de las instituciones, y por lo tanto, ante conflictos surgidos en un indulto, como ha

ocurrido en el caso que analizamos, el poder ejecutivo y el poder judicial han entrado en conflicto, y aunque se le diera la facultad de decisión al poder ejecutivo que es el que debe emitir el decreto, estamos ante un caso en el que tal indulto no es otro que concederlo a personas que han sido condenadas por atentar contra la unidad de España, más concretamente contra el artículo 2 de la Constitución Española, es decir, contra la indisoluble unidad de la nación española, patria común e indivisible de todos los españoles, y además, han demostrado que no tienen ningún tipo de arrepentimiento e incluso lo volverían a cometer.

Decimos que el que decide es el Gobierno, pues el informe del Tribunal Supremo no es vinculante, de hecho, no necesita ni siquiera motivación (De Lucas, 2021: 283). De esta forma, cabe preguntarnos ¿Y qué puede hacer el Rey?

Pues valorando los hechos, teniendo en cuenta que el poder judicial y el poder ejecutivo han entrado en conflicto, y aún concediéndosele la decisión última al Gobierno, al tratarse de un tema como son la declaración de independencia de Cataluña, como Rey de España, y teniendo en cuenta el juramento de guardar y hacer guardar la Constitución Española, tenía que haber decidido⁷. Cabe tener en cuenta que la Exposición de Motivos de la Ley de Indulto señala que el mismo se debe de otorgar con «pleno conocimiento de los hechos y de todas sus circunstancias, y después de un estudio detenido sobre las consecuencias que haya de producir, bajo el aspecto de la justicia, de la equidad o de la conveniencia social». Y esa conveniencia social debe de ser valorada por el Rey.

V. CONCLUSIONES

Con este trabajo de investigación hemos querido responder a la pregunta de si el Rey podía haberse opuesto o no a otorgar los indultos. Tenemos que tener en cuenta que la concesión de los mismos ha sido objeto de conflicto social, especialmente porque se trata de un tema con una gran trascendencia política y social.

El Rey es el que tiene la potestad de ejercer el derecho de gracia. Ese derecho de gracia se plasma en un decreto que se acuerda por el Consejo de Ministros, y que el Rey se limita a firmar y dar curso al mismo. Pero el caso que nos ocupa es bastante más complejo.

El Tribunal Supremo, como órgano jurisdiccional encargado de emitir un informe por ser el órgano sentenciador de los presos del procesy, ha dejado claro que se opone a su concesión. Se trata de responsables que no han mostrado un mínimo de arrepentimiento, y además, señalan en los informes que

⁷ Artículo 62 de la Constitución Española.

emiten los condenados, que volverían a cometer ese delito. Hay que añadir que, los fines generales y especiales de las penas no se han cumplido. Cabe recordar que los fines generales es la amenaza de la sanción que conllevaría que se incumpliera la norma, y los fines especiales, no son otros que las de saber si esa persona que cumple condena volvería a cometer de nuevo el delito o no.

Los condenados que emitieron el informe solicitado por el Alto Tribunal consideran que no han cometido el delito, y que su conducta es objeto del ejercicio de la libertad de expresión, ideológica y de reunión. Además, alguno de esos condenados dicen que ellos no han pedido el indulto porque su prioridad no es la de salir de la cárcel sino que se resuelva el conflicto político por el que están cumpliendo condena. Y se pide así, no el indulto, sino la amnistía, ya que para los independentistas, lo propio de la justicia es una amnistía, ya que realmente lo que se llevó a cabo el 1 de octubre de 2017, así como las leyes aprobadas y la declaración de independencia, fueron actos legítimos, porque consideran que hay «otra fuente de legitimidad superior, que reside en la voluntad de ser nación y aun Estado independiente» (De Lucas, 2021: 282). Cabe aquí recordar que la amnistía supone, como señala Villarino Marzo (2005) la eliminación del delito, como si nunca hubiera existido, produciendo efectos *ex tunc*.

De esta forma, ante la decisión del poder ejecutivo, el poder judicial se opone a conceder los derechos de gracia a los condenados. Por ello mismo, la labor del Rey aquí es fundamental. Cuando el Rey es proclamado como tal, presta el juramento de desempeñar fielmente sus funciones, y entre ellas, la de guardar y hacer guardar la Constitución Española. Además, es como hemos dicho en varias ocasiones, el Jefe del Estado, símbolo de la unidad y permanencia, y arbitra y modera el funcionamiento regular de las instituciones.

Por ello mismo, considerando que el poder ejecutivo como es el Gobierno, y el poder judicial, concretamente el Tribunal Supremo, como instituciones que además han entrado en conflicto, no le queda otra al Rey que ejercer esa valiosa función como es la de arbitrar, es decir, resolver el conflicto como mejor puede hacer, y no es otra que la de mantener la integridad territorial. Así pues creemos, que en este concreto caso, el Rey tenía que haber impuesto una decisión en defensa de los intereses del Estado.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- CONDE, M. (2021). Carta que Mario Conde dirige a una persona, Madrid, 1-3.
- DE LUCAS, J. (2021). Concordia discors. Una interpretación sobre los indultos a los políticos catalanes en prisión, *Teorder*, 29, 280-291.
- FERNÁNDEZ CAMPO, S. (2009). Reflexiones sobre los poderes del Rey. El poder moderador, *Mar Oceana*, 30, 25-36.

- RODRÍGUEZ LLAMOSÍ, J. R. (2017). El perdón cristiano en el Derecho español: los indultos a las Cofradías de penitencia. En F. Javier Campos y Fernández de Sevilla (coord.), *El perdón cristiano en el Derecho español los indultos a las Cofradías de penitencia* (págs. 7-22). Madrid: *Religiosidad popular: Cofradías de penitencia*.
- RODRÍGUEZ PANIAGUA, E. (2000). El indulto como acto de administración de justicia y su judicialización. Problemas, límites y consecuencias, *Teoría y realidad constitucional*, 5, 161-175.
- VILLARINO MARZO, J. (2005). El indulto, *Revista de las Cortes Generales*, 66, 63-92.

Premio Juan Churruca

LA RESPUESTA EUROPEA A LA CRISIS
DE LA COVID-19: ANÁLISIS JURÍDICO DEL NEXT
GENERATION EU Y GOBERNANZA ECONÓMICA
DEL MECANISMO DE RECUPERACIÓN
Y RESILIENCIA

*The European Response to the Covid-19 crisis: legal
construction of Next Generation EU and Economic
Governance of the Recovery and Resilience Mechanism*

Adrián Fernández Domínguez
Graduado en ADE+Derecho
Universidad de Deusto

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-69\(2\)-2021pp265-303](http://dx.doi.org/10.18543/ed-69(2)-2021pp265-303)

Resumen

El artículo examina la construcción jurídica del Instrumento de Recuperación de la Unión Europea «Next Generation EU». Se analiza, desde el punto de vista de la adecuación a los tratados, la facultad otorgada a la Comisión Europea para contraer empréstitos en los mercados de capitales con el fin de financiar los programas de gasto. El acceso a los fondos depende de que se aprueben Planes Nacionales de Recuperación y Resiliencia detallados, que se integran en el Semestre Europeo para la coordinación de la política económica. La gobernanza será el principal reto del Mecanismo, la habilidad de la Comisión Europea para administrar sus funciones de orientación y supervisión de los planes nacionales y garantizar su ejecución una vez se hayan desembolsado los fondos. El documento propone una reforma jurídica como posible opción para restablecer el equilibrio entre las instituciones europeas y garantizar su adecuación a la legislación de la UE.

Palabras clave

Covid-19, Next Generation EU, Comisión Europea, Decisión de Recursos Propios, Mecanismo de Recuperación y Resiliencia, Semestre Europeo

Abstract

The paper assesses the legal construction of the European Union Recovery Instrument «Next Generation EU». The paper analyses the power given to the European Commission to borrow money on the capital markets to fund the programme from the point of view of treaty compliance. Accessing the funds depends on detailed National Recovery and Resilience Plans being agreed upon, embedded in the European Semester for economic policy coordination. Governance will be the main challenge facing the implementation of the plans, the European Commission's ability to administer its guidance and monitoring functions for national plans and to ensure their implementation once the funds have been disbursed. The paper proposes legal reform as a suitable option to restore the equilibrium among the European institutions and ensure its adequacy to EU law.

Key words

Covid-19, Next Generation EU, European Commission, Own Resources Decision, Recovery and Resilience Mechanism, European Semester.

SUMARIO: LISTADO DE ABREVIATURAS. I. INTRODUCCIÓN. II. NEXT GENERATION EU: UN PLAN DE RECUPERACIÓN PARA EUROPA TRAS LA CRISIS DE LA COVID-19. III. ARQUITECTURA JURÍDICA DEL NEXT GENERATION EU Y SU ENCAJE CON LOS TRATADOS. 1. *La Decisión 2020/2053 sobre el sistema de Recursos Propios de la UE*. 1.1. La controvertida base jurídica de la UE para endeudarse en los mercados de capitales. 1.2. Exigencia de unanimidad, consulta al Parlamento Europeo y ratificación de los parlamentos nacionales para la ratificación de la DRs1.3. El equilibrio del presupuesto en cuanto a ingresos y gastos en el marco de la DRP. 1.4. Compatibilidad de la DRP con el principio de disciplina presupuestaria. 1.5. Dificultades encontradas en el proceso de ratificación de la DRP y su relación con una posible «mutualización de la deuda». 2. *Del Reglamento por el que se establece un Instrumento de Recuperación*. 2.1. Atribución de competencias y base jurídica. 2.2. Equilibrio institucional. 2.3. Compatibilidad del IRUE con el principio de «no coresponsabilidad financiera». 3. *Del Reglamento por el que se establece el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia*. 3.1. Atribución de competencias y base jurídica. 3.2. Equilibrio institucional y aplicación del Mecanismo de Alerta Temprana. IV. GOBERNANZA ECONÓMICA DEL MRR. 1. *Marco general de gobernanza económica de la Unión Europea en torno al Semestre Europeo*. 2. *Procedimiento de aprobación de los PRR en el marco del Semestre Europeo y el desembolso de las contribuciones financieras*. 3. *Control de la ejecución del Mecanismo*. V. CONCLUSIONES. VI. LISTADO DE REFERENCIAS.

LISTADO DE ABREVIATURAS

DRP — Decisión de Recursos Propios
 IRUE — Instrumento de Recuperación de la Unión Europea
 MAT — Mecanismo de Alerta Temprana
 MFP — Marco Financiero Plurianual
 MRR — Mecanismo de Recuperación y Resiliencia
 NGEU — Next Generation EU
 PIB — Producto Interior Bruto
 PRR — Planes de Recuperación y Resiliencia
 RF — Reglamento Financiero
 RNB — Renta Nacional Bruta
 RPD — Reglamento de Puesta a Disposición
 TCE — Tratado constitutivo de la Comunidad Europea
 TFUE — Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
 TJUE — Tribunal de Justicia de la Unión Europea
 TUE — Tratado de la Unión Europea
 UE — Unión Europea

I. INTRODUCCIÓN

La crisis causada por la Covid-19 ha provocado una contracción económica sin precedentes en todos los Estados miembros, una disminución de la producción¹ y el aumento del desempleo. Junto a los planes de estímulo fiscal aportados por los Estados miembros, teniendo en cuenta la magnitud de la crisis, desde la Unión se ha querido optar por una acción concertada a escala europea «a fin de garantizar que se movilizan suficientes recursos para generar intervenciones eficaces y atenuar el impacto social y económico directo de la crisis provocada por la Covid-19»². Con esta finalidad, la Unión ha aprobado el Next Generation EU (NGEU), un programa excepcional de recuperación de 750.000 millones de euros³ que serán repartidos entre los diversos Estados miembros y para cuya financiación se autoriza a la Comisión a contraer empréstitos en los mercados de capitales.

Cabe preguntarse, sin embargo, si la arquitectura jurídica del Instrumento es la adecuada. Nadie duda de la contracción económica sin precedentes y de la necesidad de apoyar financieramente a los Estados miembros en lo relativo al diseño de inversiones y reformas estructurales que permitan lograr una recuperación rápida y sólida, pero ¿existe una base jurídica suficiente en los Tratados que justifique el endeudamiento por parte de la Comisión? Sobre esta base, se analiza el proceso de ratificación de la Decisión de Recursos Propios (DRP) en los distintos Estados miembros.

La financiación obtenida se destinará a programas de gasto específico de la Unión Europea (UE), siendo el mejor dotado el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia (MRR). Por ello, se estudiará la supervisión que desde las instituciones europeas va a hacerse de estos fondos y la integración del MRR en el Semestre Europeo.

La labor de investigación ha tenido lugar en paralelo a una realidad jurídica y social cambiante, lo cual ha supuesto un desafío y ha obligado a adaptar el contenido a nuevos informes publicados por instituciones europeas y nacionales analizando la adecuación del NGEU con los Tratados.

En cuanto al método de investigación, se ha utilizado un sistema deductivo, haciendo uso de manuales, revistas jurídicas de Derecho europeo, jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), informes de instituciones de la Unión y dictámenes emitidos por los

¹ El PIB de la zona del euro se contrajo un 6,8% en 2020 como consecuencia de la pandemia del COVID-19 (Eustat). En el mismo periodo, el PIB español registró una contracción del 11,8% (INE).

² Propuesta modificada de Decisión del Consejo sobre el sistema de recursos propios en la Unión Europea COM (2020) 445 final, de 28 de mayo de 2020, 11.

³ A precios de 2018. Tomando en consideración los precios de 2021, se trata de un programa dotado de 806.900 millones de euros.

parlamentos de los Estados miembros en el proceso de ratificación de la DRP, en distintos idiomas.

Partiendo del análisis de estas fuentes, el trabajo comienza con una breve explicación del Next Generation EU y de los instrumentos jurídicos que lo componen, para analizar a continuación la estructura jurídica de la DRP, del Instrumento de Recuperación de la Unión Europea (IRUE) y del MRR, analizando su base jurídica y el equilibrio institucional en el procedimiento legislativo. A continuación, se cuestiona su compatibilidad con los principios de equilibrio presupuestario y disciplina presupuestaria, el principio de «no corresponsabilidad financiera», el principio de subsidiariedad y se analiza la posible mutualización de la deuda. Más adelante, se estudia la operatividad del MRR, la presentación de los Planes de Recuperación y Resiliencia (PRR) por los Estados miembros y su posterior aprobación por el Consejo. Desde esta óptica se estudia la gobernanza económica y la supervisión que desde las instituciones europeas se realizará sobre la ejecución de los planes nacionales, en el marco del Semestre Europeo.

Queda fuera del ámbito material del trabajo el análisis de los programas específicos a los que se destinará la financiación y la interrelación entre el Next Generation EU y el Marco Financiero Plurianual (MFP). Tampoco son objeto de análisis todo el elenco de medidas aprobadas por la Unión y los Estados Miembros con anterioridad a la aprobación del nuevo paquete presupuestario en diciembre de 2020 (MFP 2021-2027)⁴.

II. NEXT GENERATION EU: UN PLAN DE RECUPERACIÓN PARA EUROPA TRAS LA CRISIS DE LA COVID-19

En respuesta a la crisis, los Estados miembros articularon políticas de estímulo fiscal con el fin de revitalizar la economía. Ahora bien, mientras los países del norte de la Unión, incluida Alemania, contaban con niveles de deuda más bajos y un margen de maniobra mayor para poner en marcha planes de estímulo fiscal; los países del sur, como Italia, España o Francia, disponían de menos recursos y, por tanto, menor capacidad para adoptar los planes de estímulo necesarios para reactivar la economía⁵.

⁴ Reglamento (UE, EURATOM) n.º 2020/2093 del Consejo, de 17 de diciembre de 2020 por el que se establece el marco financiero plurianual para el período 2021-2027, *DOUE* n.º L1, de 22.12.2020.

⁵ A finales de 2019, antes de la pandemia de la Covid-19, la deuda pública alemana fue del 59,6% del PIB, muy por debajo de la deuda pública de Italia (134,7% del PIB), Francia (98,1% del PIB) o España (95,5% del PIB). (Fuente: https://ec.europa.eu/eurostat/databrowser/view/sdg_17_40/default/table?lang=en)

Si bien es cierto que estos planes de estímulo fiscal permitieron amortiguar los efectos de la crisis, una respuesta exclusivamente nacional hubiera supuesto un riesgo de fragmentar el mercado interior y la cohesión social y territorial de la UE, por las distintas capacidades y recursos de los Estados miembros para proporcionar apoyo. Los países con los niveles de endeudamiento más altos, con poco margen para la asunción de deuda, o que se encuentran en una situación más delicada correrían el riesgo de no conseguir la financiación necesaria para acometer los planes de reestructuración o tener que aceptar tipos de interés demasiado elevados.

En este contexto, desde la Unión Europea se aprueba el Next Generation EU, un plan de recuperación dotado con 750.000 millones de euros que permitirá a los Estados miembros llevar a cabo reformas e inversiones estructurales que promuevan una transformación ecológica y digital. Este plan de recuperación para Europa se articula en torno a tres pilares: la DRP y el IRUE y, dentro de este último, los programas de gasto que financia, destacando el MRR. Es importante resaltar que la DRP, el IRUE y el MRR son instrumentos jurídicos apoyados en bases jurídicas y políticas europeas diferentes, aunque estén interrelacionados y formen parte del NGEU.

La necesidad de adoptar un mecanismo de recuperación de estas magnitudes surgió en la reunión del Consejo Europeo del 26 de marzo de 2020, que supuso un llamamiento a la acción a nivel europeo, con objeto de proporcionar una respuesta global, urgente y decidida a los retos de la pandemia. No obstante, existían fuertes discrepancias entre los Estados miembros en torno a la articulación de un plan de estímulo a nivel europeo. Alemania, firme defensora de la contención fiscal y políticas de austeridad en tiempos de crisis, cambió radicalmente su posición durante la crisis del Covid-19, al proponer un instrumento de emisión de deuda a escala de la UE⁶. Así, Francia y Alemania unieron posiciones⁷ y, el 18 de mayo de 2020 presentaron una propuesta conjunta sobre un fondo de recuperación dotado de 500.000 millones de euros en préstamos y subvenciones para apoyar reformas estructurales en los Estados miembros.

La iniciativa fue recogida por la Comisión que, con fecha 27 de mayo, presentó una primera propuesta⁸ para el IRUE. Finalmente, el 14 de

⁶ David Howarth y Joachim Schild, «Nein to Transfer Union: the German brake on the construction of a European Union fiscal capacity», *Journal of European Integration*, Vol. XLIII, n.º 2 (2021): 221-223.

⁷ Ulrich Krotz y Lucas Schramm, «An old couple in a new setting: Franco-German leadership in the post-Brexit EU», *Politics and governance*, n.º 9 (2020): 49.

⁸ Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se establece un Instrumento de Recuperación de la Unión Europea para apoyar la recuperación tras la pandemia de COVID-19, COM (2020) 441 final, de 28 de mayo de 2020.

diciembre de 2020 se aprobó el Reglamento 2020/2094⁹, por el que se constituye el IRUE, dotado con un total de 750.000 millones de euros, divididos en ayudas no reembolsables hasta los 390.000 millones de euros y préstamos hasta los 360.000 millones de euros.

Para su financiación, se adoptó la Decisión 2020/2053 sobre el sistema de recursos propios de la Unión, que faculta a la Comisión a contraer empréstitos en los mercados de capitales en nombre de la UE hasta 750.000 millones de euros (artículo 5.1). Adicionalmente, se autoriza un aumento extraordinario y temporal del límite máximo de recursos propios de 0,6 puntos porcentuales de la Renta Nacional Bruta (RNB) de la UE (artículo 6) y se introduce una nueva categoría de recursos propios basadas en contribuciones nacionales que se calcularán en función de los residuos de envases de plástico no reciclados (artículo 2.1.c)). Aunque algunos autores han calificado este hito como el «momento hamiltoniano» de la UE¹⁰ y hablan de la creación de una capacidad fiscal permanente¹¹, en la exposición de motivos de la Decisión se define como una «posibilidad excepcional y temporal».

Los ingresos se transferirán a una serie de programas alineados con el IRUE. Entre todos ellos, el principal es el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia, aprobado por el Reglamento 2021/241 y dotado con 672.500 millones de euros. Desde el punto de vista operativo, la financiación del Mecanismo queda vinculada a los PRR que presenten los Estados miembros. Para asignar los fondos, se tendrán en cuenta una serie de criterios: la población, la inversa del Producto Interior Bruto (PIB) per cápita, la tasa de desempleo y la caída del PIB real en 2020 (artículo 11 del Reglamento), todos ellos indicadores del grado de prosperidad y de las debilidades económicas de los diferentes Estados miembros, de forma que se destinen la mayor parte de los recursos a los Estados más necesitados económicamente.

Otra característica importante del Instrumento de Recuperación es el destino que se va a hacer de los recursos. Lejos de modificar las prioridades de actuación de la Comisión y, en línea con el Discurso sobre el Estado de la Unión de 2020¹², se quiere conseguir una Europa más ecológica, digital y resiliente, mejor preparada para los retos del futuro y garantizar una recuperación

⁹ Reglamento (UE) n.º 2020/2094 del Consejo, de 14 de diciembre de 2020 por el que se establece un Instrumento de Recuperación de la Unión Europea para apoyar la recuperación tras la crisis de la COVID-19, *DOUE* n.º L1, de 22.12.2020, 26.

¹⁰ Vivien A Schmidt, «Theorizing institutional change and governance in European responses to the Covid-19 pandemic». *Journal of European Integration*, Vol. XLII, n.º 8 (2020): 1179.

¹¹ Francesco Maria Chiodi, «Next Generation EU. Una oportunidad para una Europa más fuerte», *Cultura Económica*, n.º 100 (2020): 112.

¹² Ursula Von der Leyen. «Discurso sobre el estado de la Unión de la presidenta Von der Leyen en la sesión plenaria del Parlamento Europeo». Bruselas: 16 de septiembre de

de calidad en todos los Estados miembros. En concreto, los planes deberán contribuir a los retos de la transición digital y ecológica con una asignación mínima del 20% y del 37% de los fondos, respectivamente.

III. ARQUITECTURA JURÍDICA DEL NEXT GENERATION EU Y SU ENCAJE CON LOS TRATADOS

Tal y como se ha indicado, el Next Generation EU se ha articulado alrededor de tres pilares apoyados en bases jurídicas y políticas europeas diferentes: la DRP, que autoriza el endeudamiento; el IRUE, asigna los recursos a programas específicos de la Unión y, el MRR, el principal programa de la UE a los que se asignan los fondos.

Para analizar su construcción jurídica, resulta necesario destacar el principio de atribución de competencias, que supone que los Estados miembros (en calidad de dueños del Tratado) establecieron un reparto vertical de competencias entre los Estados miembros y las instituciones europeas y éstas deben respetarlo (artículo 5.2 del TUE). Asimismo, por el principio de equilibrio institucional (artículo 13.2 del TUE) «cada institución actuará dentro de los límites de las atribuciones que le confieren los Tratados»¹³. Así entendido, el equilibrio institucional se configura como un sistema de «pesos y contrapesos» que permiten equilibrar las funciones que les son encomendadas en los Tratados¹⁴. El papel del TJUE es, por tanto, preservar el equilibrio cuando los límites señalados por los Tratados sean rebasados¹⁵.

1. *La Decisión 2020/2053 sobre el sistema de Recursos Propios de la UE*

1.1. La controvertida base jurídica de la UE para endeudarse en los mercados de capitales

La base jurídica de la DRP se encuentra en el artículo 311 párrafo tercero del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), del Capítulo I,

2020. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/SPEECH_20_1655 (última consulta: 21/05/21).

¹³ Versión consolidada del Tratado de la Unión Europea, *DOUE* n.º C326, de 26 de octubre de 2012, 18.

¹⁴ Mariola Urrea Corres, «Algunas ineficiencias jurídicas, institucionales y políticas de la Unión a las que conduce el proyecto de construcción europea», 9, 48. http://repositori.uji.es/xmlui/bitstream/handle/10234/176705/Urrua_PeligrosUE.pdf?sequence=1 (última consulta 21/05/2021).

¹⁵ María-Luisa Sánchez Barrueco, «Litigation as a means to solve conflicts between the European Parliament and the Council: one size does not fit all», en *Research Handbook on the Politics of EU Law*, ed. por Paul James Cardwell y Marie-Pierre Granger (Bruselas: Edward Elgar Publishing, 2020), 51.

del Título II «Disposiciones Financieras», de la Parte Sexta del TFUE «Disposiciones institucionales y financieras».

«El Consejo adoptará, con arreglo a un procedimiento legislativo especial, por unanimidad y previa consulta al Parlamento Europeo, una decisión que establezca las disposiciones aplicables al sistema de recursos propios de la Unión. En este contexto se podrá establecer nuevas categorías de recursos propios o suprimir una categoría existente. Dicha decisión sólo entrará en vigor una vez haya sido aprobada por los Estados miembros, de conformidad con sus respectivas normas constitucionales». Esta idea se basa a su vez en la soberanía presupuestaria nacional. Cabe destacar que la Decisión de recursos propios es uno de los pocos actos de derecho derivado cuya entrada en vigor depende de un acto de aprobación posterior por parte de los Estados miembros (lo que evidencia su carácter cuasi-constitucional).

Según el TJUE la base jurídica «debe basarse en elementos objetivos susceptibles de control jurisdiccional» entre los que figuran, el objeto y el contenido del acto¹⁶. Por otro lado, si el acto comunitario persigue un doble objetivo y uno de ellos puede definirse como principal o preponderante, mientras el otro es simplemente accesorio, el acto de la Unión deberá fundarse en una sola base jurídica. De forma excepcional, cuando el acto persiga al mismo tiempo objetivos que están inseparablemente unidos, deberá adoptarse sobre las distintas bases jurídicas pertinentes¹⁷.

Los procedimientos exigidos por las bases jurídicas son resultado de la voluntad de los Estados expresada en los tratados. De acuerdo con el TJUE «las normas relativas a la formación de la voluntad de las instituciones comunitarias están establecidas en el Tratado y, por tanto, no tienen carácter dispositivo ni para los Estados miembros ni para las propias instituciones»¹⁸, por lo que la elección de la base jurídica no puede guiarse por criterios de interés político vinculado al procedimiento requerido.

El mencionado apartado tercero del artículo 311 TFUE faculta al Consejo a adoptar cualquier disposición relacionada con el «sistema de recursos propios», y no únicamente suprimir o establecer categorías de recursos propios. Por lo tanto, no es necesario que el resultado del endeudamiento se defina como nueva categoría de recursos propios para poder incluir en la Decisión

¹⁶ STJCEE, 11 de junio de 1991, asunto C-300/89, para. 10. ECLI:EU:C:1991:244. En el mismo sentido: STJUE (Gran Sala), 5 de mayo de 2015, asunto C-147/13, para. 68. ECLI:EU:C:2015:299.

¹⁷ STJUE (Sala Quinta), 11 de septiembre de 2003, asunto C-211/01, paras. 39-40. ECLI:EU:C:2003:452. En el mismo sentido: STJUE (Sala Quinta), 19 de septiembre de 2002, asunto C-336/00, para. 31. ECLI:EU:C:2002:509 y STJUE (Sala Tercera), 6 de noviembre de 2008, asunto C-155/07, paras. 36 y 37. ECLI:EU:C:2008:605.

¹⁸ STJCEE, 23 de febrero de 1988, asunto C-68/86, para. 38. ECLI:EU:C:1988:85.

la facultad de la Comisión de contraer empréstitos. Ahora bien, para saber si la base jurídica es adecuada debe analizarse si la facultad para contraer empréstitos está relacionada con «el funcionamiento del sistema de recursos propios de la Unión» o, por lo menos, forma parte del contenido accesorio.

Según Merino, el NGEU va acompañado de un gran número de garantías que acentúan su carácter accesorio y el respeto a la integridad del sistema de recursos propios¹⁹. El uso de los fondos provenientes del endeudamiento debe limitarse estrictamente a hacer frente a las consecuencias de la Covid-19. Se trata de un mecanismo temporal y puntual (los empréstitos están limitados en el tiempo). Conforme al apartado segundo del artículo 311 TFUE «Sin perjuicio del concurso de otros ingresos, el presupuesto será financiado íntegramente con cargo a los recursos propios». Ahora bien, los referidos «otros ingresos» (como son los ingresos provenientes de los préstamos con los que se financia el NGEU) no pueden poner en tela de juicio la preponderancia de los recursos propios.

Dada la magnitud del NGEU (750.000 millones de euros), realizar un examen cualitativo de las circunstancias económicas extraordinarias y las necesidades de los Estados miembro es esencial para poder justificar que los recursos propios son la fuente normal de financiación y categorizar el NGEU como instrumento accesorio o complementario. Desde este punto de vista, se trata de un mecanismo temporal y excepcional, limitado en el tiempo, estrictamente destinado a hacer frente a las graves consecuencias de la pandemia y, por lo tanto, respetuoso con la integridad del sistema de recursos propios.

Conforme al Servicio Jurídico del Consejo²⁰ la facultad de endeudamiento es un elemento accesorio a las demás disposiciones de la DRP por tratarse de «una parte lógica y necesaria de la articulación específica y novedosa prevista para la financiación de Next Generation EU»²¹. En opinión del servicio jurídico, es el IRUE el que constituye el fundamento jurídico de la acción de la Unión, que debe adoptarse en base al artículo 122 del TFUE. Ello exige una serie de adaptaciones en el IRUE para que resulte coherente con el artículo 21, apartado 5 del Reglamento Financiero (RF), que establece lo siguiente: «un acto de base podrá disponer la afectación de los ingresos

¹⁹ Alberto de Gregorio Merino, «The Recovery Plan: Solidarity and the Living Constitution», *EU Law Live*, n.º 50 (2021): 9.

²⁰ El Servicio Jurídico es el departamento de asesoramiento interno del Consejo que garantiza que las decisiones sean conformes a la legislación europea y evitar el riesgo de posteriores acciones ante el TJUE. Aunque sus dictámenes son estrictamente confidenciales, con motivo del NGEU, se decidió divulgar y hacer pública la posición de los servicios jurídicos en torno a la compatibilidad del paquete legislativo con los Tratados.

²¹ Consejo de la Unión Europea. *Dictamen del Servicio Jurídico*. Bruselas: 24 de junio de 2020, 38. <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-9062-2020-INIT/en/pdf> (última consulta 21/05/21).

previstos a gastos específicos [como ingresos externos]»²². Conforme a este precepto, el IRUE debería adaptarse para prever los ingresos.

El Servicio Jurídico se distancia de la interpretación ofrecida por la Comisión en su página web, que ha entendido que la determinación de los ingresos atribuidos a la Unión y el compromiso de reembolso son funciones estrechamente relacionadas con el artículo 311, párrafo tercero del TFUE, «que constituirá un acto de base para los gastos intrínsecamente relacionados con el préstamo» y que este aspecto forma parte del «sistema de recursos propios» de la UE²³.

A continuación, se debe analizar si el artículo 122 del TFUE se considera una base jurídica adecuada para autorizar el endeudamiento. El artículo se limita a autorizar a la Unión a conceder apoyo financiero a los Estados miembros en caso de dificultades, pero no autoriza el endeudamiento directamente. No obstante, el artículo 220 del RF dispone que, a fin de prestar asistencia financiera a los Estados miembros, «la Comisión estará facultada [...] para tomar prestados, en nombre de la Unión, los fondos necesarios en los mercados de capitales o de instituciones financieras». Sin embargo, el Derecho derivado no puede atribuir nuevas competencias a la Unión, de forma que solo será válida la emisión de deuda cuando se ampare en un precepto de Derecho originario que contemple esta posibilidad²⁴.

Como alternativa al artículo 122 del TFUE, cabe analizar si la cláusula de flexibilidad del artículo 352 del TFUE (antiguo artículo 308 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (TCE)) ofrece base jurídica suficiente para el endeudamiento, como garantía mínima que permite a la Unión adaptarse a las nuevas necesidades de la realidad económica y social, en ausencia de atribuciones específicas en los Tratados. Esta disposición permite al Consejo, por unanimidad, actuar para alcanzar alguno de los objetivos previstos en los Tratados cuando no disponga de competencias atribuidas. El precepto exige, como condición adicional, dictamen de conformidad del Parlamento Europeo.

²² Reglamento (UE, Euratom) n.º 2018/1046 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de julio de 2018, sobre las normas financieras aplicables al presupuesto general de la Unión, por el que se modifican los Reglamentos (UE) n.º 1296/2013, (UE) n.º 1301/2013, (UE) n.º 1303/2013, (UE) n.º 1304/2013, (UE) n.º 1309/2013, (UE) n.º 1316/2013, (UE) n.º 223/2014 y (UE) n.º 283/2014 y la Decisión n.º 541/2014/UE y por el que se deroga el Reglamento (UE, Euratom) n.º 966/2012, *DOUE* n.º L193, de 30.07.2018, 37.

²³ Comisión Europea. *Preguntas y respuestas: Next Generation EU: estructura jurídica*. Bruselas: 9 de junio de 2020, 4. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/qanda_20_1024 (última consulta 21/05/21).

²⁴ Caroline Heber, «European Legal Limits for the Recovery Fund», *Max Planck Institute for Tax Law and Public Finance*, n.º 16 (2020): 16.

Según el TJUE, el precepto «tiene por objeto suplir la inexistencia de poderes de acción conferidos expresa o implícitamente a las Instituciones comunitarias» cuando tales poderes resulten necesarios para lograr alguno de los objetivos establecidos por el Tratado. En cualquier caso, «no puede servir de fundamento para la adopción de disposiciones que, en definitiva, tuviesen por resultado una modificación del Tratado efectuada sin respetar el procedimiento de modificación previsto en el mismo»²⁵.

Para poder entender, en el caso del NGEU, si la facultad de endeudamiento de la Comisión puede quedar amparada por el artículo 352 del TFUE, la doctrina atiende a la finalidad proyectada del mecanismo. Tradicionalmente, el único objetivo perseguido por el endeudamiento ha sido trasladar la ventaja en la calificación crediticia de la Unión a los Estados miembros para no someterlos a mayores dificultades financieras a través de los tipos de interés. La emisión de bonos en la Unión se remonta a la crisis del petróleo de 1975 cuando se constituyó el Mecanismo de Préstamo Comunitario y, más recientemente, los préstamos concedidos a Grecia en el marco del Fondo Europeo de Estabilidad Financiera²⁶. Sin embargo, el IRUE es muy diferente. Los fondos no se limitan a trasladar los beneficios de la calificación crediticia, sino que pretenden financiar reformas e inversiones para impulsar una recuperación sostenible y resiliente de la economía (artículo 1 del IRUE). Por lo tanto, a juicio de Heber, un volumen tal elevado de fondos con el propósito de reestructurar y rehabilitar la Unión no puede considerarse incluido, tampoco, en la cláusula de flexibilidad del artículo 352 TFUE²⁷.

1.2. Exigencia de unanimidad, consulta al Parlamento Europeo y ratificación de los parlamentos nacionales para la ratificación de la DRP

Dice el apartado 2 del artículo 311 que «el Consejo adoptará, con arreglo a un procedimiento legislativo especial, por unanimidad y previa consulta al Parlamento Europeo, una decisión que establezca las disposiciones aplicables al sistema de recursos propios de la Unión». Conforme al procedimiento de consulta, el Consejo adoptará la Decisión una vez el Parlamento Europeo haya emitido su dictamen. Como no se reconoce un papel vinculante al

²⁵ Dictamen del TJCCEE, 28 de marzo de 1996, dictamen 2/94, para. 30. ECLI:EU:C:1996:140.

²⁶ En ambos casos se utilizó el artículo 122 del TFUE como base jurídica, pero sirve para ejemplificar que otras emisiones de deuda no se han utilizado para adoptar reformas de política económica.

²⁷ Heber, «European Legal Limits for the Recovery Fund», 15.

Parlamento Europeo, el Consejo no está obligado a tener en cuenta el dictamen, pero no podrá tomar una decisión sin haberlo recibido.

Con el fin de racionalizar la adopción de decisiones en el Consejo, el Parlamento Europeo se ha pronunciado sobre la necesidad de reformar el sistema de recursos propios y propone recurrir a la «cláusula pasarela» general del artículo 48.7 del TUE que permitiría la aprobación de la Decisión por mayoría cualificada y con arreglo al procedimiento legislativo ordinario²⁸.

Por último, debe tenerse en cuenta la naturaleza cuasiconstitucional de la DRP, que solo entra en vigor tras su aprobación por todos los Estados miembros de conformidad con sus respectivas normas constitucionales. Al mismo tiempo, la ratificación por parte de todos los Estados, supone la asunción de un compromiso por el pasivo del endeudamiento y, a juicio de la Comisión, aporta la legitimidad democrática necesaria²⁹. Aunque el proceso de ratificación ha sido generalmente largo (más de dos años), en vista de que su ratificación es condición necesaria para el desembolso de los fondos a los Estados miembros se comprometieron a ratificar la DRP «lo antes posible» en la reunión del Consejo Europeo de julio de 2020³⁰.

El 31 de mayo de 2021, el procedimiento de ratificación culminó cuando los últimos cuatro estados miembros (Austria, Hungría, Países Bajos y Polonia) notificaron al Consejo su ratificación de la decisión³¹. Todos los Estados miembros habían ratificado la nueva decisión apenas cinco meses y medio después de su adopción por el Consejo. Su entrada en vigor se produjo el 1 de junio de 2021, el primer día del primer mes siguiente a la recepción de la última de las notificaciones.

Tras la aprobación de la DRP por parte de todos los Estados miembros, la Comisión Europea ha podido iniciar la emisión de deuda pública para financiar el Next Generation EU. Según las últimas estimaciones, la Comisión espera emitir 71.000 millones de euros en los mercados de capitales antes de final de año. El objetivo de financiación para el primer semestre de 2022 se publicará en diciembre de este año.

²⁸ Resolución de 15 de abril de 2014, sobre las negociaciones sobre el marco financiero plurianual 2014-2020. (2014/2005(INI)), *DOUE* n.º C443, de 22.12.2017, 15.

²⁹ Comisión Europea. *Preguntas... op. cit.*

³⁰ Consejo Europeo. *Conclusiones adoptadas en la reunión extraordinaria del Consejo Europeo (17, 18, 19, 20 y 21 de julio de 2020)*. Bruselas: 21 de julio de 2020. n.º EUCO 10/20, 9. <https://www.consilium.europa.eu/media/45124/210720-euco-final-conclusions-es.pdf> (última consulta 22/05/21).

³¹ Parlamento Europeo. *National ratification of the Own Resources Decision, Procedure completed on May 31 2021*. Bruselas: 31 de mayo de 2021. n.º PE 690.520, 3. [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2021/690520/EPRS_BRI\(2021\)690520_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2021/690520/EPRS_BRI(2021)690520_EN.pdf) (última consulta 22/05/21).

1.3. El equilibrio del presupuesto en cuanto a ingresos y gastos en el marco de la DRP

La facultad de endeudamiento conferida a la Comisión en la DRP supone que el IRUE se financie con ingresos futuros, lo que plantea un problema desde el punto de vista del cumplimiento del principio de equilibrio presupuestario contenido en el artículo 310 del TFUE que exige que «el presupuesto [esté] equilibrado en cuanto a ingresos y gastos»³².

En este sentido debe discernirse entre los préstamos consecutivos a empréstitos y los empréstitos para financiar gastos. En los primeros, el pasivo (la deuda) se compensa completamente con un activo (el derecho de crédito frente al Estado miembro) y, por lo tanto, su impacto es neutro desde el punto de vista presupuestario.

Sin embargo, es más problemático el supuesto en que la Unión contrae un empréstito en los mercados y destina los fondos a programas de gasto. En este sentido, desde la Comisión la interpretación ha sido que «el presupuesto de la UE no puede equilibrarse mediante la emisión de deuda pública»³³ y, por consiguiente, «colmar la brecha entre los ingresos y los gastos mediante la emisión de deuda pública es [...] imposible»³⁴. Debe también tenerse en cuenta el artículo 17, apartado 2 del RF prohíbe «suscribir empréstitos en el marco del presupuesto. Ahora bien, dado que con arreglo al IRUE los 384.400 millones de euros «constituirán ingresos afectados externos» (artículo 3.1 del Instrumento), el equilibrio entre ingresos y gastos no se verá afectado, por no quedar consignados dentro del presupuesto. Esto ocurre porque las cantidades correspondientes a los ingresos afectados externos no se consignan en el presupuesto.

Sobre esta base, el Servicio Jurídico del Consejo concluye que el recurso a empréstitos para financiar programas de gasto mediante ingresos afectados externos no pone en peligro el principio de equilibrio presupuestario. Este planteamiento resulta coherente con la prohibición de contraer empréstitos del artículo 17 (arriba mencionado), pero plantea problemas con el principio de universalidad del presupuesto. Este principio establece que «los ingresos y los gastos se consignarán en el presupuesto por su importe íntegro, sin compensación o contracción entre sí»³⁵. El principio se deduce del artículo 310.1 del

³² Versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, *DOUE* n.º C326, de 26 de octubre de 2012, 181.

³³ Parlamento Europeo. *Respuesta de la vicepresidenta Georgieva en nombre de la Comisión a la pregunta E-005201/2015*. Bruselas: 3 de junio de 2015 https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-8-2015-005201-ASW_ES.html (última consulta 21/05/21).

³⁴ *Ibid.*

³⁵ Fernando Díez Moreno, *Manual de Derecho de la Unión Europea* (Pamplona: Thomson Civitas, 2009), 487-423.

TFUE y se define en el artículo 20 del RF al establecer que «los ingresos y los gastos se consignarán en el presupuesto, por su importe íntegro».

1.4. Compatibilidad de la DRP con el principio de disciplina presupuestaria

Por otro lado, debe analizarse el principio de disciplina presupuestaria contenido en el artículo 310, apartado 4 del TFUE, que establece lo siguiente: «la Unión no adoptará actos que puedan incidir de manera considerable en el presupuesto sin dar garantías de que los gastos derivados de dichos actos puedan ser financiados dentro del límite de los recursos propios de la Unión y dentro del marco financiero plurianual». Los empréstitos serían coherentes con este principio si el endeudamiento se compensa con un crédito que permita a la UE cubrir el capital, los intereses y los gastos asociados. La introducción de un nuevo recurso propio, el aumento específico y temporal de los límites máximos, así como la indicación del importe máximo del endeudamiento en la DRP constituye un crédito frente a los Estados miembros que, una vez aprobado por los Parlamentos nacionales constituye un compromiso irrevocable, definitivo y ejecutable de pago.

1.5. Dificultades encontradas en el proceso de ratificación de la DRP y su relación con una posible «mutualización de la deuda»

Se ha generado debate a cerca de si el artículo 9.4 de la DRP, al remitir al artículo 14.2 del Reglamento de Puesta a Disposición (RPD)³⁶ abriría el camino a la «mutualización de la deuda», es decir, la obligación de responder por la deuda asumida por otros Estados miembros.

Por un lado el artículo 9.4 de la DRP dispone que «cuando los créditos autorizados consignados en el presupuesto de la Unión no sean suficientes para que la Unión cumpla sus obligaciones con respecto a los empréstitos [...], los Estados miembros, como último recurso de la Comisión, pondrán a disposición de la misma los recursos necesarios a tal efecto». A priori, esta disposición resulta incompatible con el régimen de responsabilidad individual (no solidaria) asumida por los Estados miembros y con el respeto de su soberanía presupuestaria (razón por la que la DRP solo entra en vigor después de su ratificación por los Estados miembros).

Conforme al dictamen del Servicio Jurídico del Consejo, se trata de un sistema de compensación de carácter provisional y «de último recurso»,

³⁶ Reglamento (UE, Euratom) n.º 609/2014 del Consejo de 26 de mayo de 2014 sobre los métodos y el procedimiento de puesta a disposición de los recursos propios tradicionales y basados en el IVA y en la RNB y sobre las medidas para hacer frente a las necesidades de tesorería, *DOUE* n.º L168 de 7.06.2014, 39.

referido a situaciones excepcionales de impago de los empréstitos para gastos contraídos en el marco del NGEU.

No obstante, y aunque el proceso de ratificación ha resultado pacífico en la mayoría de los Estados, el temor a una posible mutualización de la deuda y la nueva interpretación del principio de equilibrio presupuestario ha despertado reticencias en los países más escépticos.

Aunque se ha fijado un calendario (artículo 3.4 del IRUE) para contraer empréstitos relativos a las ayudas no reembolsables (el 60% de los compromisos jurídicos no más tarde del 31 de diciembre de 2022), la Comisión no puede hacerlo hasta que culmine el proceso de ratificación en los Estados miembros, todavía pendiente en Austria, Hungría, Países Bajos, Polonia y Rumanía.

La cuestión de si la autorización conferida a la Comisión para contraer empréstitos supone una modificación de la distribución vertical de competencias, ha recibido conclusiones dispares, donde intervienen tanto argumentos jurídicos como políticos³⁷.

El comité de Derecho Constitucional del parlamento concluyó el 5 de mayo de 2021 que la aprobación del NGEU supondría un cambio *de facto* en el equilibrio entre la Unión y los Estados miembros, que se pretende que sea temporal en sí mismo, pero que corre el riesgo de prolongarse a lo largo del tiempo. También se alude al hecho de que la propuesta supone cambios cuantitativos y cualitativos en el funcionamiento de la Unión y que los tratados no confieren, en sí mismos, un poder de endeudamiento³⁸. Aunque el comunicado no sirvió para fijar la posición de Finlandia respecto a la aprobación de la DRP, al suponer una transferencia de soberanía, exigió que la propuesta tuviera que ser respaldada por al menos dos tercios de los votos emitidos en el Parlamento. Finalmente, fue ratificada el 18 de mayo de 2021.

El Parlamento nacional de Suecia también mostró su disconformidad con la DRP, entendiendo que se conceden facultades demasiado amplias a la Unión, a través del dictamen emitido en respuesta a la Propuesta modificada de Decisión del Consejo³⁹. Sin embargo, el Parlamento finalmente aprobó la Decisión el 14 de abril de 2021.

³⁷ María-Luisa Sánchez Barrueco, «El nuevo marco presupuestario de la Unión Europea para la recuperación post-pandemia», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 2 (2021): 5.

³⁸ AFCO Committee. *Dictamen del Comité PEVL 14pv/2021*. Helsinki: 10 de mayo de 2021. https://www.eduskunta.fi/FI/vaski/Lausunto/Sivut/PeVL_14+2021.aspx (última consulta 21/05/21).

³⁹ Sveriges Riksdag. *Reasoned opinion from the Riksdag*. Estocolmo: Agosto de 2020. https://ec.europa.eu/dgs/secretariat_general/relations/relations_other/npdocs/sweden/2020/com20200445/com20200445_riksdag_opinion_en.pdf (última consulta 21/05/21).

Por su parte, el Tribunal Constitucional alemán rectificó su decisión de suspender la aprobación de la DRP el 21 de abril, y fue finalmente ratificada por el parlamento el 29 de abril. En su decisión, el Tribunal se abstiene de examinar el fondo del asunto (se reserva la facultad de analizar una actuación *ultra vires* de la Unión en el marco de ejecución del NGEU), pero allana el camino para la ratificación de la Decisión⁴⁰.

En otros Estados miembros, como Hungría y Polonia, el debate se centró en el carácter *ultra vires* del régimen de condicionalidad impuesto por el Reglamento 2020/2092⁴¹, que permite suspender los compromisos jurídicos cuando se consideren vulnerados los principios del Estado de Derecho por un Estado miembro. Hungría y Polonia han sido objeto de procedimientos de infracción por violación del Estado de Derecho desde 2018⁴² y, en su opinión, la condicionalidad supone un instrumento para sancionar a aquellos Estados que no seguían las políticas acordadas por Bruselas. Ahora bien, para evitar la oposición de estos países y el estancamiento del NGEU, se decidió limitar la condicionalidad a infracciones posteriores a la entrada en vigor del paquete de ayudas⁴³. Finalmente, Hungría y Polonia ratificaron la DRP el 31 de mayo de 2021.

Es de esperar que el Tribunal de Justicia se pronuncie acerca de la legalidad del NGEU ante la eventual interposición de un recurso de anulación contra decisiones de ejecución por las que se acuerde la emisión de deuda⁴⁴. Para parte de la doctrina, su reto será enmarcar su sentencia de manera que mantenga la confianza en la existencia de un control constitucional en la UE y, al mismo tiempo, asegure a los más escépticos europeos que los Tratados importan, incluso cuando limitan la acción de la UE⁴⁵.

⁴⁰ Hanno Kube, «A Relieving Decision: The Interim Decision of the German Federal Constitutional Court in the Procedure against the 2020 Own Resources Decision», acceso el 27 de octubre de 2021, <https://verfassungsblog.de/a-relieving-decision/>

⁴¹ Reglamento (UE, Euratom) n.º 2020/2092 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2020 sobre un régimen general de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión, *DOUE* n.º L1, de 22.12.2020.

⁴² Comisión Europea. *Estado de Derecho: la Comisión inicia un procedimiento de infracción para proteger la independencia del Tribunal Supremo de Polonia*. Bruselas: 2 de julio de 2018. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/IP_18_4341 (última consulta: 21/05/21).

⁴³ Cristina Bogzeanu. «Rule of Law in the Context of the Double Blocking of 2021-2027 Multiannual Financial Framework and Next Generation EU», en *Strategic Impact*, ed. por Florian Cîrciumaru (Bucharest: Council, 2020), 24-38.

⁴⁴ El lector debe recordar que no es posible, en este momento, la interposición de un recurso de anulación contra la normativa base (DRP y Reglamentos) por haber transcurrido el plazo de interposición de dos meses (artículo 263 del TJUE).

⁴⁵ Päivi Leino-Sandberg, «Between European Commitment and ‘Taking the Law Seriously’: The EU Own Resources Decision in Finland», acceso el 27 de octubre de

Podría ocurrir que un Estado miembro (como demandante privilegiado) presentara un recurso de anulación alegando la incompetencia de la Unión para autorizar el endeudamiento. Aunque la regla general es la nulidad del acto impugnado, «el Tribunal indicará, si lo estima necesario, aquellos efectos del acto declarado nulo que deban ser considerados como definitivos» (artículo 264.2 del TFUE). Sobre esta base, el Tribunal ha mantenido sistemáticamente los efectos legales de un Reglamento adoptado sobre una base jurídica incorrecta, en aras de la seguridad jurídica, señalando que la anulación «no afecta a la validez de los pagos efectuados ni a la de los compromisos adquiridos [...] antes del pronunciamiento de la presente sentencia»⁴⁶, manteniendo los efectos hasta la entrada en vigor de un nuevo Reglamento.

2. Del Reglamento por el que se establece un Instrumento de Recuperación

2.1. Atribución de competencias y base jurídica

La base jurídica del IRUE se incardina en el artículo 122 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en lo sucesivo «TFUE») que permite la recepción de los fondos tomados en préstamo y los destina a determinadas partidas de gasto. Este artículo está situado en el Capítulo I «Política económica», del Título VIII «Política económica y monetaria», en la Tercera Parte del TFUE «Políticas y acciones internas de la unión».

El Título VIII del TFUE, referido a la «Política económica y monetaria» forma parte de las competencias especiales de la Unión. Se trata de competencias que el Tratado no ha querido subsumir en ninguna de las tres categorías (a saber, competencias exclusivas, competencias compartidas y competencias de apoyo, coordinación y complemento). Por su trascendencia política, no figura junto a los renglones de las competencias compartidas, entre las que tampoco encaja plenamente, aunque se pueda clasificar entre ellas⁴⁷. Los instrumentos utilizados por la Unión para coordinar la política económica de los Estados miembros serán «orientaciones generales» (artículo 121.2 TFUE) y la supervisión multilateral (artículo 121.3 TFUE).

Aunque generalmente suele precisarse el apartado y artículo concreto en que se fundamenta la base jurídica, llama la atención que el IRUE no especifique si la base jurídica es el apartado 1 o el apartado 2 del artículo, precisamente

2021, <https://verfassungsblog.de/between-european-commitment-and-taking-the-law-seriously/>

⁴⁶ STJUE (Sala Cuarta), 3 de septiembre de 2009, asunto C-166/07, paras. 70-75. ECLI:EU:C:2009:499. En el mismo sentido: STJUE (Sala Tercera), 6 de noviembre de 2008, asunto C-155/07, paras. 86-89. ECLI:EU:C:2008:605.

⁴⁷ Araceli Mangas Martín y Diego Liñán Noguera, *Instituciones y Derecho de la Unión Europea* (Madrid: Tecnos, 2016), 79.

por tratarse de apartados que contienen habilitaciones esencialmente distintas. Por un lado, la posibilidad de tomar medidas adecuadas a la situación económica con un espíritu de solidaridad, aunque sin especificar la forma (apartado 1) y, por otro, la posibilidad de prestar ayuda financiera a los Estados ante crisis asimétricas (apartado 2). El Servicio Jurídico del Consejo considera que el instrumento «no concede ayuda financiera a los Estados miembros» y, por tanto, se basa en el apartado 1 y no en el apartado 2⁴⁸.

Habida cuenta de la vaguedad en su formulación, el Consejo disfruta de un amplio margen de discrecionalidad para decidir sobre el contenido de las medidas, pero, en todo caso, deben ir referidas a una situación de urgencia o excepcionalidad, temporal y de carácter económico.

No parece plantear problemas el carácter excepcional de las medidas, limitado a afrontar las consecuencias de la pandemia del Covid-19 y tampoco su carácter económico, que moviliza recursos para financiar una serie de programas de la Unión. Sin embargo, plantea más problemas que pueda calificarse como un instrumento temporal cuando ha sido definido por parte de la academia como «el momento hamiltoniano de la UE» o «un avance fundamental en la integración europea»⁴⁹. En la práctica, el endeudamiento durará hasta 2058 y se transformará en una institución permanente que es conveniente desplegar cada vez que una crisis golpee a la Unión, sin olvidar que, cuando llegue el vencimiento de los préstamos, resultará más fácil refinanciar el Instrumento con nueva deuda que con un incremento de impuestos⁵⁰. El problema que presenta una institución permanente de estas características es que exigiría una reforma de los Tratados⁵¹.

2.2. Equilibrio institucional

Entre las dos bases jurídicas analizadas, el artículo 352 del TFUE contempla un procedimiento más estricto. En su redacción actual, el precepto exige unanimidad en el Consejo, previa aprobación del Parlamento Europeo. Por su parte, el artículo 122 únicamente dispone que «el Presidente del Consejo informará al Parlamento Europeo acerca de la decisión tomada», no

⁴⁸ Consejo De La Unión Europea. Dictamen... *op. cit.*, 48.

⁴⁹ Daniel Gros, «Europe and the Covid-19 crisis: The challenges ahead», *CEPS Policy Insights*, n.º 20 (2020): 9.

⁵⁰ Benjamin Rutledge, «The Next Generation EU: an Indebted Generation?», 4. <https://www.politikaspolecnost.cz/wp-content/uploads/2020/12/The-Next-Generation-EU-%E2%80%95-an-Indebted-Generation-IPPS.pdf> (última consulta 21/05/21).

⁵¹ Pablo José Castillo Ortiz, «The Political De-determination of Legal Rules and the Contested Meaning of the ‘No Bailout’ Clause», *Social & Legal Studies*, Vol. XXVI, n.º 2 (2017): 264.

siendo siquiera necesaria la consulta al órgano parlamentario. En cuanto a la mayoría requerida, resulta de aplicación el artículo 16.3 del TUE cuando establece que «el Consejo se pronunciará por mayoría cualificada, excepto cuando los Tratados dispongan otra cosa».

Por lo tanto, es evidente que la base jurídica del artículo 352 TFUE no resulta tan atractiva desde un punto de vista político como el artículo 122 del TFUE, que no solo exige unanimidad sino que la necesaria aprobación del Parlamento Europeo en el procedimiento lo vuelve más complicado⁵². Una vez más, el dilema entre eficacia y legitimidad vuelve a surgir: la inclusión del Parlamento Europeo ralentiza el procedimiento, pero lo reviste de mayor legitimidad democrática⁵³.

Ahora bien, independientemente de la voluntad política existente para incluir al Parlamento Europeo, debe tenerse en cuenta que, según el TJUE, la base jurídica no tiene carácter dispositivo ni para los Estados miembros ni para las propias instituciones de la Unión.

2.3. Compatibilidad del IRUE con el principio de «no corresponsabilidad financiera»

El artículo 125 del TFUE contiene un principio de «no corresponsabilidad financiera» y establece que «la Unión no asumirá ni responderá de los compromisos [...] de los Estados miembros». Se plantea, por tanto, un problema interpretativo entre el espíritu de solidaridad que proclama el artículo 122 del TFUE y el principio de responsabilidad individual contenido en el artículo 125 TFUE. Ahora bien, debe rechazarse la idea de que el artículo 122 del TFUE pueda actuar como excepción a la cláusula de «no corresponsabilidad financiera»⁵⁴.

En el mismo sentido, en el asunto Pringle, el TJUE concluyó que el artículo 125 del TFUE no prohíbe a la Unión y a los Estados miembros la concesión de toda asistencia financiera a otro Estado miembro⁵⁵. Según la interpretación del Tribunal, «el artículo 125 TFUE trata de asegurar que los Estados miembros observan una política presupuestaria sana» y les incita a mantener una disciplina presupuestaria.

⁵² Luis Garicano, «Towards a European Reconstruction Fund», en *Europe in the time of Covid-19*, ed. por Agnes Bénassy-Quéré y Beatrice Weder di Mauro (Londres: CEPR Press, 2020), 212.

⁵³ Comisión Europea. *Democracy vs technocracy: national parliaments and fiscal agencies in EMU governance*. Bruselas: 10 de noviembre de 2020, 66. <https://reconnect-europe.eu/wp-content/uploads/2020/11/D10.2.pdf> (última consulta 21/05/21).

⁵⁴ Castillo Ortiz, «The Political...», *op.cit.*, 264.

⁵⁵ STJUE (Pleno), 27 de noviembre de 2012, asunto C-370/12, paras. 130 y 131. ECLI:EU:C:2012:756.

La dicotomía entre la responsabilidad individual de cada Estado miembro y el espíritu de solidaridad puede resolverse mediante la introducción de un régimen de condicionalidad⁵⁶. A la vista de lo anterior, el Servicio Jurídico del Consejo concluye que la propuesta de DRP y la estructura de financiación propuesta resulta coherente con el artículo 125 del TFUE.

3. *Del Reglamento por el que se establece el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia*

3.1. Atribución de competencias y base jurídica

Dentro de los múltiples pilares del NGEU y como pieza fundamental del mismo, se ha aprobado MRR sobre la base del artículo 175 del TFUE para permitir a los Estados miembros coordinar sus políticas económicas y alcanzar así los objetivos de cohesión económica, social y territorial del artículo 174 del TFUE. El mencionado artículo 175 TFUE se ubica dentro del Título XVIII «Cohesión económica, social y territorial», incluido en la Tercera Parte del TFUE «Políticas y acciones internas de la unión».

El artículo 4.1 del TUE define, por exclusión, la competencia compartida como aquella que no sea exclusiva o que no sea de apoyo, coordinación o complemento. Acto seguido, el apartado 2 realiza un listado de competencias principales o destacadas, en las que se encuentra la «la cohesión económica, social y territorial». Sin embargo, el artículo 5 dice que «los Estados miembros coordinarán sus políticas económicas en el seno de la Unión», por lo que se puede hablar de un *tertium genus* o categoría intermedia entre las competencias compartidas y las de coordinación⁵⁷.

3.2. Equilibrio institucional y aplicación del Mecanismo de Alerta Temprana

Vista la propuesta de la Comisión, previa transmisión de la propuesta a los Parlamentos nacionales, visto el dictamen del Comité Económico y Social Europeo y del Comité de las Regiones, el Parlamento Europeo y el Consejo aprobaron el Reglamento 2021/241 por el que se establece el MRR, de conformidad con el procedimiento legislativo ordinario.

En términos de equilibrio institucional y presión política, para reforzar el control parlamentario sobre las instituciones de la Unión, el Tratado de Lisboa introdujo el derecho de los Parlamentos nacionales a oponerse a las

⁵⁶ Heber, «European Legal Limits for the Recovery Fund», 19.

⁵⁷ Díez Moreno, *Manual...*, *op. cit.*, 486.

propuestas políticas de la UE cuando incumple el principio de subsidiariedad, a través del Mecanismo de Alerta Temprana (MAT).

En virtud de este principio, en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, «la Unión intervendrá sólo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, [...] sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión» (artículo 5.3 del TUE). De conformidad con el artículo 2.2 del TFUE, tanto la Unión Europea como los Estados miembros están legitimados para adoptar actos jurídicamente vinculantes en el ámbito de las competencias compartidas. Sin embargo, los Estados miembros solo podrán ejercer su competencia en la medida en que la Unión no haya ejercido la suya propia (principio de *preemption* o efecto desplazamiento) o haya dejado explícitamente de ejercerla (renacionalización de competencias). En este sentido, el principio de subsidiariedad tiene como finalidad contrarrestar el efecto expansivo en las competencias compartidas y restringir las facultades de la Unión para ejercer competencias no exclusivas⁵⁸.

Cuando la Unión y los Estados miembros comparten las competencias, el principio establece una presunción en favor de que sean los Estados miembros quienes actúen. «La Unión solo debe intervenir si los objetivos no pueden ser alcanzados adecuadamente por los Estados miembros o si, debido a las dimensiones o efectos de la medida en cuestión, dichos objetivos pueden ser alcanzados mejor por la Unión»⁵⁹. Es por ello que la Unión, en sus propuestas normativas, deberá argumentar la necesidad de legislar a escala supranacional justificando que tiene una mayor eficacia y que se trata de un problema supranacional.

El principio de subsidiariedad está pensado para actuar en el campo de las competencias no exclusivas, es decir, en las compartidas y en las de coordinación, fomento y apoyo y así lo dice expresamente el artículo 5.3 del TUE (confirmando lo establecido por el Tratado de Maastricht desde 1992)⁶⁰. De esta forma se permite que los Parlamentos nacionales puedan manifestar su posición política contraria a que la Unión adopte un acto legislativo, en un plazo de ocho semanas desde que se hubiera notificado el proyecto de acto legislativo y mediante dictamen motivado.

⁵⁸ Montserrat Auzmendi Del Solar. «El refuerzo en el control de la subsidiariedad: el mecanismo de alerta rápida». *Revista Aranzadi*, n.º 5/2010 (2010): 21.

⁵⁹ Comisión Europea. *Informe de la Comisión sobre subsidiariedad y proporcionalidad*. Bruselas: 8 de octubre de 2010, 1. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010DC0547&from=es> (última consulta 21/05/21).

⁶⁰ Araceli Mangas Martín y Diego Liñán Nogueras, *Instituciones... op. cit.*, 82.

Conforme al artículo 8 del Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad, si un tercio de los Parlamentos nacionales emite un dictamen desfavorable el proyecto legislativo deberá volverse a estudiar («Tarjeta amarilla»). El proyecto podrá mantenerse, modificarse o retirarse. Por el contrario, si el número de Estados que emiten un dictamen negativo representa la mayoría simple de los votos atribuidos a los Parlamentos nacionales, la Comisión deberá justificar especialmente los motivos que la inducen a seguir adelante con la propuesta («Tarjeta naranja»).

En este sentido, resulta interesante mencionar los argumentos ofrecidos por la Comisión sobre el respeto de la subsidiariedad en su propuesta de 28 de mayo de 2020⁶¹. La financiación con cargo al presupuesto europeo se concentra en actividades cuyos objetivos no pueden ser alcanzados adecuadamente por los Estados miembros por separado («*necessity test*») y en que la intervención de la Unión puede aportar un valor añadido en comparación a la actuación solitaria de los Estados.

Asimismo, añade la Comisión que el apoyo financiero se proporciona en respuesta a una solicitud voluntaria del Estado miembro. En consecuencia, cada Estado miembro decide si es o no necesario actuar a escala de la Unión, a la luz de las posibilidades disponibles a nivel nacional, regional o local. Se añade que las medidas relacionadas con la recuperación económica y la resiliencia es una cuestión de interés común para toda la Unión. Es necesario actuar a nivel de la Unión para apoyar financieramente a los Estados miembros en lo que respecta al diseño e implantación de inversiones y reformas estructurales que permitan lograr una recuperación rápida y sólida, objetivo que no puede ser alcanzado en grado suficiente por los Estados miembros actuando por sí solos.

La Comisión Mixta para la Unión Europea de las Cortes Generales ha considerado en el Informe 5/2020 de 30 de junio de 2020⁶² que el Mecanismo es conforme al principio de subsidiariedad establecido en el artículo 5.3 del TUE. Según la Comisión, «hoy las economías están interconectadas, son dependientes las unas de las otras, y por tanto carece de realismo pensar que esta tarea, la de reconstruir los países por separado, sea posible ser alcanzado sin coordinación y una clara acción de dimensión conjunta europea». En el

⁶¹ Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un Mecanismo de Recuperación y Resiliencia, COM (2020) 408 final, de 28 de mayo de 2020.

⁶² Cortes Generales. *Informe 5/2020 de la Comisión Mixta para la Unión Europea, de 30 de junio de 2020, sobre la aplicación del principio de subsidiariedad por la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un Mecanismo de Recuperación y Resiliencia, COM (2020) 408 final*. Madrid: 30 de junio de 2020, 2. <https://www.congreso.es/cem/cmueinframitixivleg> (última consulta 21/05/21).

resto de la UE, solo Portugal⁶³ y la República Checa han emitido dictámenes en el mismo sentido, reputando conforme el MRR con el principio de subsidiariedad. El resto de Parlamentos no han emitido dictamen, muestra del poco involucramiento de algunos parlamentos nacionales con el MAT o prueba de que el MRR es acorde con el principio de subsidiariedad.

Ahora bien, tal y como ha puesto de manifiesto la doctrina, el citado mecanismo no ha cumplido con el objetivo de acercar la UE a sus ciudadanos y hacer que la Comisión sea responsable verticalmente ante los Parlamentos nacionales⁶⁴. El breve plazo de tiempo (8 semanas) que tienen los Parlamentos para elaborar el dictamen, que la intervención se limite exclusivamente al principio de subsidiariedad y no al principio de proporcionalidad y que la actuación del Parlamento se reduzca a la fase inicial del procedimiento ha restado efectividad al MAT. En palabras de la doctrina, «la Alerta Temprana nada aporta para un control parlamentario nacional de la acción política en la Unión»⁶⁵.

IV. GOBERNANZA ECONÓMICA DEL MRR

1. *Marco general de gobernanza económica de la Unión Europea en torno al Semestre Europeo*

Los países de la Unión Económica y Monetaria (UEM) comparten una moneda única (el Euro), una misma política monetaria (dirigida por el Banco Central Europeo) y un mercado interior único sin fronteras (libre circulación de mercancías, servicios, capitales y personas), aunque cada uno conserva la soberanía sobre su política fiscal. Reflejo de ello es que la interdependencia entre los mismos es cada vez mayor y en el actual mundo globalizado es difícil que los Estados puedan actuar de forma totalmente independiente y autónoma en el seno de la Unión. La crisis económica y financiera del 2008 reveló la fuerte interdependencia existente entre las economías de la Unión y puso de manifiesto la necesidad de contar con un ámbito de gobernanza

⁶³ Asamblea de la República de Portugal. *Informe de la Comisión de Asuntos Europeos*. Lisboa: 14 de julio de 2020, 4. https://ec.europa.eu/dgs/secretariat_general/relations/relations_other/npa/docs/portugal/2020/com20200445/com20200445_assembleia_opinion_pt.pdf (última consulta 21/05/21).

⁶⁴ Karolina Boronska-Hryniewiecka, «From legislative controllers to policy proponents: the evolving role of national parliaments in EU multi-level governance», en *Democratic Legitimacy in the European Union and global governance*, ed. por Beatriz Pérez de las Heras (Bilbao: Palgrave Macmillan, 2017), 65-86.

⁶⁵ Elviro Aranda Álvarez. «La alerta temprana en el procedimiento legislativo de la Unión Europea. Una reflexión sobre su utilidad desde la reciente experiencia española». *Revista de Derecho comunitario europeo*, n.º 44 (2013): 141.

económica más eficaz. Una gobernanza económica implicaba un nuevo método de trabajo sincronizado, en definitiva, una coordinación y supervisión más estrecha de las políticas económicas nacionales, articulada en torno al Semestre Europeo.

En esencia, el Semestre Europeo implica una revisión sistemática de los planes presupuestarios y las perspectivas económicas de la Unión Europea en primavera, antes de su adopción formal en otoño. De esta forma, los Estados miembros coordinan sus decisiones presupuestarias para evitar, prevenir o, en la medida de lo posible, hacer frente a las externalidades negativas inherentes a tener una política monetaria común y diferentes políticas fiscales.

El Semestre Europeo comienza a finales de otoño con la Estrategia Anual de Crecimiento Sostenible presentada por la Comisión. En ella se definen las prioridades de la Unión para el año siguiente a fin de impulsar el crecimiento y el empleo. La Comisión propone recomendaciones específicas para la zona del euro, que son debatidas por el Consejo y aprobadas por el Consejo Europeo en primavera.

En abril, los Estados miembros presentan sus Programas de Estabilidad o Convergencia delineando su estrategia presupuestaria y los Programas Nacionales de Reforma definiendo las principales inversiones estructurales. En mayo, la Comisión evalúa los programas y propone un borrador de recomendaciones específicas por país (REP), el Consejo de la Unión las adopta en el mes de julio y son refrendadas por el Consejo Europeo.

De julio a diciembre, tiene lugar el Semestre Nacional, los Estados miembros tienen en cuenta las recomendaciones al elaborar los presupuestos nacionales para el año siguiente, que deben presentar a la Comisión y al Eurogrupo antes del 15 de octubre (artículo 6 del Reglamento 473/2013⁶⁶). A continuación, la Comisión examina los planes presupuestarios presentados por los Estados y puede requerir al Estado a que revise el proyecto si constata un incumplimiento especialmente grave de las obligaciones de política presupuestaria establecidas en el Pacto de Estabilidad y Crecimiento (artículo 7.2 del Reglamento 473/2013). Por último, los Estados miembros adoptan sus presupuestos nacionales a finales de año.

De esta forma, la Comisión suplanta el papel de los Parlamentos nacionales, pues es la encargada de revisar el Presupuesto nacional en primer lugar. Este procedimiento debilita al parlamento nacional frente a su propio ejecutivo, ya que este presenta unos presupuestos que cuentan con el plácet de la

⁶⁶ Reglamento (UE) n.º 473/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, sobre disposiciones comunes para el seguimiento y la evaluación de los proyectos de planes presupuestarios y para la corrección del déficit excesivo de los Estados miembros de la zona del euro, *DOUE* n.º L140, de 27.5.2013, 18.

Unión, por lo que hay menos motivos para cuestionar el presupuesto⁶⁷. A ello hay que añadir la limitación de temporal que se impone al Parlamento nacional, que en el plazo de un mes (diciembre) debe evaluar y adoptar cualquier ley presupuestaria tras el dictamen de la Comisión Europea.

En realidad, el Semestre Europeo es un proceso que nunca se cristaliza en un acuerdo definitivo, sino que actúa más bien como una sucesión de decisiones abiertas⁶⁸. Aunque el Semestre no implica ninguna transferencia de soberanía desde los Estados miembros a la Unión Europea, ha dado a las instituciones de la Unión un papel más visible en la supervisión, escrutinio y orientación de las políticas económicas, fiscales y sociales nacionales, especialmente en la zona Euro⁶⁹.

La base jurídica de la coordinación económica se encuentra en los artículos 2, 5, 119 y 121 del TFUE, disponiendo este último que «los Estados miembros considerarán sus políticas económicas como una cuestión de interés común y las coordinarán en el seno del Consejo». La Unión Europea tiene reconocida competencia para llevar a cabo acciones con el fin de apoyar, coordinar o complementar la acción de los Estados miembros «sin por ello sustituir la competencia de éstos en dichos ámbitos» (artículo 2.5 TFUE). La conclusión relevante, tal y como ha establecido el TJUE, es que en el ámbito de política económica, la función de la Unión queda circunscrita «a la adopción de medidas de coordinación»⁷⁰, de forma que la adopción de la política económica queda en manos de los Estados miembros.

2. Procedimiento de aprobación de los PRR en el marco del Semestre Europeo y el desembolso de las contribuciones financieras

El Plan Europeo de Recuperación NGEU contempla un proceso de tres fases para poner los fondos en manos de los Estados miembros: 1) la aprobación de los PRR; 2) la aprobación del cumplimiento de los objetivos marcados en los planes y 3) la aprobación de los pagos. Se ha previsto un complejo sistema de gobernanza económica, haciendo depender el mecanismo de una doble evaluación positiva en cada una de sus fases, una supranacional (de la Comisión Europea) y otra intergubernamental (de los socios europeos). Si

⁶⁷ Damian Chalmers, «The European Redistributive State and a European Law of Struggle», *European Law Journal*, Vol. XVIII, n.º 5 (2012): 687.

⁶⁸ Mark Dawson, «The Legal and Political Accountability Structure of ‘Post-Crisis’ EU Economic Governance», *Journal of Common Market Studies*, n.º 3 (2015): 987.

⁶⁹ Amy Verdun y Jonathan Zeitlin «Introduction: the European Semester as a new architecture of EU socioeconomic governance in theory and practice», *Journal of European Public Policy*, Vol. XXV, n.º 2 (2017): 138.

⁷⁰ STJUE (Pleno), 27 de noviembre de 2012... *op. cit.*, para. 64.

bien es la Comisión Europea la encargada de evaluar los PRR y autorizar los pagos a los Estados beneficiarios, su actuación se ve contra verificada por un triple control intergubernamental: el Consejo, responsable de aprobar los PRR (fase 1); el Comité Económico y Financiero, responsable de evaluar el cumplimiento de los objetivos (fase 2) y los comités de comitología para la aprobación y ejecución de los pagos ligados al mecanismo (fase 3).

Para supervisar correctamente la ejecución de los planes, el Capítulo VII (artículos 28 y s..) del Reglamento 2021/241 establece un sistema de seguimiento y evaluación de los objetivos, que será objeto de estudio.

En este contexto, el 19 de octubre de 2021, la Comisión presentó una Comunicación para reactivar el debate público sobre la revisión del marco de gobernanza económica de la Unión⁷¹, siguiendo el compromiso adoptado por Ursula von der Leyen en su discurso sobre el estado de la Unión de 2021. El objetivo perseguido con este debate es reflexionar sobre la forma de hacer la gobernanza económica más eficaz y lograr para 2023 un consenso sobre cuál debe ser el camino a seguir. La Comisión reactiva ahora el debate público sobre el marco de la gobernanza económica, después de que suspendiera la Comunicación presentada en febrero de 2020 por la necesidad de concentrarse en hacer frente a los retos de la crisis provocada por la Covid-19⁷². En la actualidad, el debate deberá girar en torno a los nuevos retos que ha puesto de relieve la pandemia, y en particular, la gobernanza del MRR.

Conforme a la Estrategia Anual de Crecimiento Sostenible de la Comisión para el año 2021, «el Semestre Europeo y el nuevo Mecanismo de Recuperación y Resiliencia están intrínsecamente vinculados»⁷³ de forma que los programas e inversiones sugeridos por los Estados miembros deben ser consistentes con las prioridades identificadas en las recomendaciones específicas por país y la Estrategia Anual de Crecimiento Sostenible de la Comisión (artículo 17.3 del Reglamento 2021/241). Asimismo, teniendo en cuenta que los plazos del Semestre Europeo y del MRR se solaparán, es necesario adaptar el Semestre Europeo a la puesta en marcha del Mecanismo de Recuperación. A tal efecto, y con el fin de simplificar el contenido y el número de

⁷¹ Comisión Europea. *Preguntas y respuestas: la Comisión reactiva la revisión de la gobernanza económica de la UE*. Bruselas: 19 de octubre de 2021, 4. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/qanda_21_5322 (última consulta 6/11/21).

⁷² Según ha publicado la Comisión Europea en su página web se espera «un debate inclusivo con el Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité Económico y Social Europeo, el Comité de las Regiones, el Banco Central Europeo, los bancos centrales nacionales, los Gobiernos y parlamentos nacionales y con partes interesadas muy diversas».

⁷³ Comisión Europea. *Estrategia anual de crecimiento sostenible 2021*. Bruselas: 17 de septiembre de 2020. n.º COM (2020) 575 final, 14. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/TXT/?qid=1600708827568&uri=CELEX:52020DC0575> (última consulta 21/05/21).

documentos exigidos, la Comisión invita a los Estados miembros a presentar el Programa Nacional de Reformas y su Plan de Recuperación y Resiliencia en un único documento integrado.

A continuación, en el plazo de dos meses desde la presentación oficial, la Comisión evaluará los PRR en documentos analíticos que sustituirán a las recomendaciones específicas por país actuales teniendo en cuenta su pertinencia, eficacia, eficiencia y coherencia (artículo 19.1 del Reglamento 2021/241). Los planes nacionales deberán ser aprobados por el Consejo mediante un acto de ejecución en las cuatro semanas siguientes a la adopción de la propuesta de la Comisión, por mayoría cualificada y mediante un acto de ejecución (artículo 20.1 y 20.7). Se contempla así un doble filtro para la aprobación de los planes nacionales, pudiendo el Consejo bloquear una evaluación positiva de los planes nacionales por la Comisión europea. El Consejo será el árbitro encargado de aprobar (mediante mayoría cualificada) los planes y, en consecuencia, el pago del anticipo. El papel del Consejo corre el peligro de politizar las decisiones y crear tensiones entre los Estados⁷⁴. Asimismo, a diferencia de los planes nacionales de estabilidad y convergencia en el marco del Semestre Europeo, la intervención del Consejo no se limita a emitir una recomendación, sino que decide sobre la aprobación del PRR.

Los Estados debían presentar sus planes nacionales a más tardar el 30 de abril de 2021 (artículo 18.3), teniendo en cuenta las circunstancias específicas y las prioridades políticas del país. Sobre la base de estos planes, la Comisión mantuvo conversaciones con los Estados miembros que permitió una mejor comprensión mutua de los retos y prioridades tanto a nivel nacional como a nivel de la UE. La revisión del marco de gobernanza económica antes referida, debería considerar la mejor forma de garantizar la responsabilidad nacional, la confianza mutua, así como la interacción entre las dimensiones económica y presupuestaria. A 6 de noviembre de 2021, los PRR se han aprobado en 22 Estados miembros.

Una vez recibida la aprobación del Consejo, el pago de las contribuciones financieras vinculadas al MRR se hace depender del cumplimiento satisfactorio de los hitos y objetivos que figuren en los PRR de los Estados miembros. Por este motivo, la Comisión deberá solicitar el dictamen del Comité Económico y Financiero⁷⁵ (artículo 24.4 del Reglamento 2021/241), que

⁷⁴ Alfredo De Feo y Tomás Ruiz de la Ossa, «El Desafío Del Programa Next Generation EU», 85. http://idpbarcelona.net/docs/public/iccaa/2020p/nextgenerationeu_2020.pdf (última consulta 09/11/21).

⁷⁵ El Comité Económico y Financiero es un órgano consultivo, destinado a promover la coordinación de las políticas de los Estados miembros en lo relativo al funcionamiento del mercado interior. Para información sobre sus funciones y composición, véase el artículo 134 del TFUE.

deberá emitirse en el plazo de cuatro semanas desde la recepción de la evaluación preliminar de la Comisión. Los miembros de este Comité (altos funcionarios de las administraciones nacionales y los bancos centrales, el Banco Central Europeo y la Comisión) se esforzarán por alcanzar un consenso. Teniendo en cuenta que el Estatuto estipula que las decisiones se adoptarán por mayoría de los miembros (artículo 5 de la Decisión del Consejo 2012/245/EU), la expresa apelación al consenso puede interpretarse como la voluntad política de garantizar una decisión mayoritaria lo más amplia posible sobre el cumplimiento de los objetivos consignados en los planes y evitar la oposición expresa por parte de uno o más Estados miembros⁷⁶. En el caso excepcional de que uno o varios Estados consideren que existen «desviaciones graves del cumplimiento satisfactorio de los hitos y objetivos pertinentes», pueden solicitar al Presidente del Consejo Europeo para que remita esta cuestión a la próxima cumbre europea. La posibilidad de que un Estado pudiera bloquear los pagos ha sido rechazada, admitiendo en su lugar el denominado «freno de emergencia», que está inspirado en el sistema de la «*sonnette d'alarme*» belga. En este caso, la Comisión suspende el desembolso de las contribuciones financieras hasta que el Consejo Europeo haya debatido exhaustivamente el asunto⁷⁷. A su vez, los Estados miembros deberán informar sin demora al Consejo, y este, a su vez, deberá informar al Parlamento Europeo. Este proceso no debe extenderse, como regla general, más de tres meses desde que la Comisión solicite su dictamen al Comité Económico y Financiero.

En tercer lugar, una vez el Comité Económico y Financiero haya dado el visto bueno a la Comisión Europea sobre el correcto cumplimiento de los objetivos consignados en los planes nacionales, falta la aprobación de las solicitudes de pago. Dicha decisión se adoptará de conformidad con el procedimiento de examen previsto en el Reglamento (UE) n.º 182/2011. Ello supone la activación del mecanismo de comitología. La comitología es un instrumento de control intergubernamental de las competencias delegadas a la Comisión Europea por el Consejo, compuesto por comités muy especializados, que operan de acuerdo a tres procedimientos (consultivo, de examen y de reglamentación con control). En el caso del MRR, la selección del procedimiento de examen viene determinada por la voluntad política de replicar el mismo control intergubernamental ejercido en la fase 1, relativa a la aprobación de los planes nacionales. Ahora bien, la exigencia de mayoría cualificada en los comités de comitología presenta algunas particularidades: se trata

⁷⁶ Ana Mar Fernández Pasarín, «La gobernanza del plan europeo de recuperación Next Generation EU. Una triple red de control intergubernamental para un paquete financiero excepcional», *Tocqueville Papers*, n.º 1 (2020): 4.

⁷⁷ Chiodi, «Next Generation...», *op. cit.*, 102.

de comités integrados en la Comisión y, por tanto, sometidos a su liderazgo. Ello justifica que en la práctica totalidad de los casos (97%)⁷⁸, las deliberaciones finalizan con un resultado favorable para la Comisión, lo que parece apoyar la idea de una cierta desnaturalización de la comitología en la práctica.

Ahora bien, de la integración de los Planes de Recuperación y Resiliencia en el Semestre Europeo se derivan varios aspectos importantes. El planteamiento original del Semestre Europeo se basa en la premisa de la soberanía presupuestaria nacional. A pesar de la voluntad de los Estados miembros para coordinar sus políticas económicas, el Tratado no introduce formalmente ningún cambio en la soberanía nacional de los Estados miembros. Sin embargo, tanto el IRUE como el MRR forman parte de competencias compartidas con la Unión Europea, que queda autorizada a ayudar financieramente a los Estados miembros por las excepcionales circunstancias provocadas por la Covid-19. Quiere ello decir que la intervención de las instituciones europeas es completamente diferente, se trata ahora de evaluar los PRR nacionales para autorizar las transferencias en favor de los Estados.

Como se ha visto, el MRR otorga a la Comisión Europea un mayor protagonismo y mayor influencia sobre las decisiones de política económica de los Estados miembros que reciban contribuciones financieras de la UE. La Comisión es la responsable de financiar, gestionar y supervisar el nuevo Mecanismo, reforzando las ya de por sí amplias competencias de la Comisión en el ámbito de la gobernanza económica. Una vez más se hace uso del carácter neutro, técnico e independiente de la Comisión para justificar la injerencia en ámbitos políticos sensibles, con las consiguientes preocupaciones para la legitimidad y base democrática de la institución⁷⁹. Al mismo tiempo, este instrumento temporal podría ser el catalizador hacia una reforma jurídica de equilibrio institucional en la Unión Europea, una reforma de los tratados que pueda aportar claridad sobre las idiosincrasias que caracterizan el actual perfil institucional de la Comisión⁸⁰.

Asimismo, la necesidad de financiación de los Estados, combinada con la cantidad de dinero sin precedentes en juego, podría actuar como un incentivo para que los Estados miembros cumplan las recomendaciones por país emitidas por la Comisión. No debe olvidarse que la elaboración de esas recomendaciones

⁷⁸ Ana Mar Fernández Pasarín, Renaud Dehousse y Joan Pere Plaza, «Comitology: the strength of dissent», *Journal of European integration*, Vol. XLIII, n.º 3 (2020): 323.

⁷⁹ Francesco Costamagna, «Constitutional Innovation, Democratic Stagnation?», acceso el 9 de noviembre de 2021, <https://verfassungsblog.de/constitutional-innovation-democratic-stagnation/>

⁸⁰ Maria Patrin, «The European Commission Between Institutional Unity and Functional Diversification: The Case of Economic Governance», *European Papers-A Journal on Law and Integration*, Vol. VI, n.º 1 (2021): 281.

es un proceso con un componente marcadamente político y susceptible de ser sometido a fuerzas políticas exógenas⁸¹. Por lo tanto, preocupa que la presión política pueda comprometer la independencia de la Comisión en la aprobación de los planes nacionales⁸² y hasta qué punto la Comisión Europea podrá decir a Estados miembros considerados «fuertes» las políticas que deben adoptar.

Ahora bien, tal y como se infiere del artículo 28 del Reglamento 2021/241, es cierto que se derivan importantes sinergias de la incorporación del MRR en el Semestre Europeo que permitirá optimar los mecanismos de coordinación para evitar la duplicación de esfuerzos. En primer lugar, permitirá señalar e identificar las áreas prioritarias de actuación en los planes de recuperación y resiliencia, permitiendo identificar reformas y proyectos con el máximo potencial de crecimiento a largo plazo. Al mismo tiempo, el MRR permitirá incrementar la apropiación nacional de los planes nacionales al permitir a los Estados miembros establecer sus propios hitos y objetivos pertinentes que, tras ser aprobados, proporcionarán el *benchmark* necesario para su posterior evaluación. De esta forma, se puede incrementar el nivel de compromiso asumido por los Estados miembros en el seguimiento de las reformas e inversiones proyectadas al reducir la impresión de que los objetivos se imponen desde fuera (como ocurre con los presupuestos nacionales)⁸³.

3. Control de la ejecución del Mecanismo

El Reglamento encomienda a la Comisión el control de la ejecución del Mecanismo, centrado en los resultados obtenidos y en el respeto de los hitos acordados en los PRR, y no tanto en el cumplimiento formal de los objetivos.

La Comisión supervisará la aplicación de los PRR cada dos años. Tal y como se ha analizado, la Comisión comprobará el cumplimiento de los hitos y objetivos con el fin de aprobar las solicitudes de pago. Al mismo tiempo, informará con carácter anual al Consejo y al Parlamento sobre si los planes nacionales están cumpliendo sus objetivos, con el fin de permitir ajustes y autorizar el desembolso de contribuciones financieras (artículo 31.1 y 31.2).

⁸¹ Reinout Van Der Veer y Markus Haverland, «Bread and butter or bread and circus? Politicization and the European Commission in the European Semester», *European Union Politics*, Vol. IXX, n.º 3 (2018): 539.

⁸² Parlamento Europeo. *What role for the European semester in the recovery plan?*. Bruselas: 6 de octubre de 2020. n.º PE 651.368, 19. [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOL_IDA\(2020\)651368](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOL_IDA(2020)651368) (última consulta 21/05/21).

⁸³ Parlamento Europeo. *What role for the European semester in the recovery plan?*. Bruselas: 9 de noviembre de 2020. n.º PE 651.377, 21. https://www.europarl.europa.eu/thinktank/es/document.html?reference=IPOL_IDA%282020%29651377 (última consulta 21/05/21).

A tal efecto, el artículo 30, apartado 2 del Reglamento 2021/241 autoriza a la Comisión a establecer un cuadro de indicadores de la recuperación y la resiliencia que constituirá el sistema de información sobre el rendimiento del Mecanismo y mostrará los avances en la aplicación de los planes nacionales en la práctica. Para cumplir con este mandato, se otorgan a la Comisión los poderes para adoptar actos delegados (artículo 33.1). Estos poderes tienen varias finalidades referidas al proceso de seguimiento, como establecer los indicadores comunes para informar de los avances realizados, y para el seguimiento y evaluación del Mecanismo (artículo 29, apartado 4, letra a). El cuadro de indicadores estará operativo a más tardar en diciembre de 2021, estará disponible en línea de forma pública y será actualizado por la Comisión dos veces al año (artículo 30.4), después de la presentación de informes semestrales por parte de los Estados miembros en el marco del Semestre Europeo (artículo 27).

Recientemente, por medio del Reglamento delegado de la Comisión de 28 de septiembre de 2021 se han establecido los indicadores comunes y los elementos detallados del cuadro de indicadores de recuperación y resiliencia.

Conforme al artículo 2 del Reglamento delegado, los Estados presentarán sus informes sobre los avances logrados en la consecución de los planes de recuperación y resiliencia a más tardar el 30 de abril y el 15 de octubre. A tenor del artículo 3, la Comisión presentará los informes para la actualizar los indicadores a más tardar el 28 de febrero y el 31 de agosto, de forma que permitirá reflejar las actualizaciones facilitadas por los Estados miembros.

Por su parte, para la evaluación intermedia, antes del 20 de febrero de 2024, la Comisión presentará al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones un informe de evaluación independiente sobre la aplicación del MRR (artículo 32). La doctrina ha criticado el calendario previsto para el seguimiento anual y la evaluación intermedia (no más tarde del 20 de febrero de 2024), ya que la ejecución del mecanismo se encuentra todavía en una fase temprana y los datos disponibles son relativamente escasos⁸⁴.

Finalmente, la evaluación *ex post* tendrá lugar a más tardar el 31 de diciembre de 2028 mediante la emisión de un informe de evaluación independiente. El informe analizará el grado de cumplimiento de los objetivos, la eficiencia en la utilización de recursos y el valor añadido aportado. En este caso, los más críticos aducen que todavía es demasiado pronto para poder evaluar el impacto de la intervención, y sin embargo demasiado tarde para informar con éxito el siguiente período de programación.

⁸⁴ Francesco Corti y Jorge Núñez Ferrer, «Steering and Monitoring the Recovery and Resilience Plans: Reading between the lines», *CEPS Recovery and Resilience Reflection Papers*, n.º 2 (2021): 13.

Por lo tanto, la Comisión puede actuar también *a posteriori*, una vez se hayan realizado los pagos a los Estados miembros. Si en una fase posterior la Comisión detecta alguna irregularidad, puede introducir correcciones financieras, suspender los pagos futuros y recuperar el dinero ya pagado. En caso de fraude, la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF) interviene para investigar y, si confirma que se ha cometido un fraude con dinero de la UE, la Comisión comienza a trabajar para recuperar los fondos⁸⁵.

V. CONCLUSIONES

Se discute la competencia de la Unión Europea para contraer empréstitos por valor de 750.000 millones de euros destinados a financiar el Instrumento de Recuperación. Ningún precepto del Derecho originario habilita expresamente a la Unión Europea a endeudarse para financiar su presupuesto. Sin embargo, sí que existen principios presupuestarios que pretenden evitarlo, como el principio de equilibrio presupuestario (artículo 310, apartado 1 del TFUE) o mandatos normativos, como la prohibición de suscribir empréstitos (artículo 17, apartado 2 del RF).

La misma conclusión puede inferirse del principio de atribución de competencias (artículo 5.2 del TUE), si la competencia para endeudarse no está expresamente contenida en los Tratados, la Unión no puede actuar.

Ni siquiera la cláusula de flexibilidad del artículo 352, por unanimidad y previa aprobación del Parlamento Europeo puede alterar este extremo. El espíritu de solidaridad y la habilitación para prestar apoyo financiero a los Estados miembros del artículo 122 del TFUE tampoco es, a la luz de los Tratados, habilitación suficiente como para alterar esta conclusión y permitir la financiación del presupuesto de la Unión mediante la emisión de deuda pública. Por lo tanto, y desde esta óptica, la única forma para financiar el programa con deuda pública sería una reforma de los Tratados.

La posibilidad de que algún Estado miembro pueda interponer un recurso de anulación contra actos de ejecución ante el TJUE, no es un elemento de disuasión lo suficientemente eficaz para forzar a las instituciones europeas a actuar dentro de los límites de los Tratados. Para cuando el TJUE tenga oportunidad de pronunciarse, la mayor parte de los fondos habrán sido repartidos a los Estados miembros y, en aras de la seguridad jurídica, el Tribunal podría mantener los efectos de la disposición anulada (Asuntos C-166/07 y C-155/07).

⁸⁵ Comisión Europea. *The EU's 2021-2027 long-term Budget and NextGenerationEU: Facts and Figures*. Bruselas: 29 de abril de 2021. <https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/d3e77637-a963-11eb-9585-01aa75ed71a1/language-en> (última consulta 07/11/21).

En cuanto al IRUE en sí mismo, es discutible que un Instrumento de tales características pueda calificarse como temporal, pudiendo convertirse en una solución que es conveniente desplegar en futuras crisis que golpeen la Unión. Discutible también la base jurídica empleada, teniendo en cuenta que la base jurídica del artículo 352 del TFUE lo hubiera revestido de garantías adicionales, exigiendo unanimidad en el Consejo y el dictamen favorable del Parlamento Europeo.

En lo concerniente al MAT, el poco tiempo del que disponen los Parlamentos nacionales para emitir el dictamen, la no inclusión del principio de proporcionalidad en su ámbito material y el reducido involucramiento de los Parlamentos ha restado efectividad al mecanismo en su objetivo de dar visibilidad a los Parlamentos y dotar de legitimidad democrática a la UE. En el marco del MRR, solo los Parlamentos de España, Italia y la República Checa han emitido dictamen y lo han considerado conforme, prueba de la poca participación que muestran algunos parlamentos nacionales con el MAT.

En cuanto a la operativa del MRR, debe articularse un sistema capaz de controlar la ejecución de los Planes de Recuperación nacionales presentados por los Estados miembros. A tal efecto, el MRR se integrará dentro del Semestre Europeo y el acceso a los fondos quedará sujeto a un régimen de condicionalidad. Régimen de condicionalidad no lo suficientemente estricto y severo, pero que ha tenido que ser modulado por las reticencias de países como Hungría y Polonia y evitar que voten en contra de la aprobación de la DRP y puedan bloquear por completo el plan de recuperación.

Por último, adquiere relevancia el control *ex post*, una vez los fondos hayan sido distribuidos y los efectos más directos de la crisis del Covid-19 hayan comenzado a disiparse, la Comisión deberá ser capaz de mantener a los Estados en la línea de los compromisos adquiridos en sus planes de recuperación. Teniendo en cuenta lo que está en juego y que los Estados miembros necesitan la financiación, la capacidad para influenciar las políticas de los Estados miembros desde las instituciones europeas es más alta que nunca.

Por lo tanto, es evidente que la Comisión Europea desempeña un papel preponderante en el marco del NGEU, quedando autorizada a contraer empréstitos en los mercados de capitales, participando en la aprobación de los PRR y en el posterior control de los planes. La pregunta de si la Comisión está capacitada para todo ello es una cuestión cuanto menos discutida y discutible.

VI. LISTADO DE REFERENCIAS

1. *Doctrina*

Aranda Álvarez, Elviro. «La alerta temprana en el procedimiento legislativo de la Unión Europea. Una reflexión sobre su utilidad desde la reciente experiencia española». *Revista de Derecho comunitario europeo*, n.º 44 (2013): 101-153.

- Arroyo Gil, Antoni. «Cualidad estatal, soberanía, autonomía constitucional y competencia en la República Federal de Alemania: las Constituciones de los ‘Länder’». *REAF*, n.º 16 (2012): 30-73.
- Auzmendi Del Solar, Montserrat. «El refuerzo en el control de la subsidiaridad: el mecanismo de alerta rápida». *Revista Aranzadi*, n.º 5/2010 (2010): 21-28.
- Bogzeanu, Cristina. «Rule of Law in the Context of the Double Blocking of 2021-2027 Multiannual Financial Framework and Next Generation EU». En *Strategic Impact*, editado por Florian Cîrciumaru, 24-38. Bucharest: Council, 2020.
- Boronska-Hryniewiecka, Karolina. 2017. «From legislative controllers to policy proponents: the evolving role of national parliaments in EU multi-level governance». En *Democratic Legitimacy in the European Union and global governance*, editado por Beatriz Pérez de las Heras, 65-86. Bilbao: Palgrave Macmillan.
- Castillo Ortiz, Pablo José. «The Political De-determination of Legal Rules and the Contested Meaning of the ‘No Bailout’ Clause». *Social & Legal Studies*, Vol. XXVI, n.º 2 (2017): 249-272.
- Chalmers, Damian. «The European Redistributive State and a European Law of Struggle». *European Law Journal*, Vol. XVIII, n.º 5 (2012): 687-697.
- Chiodi, Francesco Maria. «Next Generation EU. Una oportunidad para una Europa más fuerte». *Cultura Económica*, n.º 100 (2020): 95-120.
- Corti, Francesco y Núñez Ferrer, Jorge. «Steering and Monitoring the Recovery and Resilience Plans: Reading between the lines». *CEPS Recovery and Resilience Reflection Papers*, n.º 2 (2021): 1-15.
- Dawson, Mark. «The Legal and Political Accountability Structure of ‘Post-Crisis’ EU Economic Governance». *Journal of Common Market Studies*, n.º 3 (2015): 976-993.
- Díez Moreno, Fernando. *Manual de Derecho de la Unión Europea*. Pamplona: Thomson Civitas, 2009.
- De Feo, Alfredo y Ruiz de la Ossa, Tomás. «El Desafío Del Programa Next Generation EU». http://idpbarcelona.net/docs/public/iccaa/2020p/nextgenerationneu_2020.pdf (última consulta 09/11/21).
- De Gregorio Merino, Alberto. «The Recovery Plan: Solidarity and the Living Constitution». *EU Law Live*, n.º 50 (2021): 1-10.
- Fernández Pasarín, Ana Mar. «La gobernanza del plan europeo de recuperación Next Generation EU. Una triple red de control intergubernamental para un paquete financiero excepcional». *Tocqueville Papers*, n.º 1 (2020): 1-6.
- Fernández Pasarín, Ana Mar, Dehousse, Renaud y Pere Plaza, Joan. «Comitology: the strength of dissent». *Journal of European integration*, Vol. XLIII, n.º 3 (2020): 311-330.
- Garicano, Luis. «Towards a European Reconstruction Fund». En *Europe in the time of Covid-19*, editado por Àgnes Bénassy-Quéré y Beatrice Weder di Mauro, 207-215. Londres: CEPR Press, 2020.
- Gros, Daniel. «Europe and the Covid-19 crisis: The challenges ahead». *CEPS Policy Insights*, n.º 20 (2020): 1-10.
- Heber, Caroline. «European Legal Limits for the Recovery Fund». *Max Planck Institute for Tax Law and Public Finance*, n.º 16 (2020): 1-29.

- Howarth, David y Schild, Joachim. «Nein to Transfer Union: the German brake on the construction of a European Union fiscal capacity». *Journal of European Integration*, Vol. XLIII, n.º 2 (2021): 207-224.
- Krotz, Ulrich y Schramm, Lucas. «An old couple in a new setting: Franco-German leadership in the post-Brexit EU». *Politics and governance*, n.º 9 (2020): 48-58.
- Mangas Martín, Araceli y Liñán Noguerras, Diego. *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*. Madrid: Tecnos, 2016: 78-82.
- Patrin, Maria. «The European Commission Between Institutional Unity and Functional Diversification: The Case of Economic Governance». *European Papers-A Journal on Law and Integration*, Vol. VI, n.º 1 (2021): 269-292.
- Rutledge, Benjamin. «The Next Generation EU: an Indebted Generation?». <https://www.politikaspolecnost.cz/wp-content/uploads/2020/12/The-Next-Generation-EU-%E2%80%95-an-Indebted-Generation-IPPS.pdf> (última consulta 21/05/21).
- Sánchez Barrueco, María-Luisa. «El nuevo marco presupuestario de la Unión Europea para la recuperación post-pandemia». *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 2 (2021): 3-7.
- . «Litigation as a means to solve conflicts between the European Parliament and the Council: one size does not fit all». En *Research Handbook on the Politics of EU Law*, editado por Paul James Cardwell y Marie-Pierre Granger 50-66. Bruselas: Edward Elgar Publishing, 2020.
- Schmidt, Vivien A. «Theorizing institutional change and governance in European responses to the Covid-19 pandemic». *Journal of European Integration*, Vol. XLII, n.º 8 (2020): 1177-1193.
- Urrea Corres, Mariola. «Algunas ineficiencias jurídicas, institucionales y políticas de la Unión a las que conduce el proyecto de construcción europea». http://repositori.uji.es/xmlui/bitstream/handle/10234/176705/Urrua_PeligrosUE.pdf?sequence=1 (última consulta 21/05/2021).
- Van Der Veer, Reinout y Haverland, Markus. «Bread and butter or bread and circuses? Politicisation and the European Commission in the European Semester». *European Union Politics*, Vol. IXX, n.º 3 (2018): 524-545.
- Verdun, Amy y Zeitlin, Jonathan «Introduction: the European Semester as a new architecture of EU socioeconomic governance in theory and practice». *Journal of European Public Policy*, Vol. XXV, n.º 2 (2017): 137-148.
- Ursula Von der Leyen, «Discurso sobre el estado de la Unión de la presidenta Von der Leyen en la sesión plenaria del Parlamento Europeo». Bruselas: 16 de septiembre de 2020. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/SPEECH_20_1655 (última consulta: 21/05/21).

2. Informes y otros documentos publicados por Instituciones públicas

- Asamblea de la República De Portugal. *Informe de la Comisión de Asuntos Europeos*. Lisboa: 14 de julio de 2020. https://ec.europa.eu/dgs/secretariat_general/rerelations/rerelations_other/npo/docs/portugal/2020/com20200445/com20200445_assembleia_opinion_pt.pdf (última consulta 21/05/21).

- AFCO Committee. *Dictamen del Comité PEVL 14pv/2021*. Helsinki: 10 de mayo de 2021. https://www.eduskunta.fi/FI/vaski/Lausunto/Sivut/PeVL_14+2021.aspx (última consulta 21/05/21).
- Comisión Europea. *Informe de la Comisión sobre subsidiariedad y proporcionalidad*. Bruselas: 8 de octubre de 2010. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010DC0547&from=es> (última consulta 21/05/21).
- . *Estado de Derecho: la Comisión inicia un procedimiento de infracción para proteger la independencia del Tribunal Supremo de Polonia*. Bruselas: 2 de julio de 2018. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/IP_18_4341 (última consulta: 21/05/21).
- . *Preguntas y respuestas: la Comisión reactiva la revisión de la gobernanza económica de la UE*. Bruselas: 19 de octubre de 2021. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/qanda_21_5322 (última consulta 6/11/21).
- . *Preguntas y respuestas: Next Generation EU: estructura jurídica*. Bruselas: 9 de junio de 2020. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/qanda_20_1024 (última consulta 21/05/21).
- . *Estrategia anual de crecimiento sostenible 2021*. Bruselas: 17 de septiembre de 2020. n.º COM (2020) 575 final <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/TXT/?qid=1600708827568&uri=CELEX:52020DC0575> (última consulta 21/05/21).
- . *Democracy vs technocracy: national parliaments and fiscal agencies in EMU governance*. Bruselas: 10 de noviembre de 2020. <https://reconnect-europe.eu/wp-content/uploads/2020/11/D10.2.pdf> (última consulta 21/05/21).
- . *The EU's 2021-2027 long-term Budget and NextGenerationEU: Facts and Figures*. Bruselas: 29 de abril de 2021. <https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/d3e77637-a963-11eb-9585-01aa75ed71a1/language-en> (última consulta 07/11/21).
- Consejo de la Unión Europea. *Dictamen del Servicio Jurídico*. Bruselas: 24 de junio de 2020. <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-9062-2020-INIT/en/pdf> (última consulta 21/05/21).
- Consejo Europeo. *Conclusiones adoptadas en la reunión extraordinaria del Consejo Europeo (17, 18, 19, 20 y 21 de julio de 2020)*. Bruselas: 21 de julio de 2020. n.º EUCO 10/20. <https://www.consilium.europa.eu/media/45124/210720-euco-final-conclusions-es.pdf> (última consulta 22/05/21).
- Cortes Generales. *Informe 5/2020 de la Comisión Mixta para la Unión Europea, de 30 de junio de 2020, sobre la aplicación del principio de subsidiariedad por la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establece un Mecanismo de Recuperación y Resiliencia, COM (2020) 408 final*. Madrid: 30 de junio de 2020. <https://www.congreso.es/cem/cmueinframitxivleg> (última consulta 21/05/21).
- Dictamen del TJCEE, 28 de marzo de 1996, dictamen 2/94. ECLI:EU:C:1996:140.
- Parlamento Europeo. *National ratification of the Own Resources Decision, Procedure completed on May 31 2021*. Bruselas: 31 de mayo de 2021. n.º PE 690.520. [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2021/690520/EPRS_BRI\(2021\)690520_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2021/690520/EPRS_BRI(2021)690520_EN.pdf) (última consulta 31/05/21).
- Resolución de 15 de abril de 2014, sobre las negociaciones sobre el marco financiero plurianual 2014-2020. (2014/2005(INI)), *DOUE* n.º C443, de 22.12.2017.

Parlamento Europeo. *Respuesta de la vicepresidenta Georgieva en nombre de la Comisión a la pregunta E-005201/2015*. Bruselas: 3 de junio de 2015, E-005201/2015. https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-8-2015-005201-ASW_ES.html (última consulta 21/05/21).

———. *What role for the European semester in the recovery plan?*. Bruselas: 6 de octubre de 2020. n.º PE 651.368, 19. [https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOL_IDA\(2020\)651368](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOL_IDA(2020)651368) (última consulta 21/05/21).

———. *What role for the European semester in the recovery plan?*. Bruselas: 9 de noviembre de 2020. n.º PE 651.377, 21. https://www.europarl.europa.eu/thinktank/es/document.html?reference=IPOL_IDA%282020%29651377 (última consulta 21/05/21).

Sveriges Riksdag. *Reasoned opinion from the Riksdag*. Estocolmo: Agosto de 2020. https://ec.europa.eu/dgs/secretariat_general/reasons/reasons_other/npdocs/sweden/2020/com20200445/com20200445_rikstag_opinion_en.pdf (última consulta 21/05/21).

3. Legislación

Versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (*DOUE* n.º C326 de 26 de octubre de 2012).

Versión consolidada del Tratado de la Unión Europea (*DOUE* n.º C326 de 26 de octubre de 2012).

Versión consolidada del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (*DOUE* n.º C325 de 24 de diciembre de 2002).

Reglamento (UE, Euratom) n.º 2018/1046 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de julio de 2018, sobre las normas financieras aplicables al presupuesto general de la Unión, por el que se modifican los Reglamentos (UE) n.º 1296/2013, (UE) n.º 1301/2013, (UE) n.º 1303/2013, (UE) n.º 1304/2013, (UE) n.º 1309/2013, (UE) n.º 1316/2013, (UE) n.º 223/2014 y (UE) n.º 283/2014 y la Decisión n.º 541/2014/UE y por el que se deroga el Reglamento (UE, Euratom) n.º 966/2012 (*DOUE* n.º L193 de 30 de julio de 2018).

Reglamento (UE) n.º 2020/2094 del Consejo, de 14 de diciembre de 2020 por el que se establece un Instrumento de Recuperación de la Unión Europea para apoyar la recuperación tras la crisis de la COVID-19 (*DOUE* n.º L1 de 22 de diciembre de 2020).

Decisión (UE, Euratom) n.º 2020/2053 del Consejo, de 14 de diciembre de 2020 sobre el sistema de recursos propios de la Unión Europea y por el que se deroga la Decisión n.º 2014/335/UE (*DOUE* n.º L424 de 15 de diciembre de 2020).

Reglamento (UE, Euratom) n.º 2020/2092 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2020 sobre un régimen general de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión (*DOUE* n.º L1, de 22 de diciembre de 2020).

Reglamento (UE, EURATOM) n.º 2020/2093 del Consejo, de 17 de diciembre de 2020 por el que se establece el marco financiero plurianual para el periodo 2021-2027 (*DOUE* n.º L1, de 22 de diciembre de 2020).

Reglamento (UE) n.º 2021/241 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de febrero de 2021, por el que se establece el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia (*DOUE* n.º L57, de 18 de febrero de 2021).

4. *Jurisprudencia*

STJCEE, 11 de junio de 1991, asunto C-300/89. ECLI:EU:C:1991:244.

——— 23 de febrero de 1988, asunto C-68/86. ECLI:EU:C:1988:85.

STJUE (Sala Quinta), 19 de septiembre de 2002, asunto C-336/00. ECLI:EU:C:2002:509.

——— (Sala Quinta), 11 de septiembre de 2003, asunto C-211/01. ECLI:EU:C:2003:452.

——— (Sala Tercera), 6 de noviembre de 2008, asunto C-155/07. ECLI:EU:C:2008:605.

——— (Sala Cuarta), 3 de septiembre de 2009, asunto C-166/07. ECLI:EU:C:2009:499.

——— (Pleno), 27 de noviembre de 2012, asunto C-370/12. ECLI:EU:C:2012:756.

——— (Gran Sala), 5 de mayo de 2015, asunto C-147/13. ECLI:EU:C:2015:299.

ANÁLISIS DE LA LEGITIMIDAD DEL INTERÉS DE GRUPO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

*The legitimacy of the group interest
in spanish legislation*

Lourdes Castro Crespo
Graduada en Derecho económico
Universidad de Deusto

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-69\(2\)-2021pp305-340](http://dx.doi.org/10.18543/ed-69(2)-2021pp305-340)

Resumen

La ausencia de regulación de los grupos de sociedades de forma sistemática y global en el ordenamiento jurídico español da lugar a una serie de problemas que generan inseguridad jurídica y que se tratan de abordar en el presente trabajo. Se centra la atención en uno de esos problemas en particular: la existencia o no del interés de grupo, su posible coordinación con el interés social y los mecanismos tuitivos de los socios externos de una sociedad integrante de un grupo (que integran el llamado «conflicto de grupo»). Los argumentos para apoyar una u otra postura proceden en buena medida de las muy valiosas aportaciones doctrinales, del derecho proyectado en el Anteproyecto de Código Mercantil y de la escasa jurisprudencia hasta la fecha.

Palabras claves

Grupos de sociedades, interés de grupo, ventajas compensatorias, responsabilidad.

Abstract

The absence of a systematic and global regulation of groups of societies by Spanish legislation is a source of legal uncertainty. This thesis analyzes the concept «interest of the group», its possible coordination with the single company's interest and the protection of creditors and minor shareholders. Due to the lack of regulation regarding groups

of companies already mentioned, the existing arguments to solve the problematic situation derive from the very valuable doctrine, from projected law and from the very scarce case law.

Keywords

Groups of companies, group interest, compensatory advantages, liability.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LOS GRUPOS DE SOCIEDADES EN EL DERECHO ESPAÑOL. 1. *Inexistencia de un Derecho de grupos de sociedades*. 2. *Noción y tipos de grupos de sociedades*. III. CONSECUENCIAS DE LA DEFICITARIA REGULACIÓN DE LOS GRUPOS DE SOCIEDADES. 1. *Modelo organizativo distinto del de la sociedad aislada*. 1.1. Ejercicio de la dirección unitaria. 1.2. Mecanismos tuitivos de socios externos y acreedores. 1.2.1. Sociedad dominante como administradora de hecho. 1.2.2. Levantamiento del velo societario. 1.2.3. Deber de fidelidad del socio de control. 1.2.4. Otras aportaciones doctrinales. 2. *Conflicto de intereses ¿legitimidad del interés del grupo?* IV. LEGITIMIDAD DEL INTERÉS DE GRUPO EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA A TRAVÉS DE LA TEORÍA DE LAS VENTAJAS COMPENSATORIAS. 1. *Antecedentes, aplicación jurisprudencial de la teoría y acogida a nivel comunitario*. 2. *Deberes de los administradores*. V. CRÍTICA A LA TEORÍA DE LAS VENTAJAS COMPENSATORIAS. VI. CONCLUSIONES. VII. REFERENCIAS.

I. INTRODUCCIÓN

La presencia en el tráfico jurídico y económico de los grupos de sociedades ha dado lugar a una serie de problemáticas que, desde un punto de vista estrictamente societario y dejando a un lado su tratamiento en otras ramas del ordenamiento, pretenden sintetizarse en el presente trabajo. Las principales cuestiones que se resolverán son: 1) si existe un interés de grupo distinto del interés social; y 2) si ese interés de grupo (en caso de que exista) es merecedor de protección en los casos en los que se contraponga al interés social de las sociedades integradas en el grupo en cuestión. Se trata de un asunto complejo, puesto que los grupos de sociedades carecen de una regulación sistemática en el ordenamiento jurídico español, por lo que las posibles soluciones vienen de la mano de la doctrina especializada y de la jurisprudencia. Precisamente esta complejidad y esta ausencia de régimen jurídico constituyen los motivos de la elección del trabajo, que pretende evidenciar la situación de inseguridad jurídica que se deriva del estado de la cuestión en el ordenamiento.

El trabajo comienza haciendo alusión a la comentada ausencia de un Derecho de grupos de sociedades en el ordenamiento jurídico y a la conveniencia de una regulación sistemática del mismo. A continuación, se define el grupo de sociedades haciendo especial hincapié en el concepto de «dirección unitaria» y se exponen los distintos tipos de grupos que pueden surgir en función de la distinta configuración de la dirección unitaria, para que sea más sencillo identificar los problemas que pueden surgir en el seno de los mismos. Tras una breve exposición de dichos problemas, se plantea al lector la pregunta clave del trabajo: ¿el interés de grupo goza de legitimidad a pesar

de no estar reconocido legalmente? El planteamiento que cuenta con un mayor consenso doctrinal y jurisprudencial —que responde afirmativamente a la cuestión— es la teoría de las ventajas compensatorias que se analiza seguidamente, para luego introducir una crítica a la misma. Finalmente, se exponen las conclusiones que derivan de todo lo anterior.

Nótese que a pesar de que el grupo lo pueden formar otros sujetos, a lo largo del trabajo se hace referencia a los grupos de sociedades, de la misma manera que se presume en todo caso que el titular de la dirección unitaria es una sociedad (cuando en la práctica pueden serlo otro tipo de entidades o personas físicas). Ello se debe a que la reducida extensión del trabajo exige atenerse a los supuestos más habituales dentro de la amplia casuística de los grupos de empresas.

II. LOS GRUPOS DE SOCIEDADES EN EL DERECHO ESPAÑOL

1. *Inexistencia de un Derecho de grupos de sociedades*

Los grupos de sociedades —a pesar de su presencia en el tráfico económico— carecen de una regulación propia en el ordenamiento jurídico español, a diferencia de otros países que han optado por un tratamiento sistemático de los mismos¹. En efecto, si bien el legislador español hace continuas referencias a los grupos de sociedades, se trata de una regulación parcial, sectorial y asistemática² en función de las necesidades de las concretas ramas del ordenamiento y que muchas veces llega a ser contradictoria³ (*vid. infra* apartado III.B). Es decir, las diferentes normas se limitan a proporcionar una definición del grupo a los solos efectos de que un determinado supuesto de hecho sea subsumible —o no— en lo regulado por ellas⁴. Algunos ejemplos de este fenómeno son el artículo 42 del

¹ Alemania fue pionera en la regulación de los grupos de sociedades con la promulgación de la *Aktiengesetz* (Ley de Sociedades por Acciones) de 1965, basándose en un modelo contractual como criterio delimitador del grupo. Portugal (a través de su Código de sociedades comerciales de 1986) y Brasil —entre otros— han seguido el ejemplo de Alemania, con fórmulas delimitadoras similares. Otros países como Italia (a través de la reforma del *Codice Civile* en 2003) han optado por un sistema orgánico, de manera que no es necesaria la concurrencia de un contrato para delimitar el grupo. *Vid.* FERNÁNDEZ MARKAIDA, Idoia. «Los grupos de sociedades en el derecho comparado: los dos grandes sistemas». En: *Los grupos de sociedades como forma de organización empresarial*. Madrid: Ed. Edersa, 2006, págs. 41-107.

² DE ARRIBA FERNÁNDEZ, María Luisa. *Derecho de grupos de sociedades*. Madrid: Ed. Civitas, 2004, págs. 25 y 39.

³ EMBID IRUJO, José Miguel. «Ante la regulación de los grupos de sociedades en España». *Revista de Derecho Mercantil*. 2012, n.º 284, pág. 7.

⁴ EMBID IRUJO, José Miguel. «La regulación de los grupos en la Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles». En: *Estudios de Derecho de sociedades y Derecho concu-*

Código de Comercio (CCom en lo sucesivo)⁵, el artículo 163 quinquies de la Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido (LIVA en lo sucesivo)⁶, el artículo 58 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (LIS en lo sucesivo)⁷, o el artículo 78 de la Ley de Cooperativas (L.Coop en lo sucesivo)⁸.

No obstante, la ausencia de un régimen propio de grupos de sociedades no puede conducir a poner en entredicho su legitimidad como forma de organizar la empresa⁹, y ello por dos motivos. En primer lugar, porque el propio ordenamiento jurídico reconoce la existencia del grupo a través de las referencias legislativas a las que se hacía alusión en el párrafo precedente, sin que en ningún caso declare su ilicitud. En segundo lugar, porque la Constitución Española de 1978¹⁰ reconoce en su artículo 38 la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, e impone el deber a los poderes públicos de garantizar y proteger su ejercicio y la defensa de la productividad¹¹. El problema surge, por tanto, no por la ausencia de regulación *per se*, sino por el desfase existente entre el Derecho de sociedades vigente y la realidad¹². Así, en palabras de Paz-Ares, el tradicional Derecho de sociedades «ha sido construido tradicionalmente bajo el modelo de una sociedad independiente, con una voluntad social propia formada en el seno de sus órganos y actuando en persecución de un interés social autónomo»¹³.

Es evidente, por tanto, que el Derecho de sociedades tradicional —basado en una «sociedad isla» o «aislada»—, se contrapone con la esencia misma del grupo, en el que coexisten una pluralidad de sujetos jurídicamente autónomos, con una voluntad social supeditada a un mandato externo impuesto o

sal. Libro Homenaje al profesor Rafael García Villaverde, I (págs. 389-408). Madrid: Ed. Marcial Pons, 2007, pág. 392.

⁵ BOE-A-1885-6627.

⁶ BOE-A-1992-28740.

⁷ BOE-A-2014-12328.

⁸ BOE-A-1999-15681.

⁹ En cuanto a la legitimidad de la empresa de grupo, *vid.* IRÁCULIS ARREGUI, Nerea. «Interés del grupo y daño patrimonial por acatamiento de una instrucción ilegítima: responsabilidad por negligencia de los administradores de la sociedad dominada». *Revista de Derecho de Sociedades*, 2017, n.º 49, pág. 7, que opina que «el grupo goza de una legitimidad de primer grado, al preverse la licitud de su constitución, pero carece de una legitimidad de segundo grado, al omitirse toda referencia a su operatividad o funcionamiento».

¹⁰ BOE-A-1978-31229.

¹¹ EMBID IRUJO, José Miguel. «Pautas para el tratamiento de los grupos de sociedades en el marco de la Unión Europea». *Noticias de la Unión Europea*. 2006, n.º 252, pág. 59.

¹² Desfase que reconoce explícitamente la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Cuarta) de 20 de octubre de 2015, rec. 172/2014. Ref. Aranzadi, RJ 2015\5210, F.j. 4.

¹³ PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido. «Uniones de empresas y grupos de sociedades». En: Menéndez Menéndez, Aurelio y Rojo, Ángel (dirs.). *Lecciones de Derecho Mercantil* (págs. 631-648). Cizur Menor: Ed. Civitas, 2019, pág. 640.

concordado¹⁴ (*vid. infra* apartado III. B). Esa dicotomía derivada de la pluralidad de empresas jurídicamente independientes y de la subordinación de las mismas a una dirección económica unitaria se conoce como «conflicto de grupo», y ante la falta de normas sustantivas que puedan solucionarlo, se han dedicado a ello la doctrina y en menor medida, la jurisprudencia¹⁵. Particularmente prolífica ha sido la jurisprudencia sobre grupos en el Derecho concursal y en el Derecho del trabajo, llegando a producir contradicciones valorativas de la figura al no existir una regulación generalizada con principios aplicables a todo el ordenamiento¹⁶. Así y en lo que respecta al Derecho del trabajo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 2005 dispone que: «es doctrina jurisprudencial reiterada de esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo que el grupo de empresas a efectos laborales no es un concepto de extensión equivalente al grupo de sociedades del Derecho Mercantil»¹⁷. Dicha doctrina jurisprudencial fue rectificadora, al establecer la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2013 que «el concepto de «grupo de empresas» ha de ser —y es— el mismo en las distintas ramas del ordenamiento jurídico, siquiera en sus diversos ámbitos —mercantil, fiscal, laboral— pueden producirse singulares consecuencias que están determinadas por diversas circunstancias añadidas»¹⁸.

En cualquier caso, la jurisprudencia sobre los grupos de sociedades relativa al Derecho concursal o laboral es insuficiente para dar respuesta al conflicto de grupo al que antes se hacía alusión, ya que para ello es preciso abordar el «núcleo duro» del derecho de grupos de sociedades: la interacción pacífica de las especialidades propias de esta singular forma de empresa con las normas e instituciones del vigente Derecho de sociedades pensado para regular sociedades aisladas¹⁹. En otras palabras, el núcleo duro del Derecho de grupos de sociedades trata al mismo tiempo de legitimar el interés del grupo y de limitar su alcance como forma de tutela de las sociedades

¹⁴ DE ARRIBA FERNÁNDEZ, María Luisa. *Derecho de grupos de sociedades... op. cit.*, págs. 32 y ss.

¹⁵ EMBID IRUJO, José Miguel. «Ante la regulación de los grupos de sociedades en España... *op. cit.*», pág. 6.

¹⁶ EMBID IRUJO, José Miguel. «Ante la regulación de los grupos de sociedades en España... *op. cit.*», pág. 3.

¹⁷ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Cuarta) de 3 de noviembre de 2005, rec. 3400/2004. Ref. Aranzadi, RJ 2006\1244, F.j. 3. En el mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Cuarta) de 23 de octubre de 2012, rec. 351/2012. Ref. Aranzadi, RJ 2012\10711, F. j. 3.

¹⁸ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Cuarta) de 27 de mayo de 2013, rec. 78/2012. Ref. Aranzadi, RJ 2013\7656, F. j. 8.

¹⁹ EMBID IRUJO, José Miguel. «La aportación judicial a la construcción del derecho de los grupos de sociedades». *Revista Lex Mercatoria*. 2016, n.º 3, pág. 37.

individualmente consideradas que lo integran, así como de sus socios y acreedores²⁰, y debe ser tratado, por tanto, desde una perspectiva estrictamente societaria. Aunque no ha sido abundante la jurisprudencia que ha tratado el tema desde el punto de vista del Derecho de sociedades (y por tanto no se puede decir que exista un sólido corpus judicial sobre el grupo con esta orientación)²¹, cabe destacar las Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2015²² y de 12 de abril de 2007²³, a las que se hará alusión a lo largo del presente trabajo.

En resumidas cuentas, es necesario seguir el ejemplo de países como Alemania, Portugal o Italia y regular los grupos de sociedades de manera sistemática, generalizada y detallada por dos motivos. Por un lado, para evitar el tratamiento del grupo de forma diversa según la óptica de cada una de las ramas del ordenamiento. Por otro lado, para regular el conflicto de grupo, de manera que se reconozca el interés del grupo y se establezcan límites claros al mismo. Dicha necesidad se hace patente en la exposición de motivos del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (LSC en lo sucesivo)²⁴, que declara la voluntad de provisionalidad con la que nació el texto refundido, en parte por el deber del legislador de afrontar, en el inmediato futuro, la creación de un Derecho sustantivo de los grupos de sociedades (que reconoce confinado hasta ahora «en el régimen de las cuentas consolidadas y en esas normas episódicas dispersas por el articulado»).

Sin embargo, han fracasado todos los intentos de crear un Derecho de grupos tanto a nivel europeo como nacional. En lo que al ámbito nacional se refiere (y dentro del campo del Derecho proyectado), cabe destacar la valiosa aportación que hace al respecto el Anteproyecto de Código Mercantil (ACM) aprobado por el Consejo de Ministros el 30 de mayo de 2014. A nivel europeo, no han sido pocos los intentos de las instituciones para sacar adelante un Derecho europeo en materia de grupos: en un primer momento fracasó el proyecto de la Novena Directiva europea sobre grupos de sociedades, debido a la «paralización de la armonización legislativa en materia de sociedades

²⁰ EMBID IRUJO, José Miguel. «El derecho de los grupos de sociedades: entre las medidas de tutela y la organización de la empresa policorporativa», *Revista de Derecho Mercantil*. 2017, n.º 304 (versión electrónica).

²¹ EMBID IRUJO, José Miguel. «Interés del grupo y ventajas compensatorias. Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo (sala primera) de 11 de diciembre de 2015», *Revista de Derecho Mercantil*. 2016, n.º 300 (versión electrónica).

²² Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera) n.º 695/2015, de 11 de diciembre de 2015. Ref. Aranzadi, RJ 2015\5440.

²³ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera) n.º 400/2007, de 12 de abril de 2007, Ref. Aranzadi, RJ 2007\2410.

²⁴ BOE-A-2010-10544.

mercantiles de capital, la subsidiariedad de la legislación europea frente a la nacional, y la competencia de los ordenamientos jurídicos como sustitutivo de la convergencia normativa»²⁵, en opinión de Embid Irujo. Tras el fracaso de la Novena Directiva, expertos en la materia de distintas partes de la Unión Europea (UE) elaboraron un proyecto de naturaleza privada al margen de las instituciones de la UE en el denominado *Forum Europaeum*. La propuesta contenida en el proyecto se aleja de la voluntad uniformadora y sistemática de la Novena Directiva, y trata de lograr un consenso en torno al núcleo duro de la regulación de los grupos de sociedades en Europa —la «filosofía de la regulación»²⁶—. De lo que se trata es de crear normas que faciliten y posibiliten el funcionamiento normal de los grupos, más que de crear normas restrictivas o prohibitivas para crear así un *equal playing field* entre todos los Estados miembros²⁷. Sobre la base del *Forum Europaeum* se elabora el Informe Winter por un equipo de juristas europeos, que aboga, asimismo, por un Derecho europeo de grupos reducido basado en planteamientos comunes. Ni el *Forum Europaeum* ni el Informe Winter han producido el efecto de impulsar a las instituciones europeas a elaborar una propuesta normativa, pero es importante a este respecto mencionar el Informe del Grupo de Reflexión sobre el futuro del Derecho europeo de sociedades (Report of the Reflection Group on the Future of EU Company Law) elaborado por la Comisión Europea en 2010 en el que se reconoce que sería beneficioso adoptar una recomendación que reconozca el interés del grupo en el marco de la Unión Europea. Más recientes son las propuestas contenidas en el Informal Company Law Expert Group de 2016: Report on the recognition of the interest of the group (ICLEG), en el informe del European Company Law Experts de 2016: A proposal for reforming group law in the European Union — Comparative observations on the way forward (ECLE) y en el European Model Company Act de 2017 (EMCA), todas ellas elaboradas por grupos de expertos.

2. Noción y tipos de grupos de sociedades

Se ha indicado previamente que no existe en el ordenamiento jurídico español un concepto universal de grupo de sociedades. De hecho, es frecuente que se den contradicciones entre las distintas disposiciones normativas a este

²⁵ EMBID IRUJO, José Miguel. «El significado jurídico de los grupos de sociedades. La corporate governance». *Ekonomiaz*. 2008, n.º 68, pág. 69.

²⁶ EMBID IRUJO, José Miguel. «Pautas para el tratamiento de los grupos de sociedades en el marco de la Unión Europea... *op. cit.*, pág. 60.

²⁷ EMBID IRUJO, José Miguel. «A la búsqueda de un Derecho de grupos en Europa». *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*. 2004, n.º 231, pág. 40.

respecto. Por ejemplo, a pesar de que tanto para el CCom (artículo 42) como para la LIS (artículo 58), el elemento esencial para la existencia de un grupo es el control o dominio que una sociedad ejerce sobre otras, sendas leyes utilizan criterios distintos para determinar cuándo se produce ese control o dominio (un sistema de presunciones y una participación mínima en el capital social, respectivamente). No obstante y desde una perspectiva del Derecho mercantil, resulta pacífico considerar que la definición del grupo del artículo 42 del CCom trasciende del mero supuesto de hecho que regula (la consolidación contable) y constituye una importante referencia del Derecho sobre grupos²⁸. Ello se debe a la remisión que hacen a dicho artículo diferentes normas en el ámbito mercantil. En efecto, tanto la Ley del Mercado de Valores (LMV en lo sucesivo)²⁹ en su artículo 5 como la LSC en su artículo 18 se remiten al artículo 42 CCom, a los efectos de determinar qué se entiende por grupo en cada una de dichas leyes.

Como se adelantaba, para el artículo 42 CCom existe un grupo «cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras». A continuación, establece una presunción de control cuando una sociedad —que se calificará como dominante— se encuentre en relación con otra sociedad —que se calificará como dependiente— en alguna de las siguientes situaciones: posea la mayoría de los derechos de voto; tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración; pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto y/o haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración³⁰. A pesar de la relevancia práctica de este artículo por las remisiones que hacen al mismo normas tan importantes en el Derecho mercantil como la LSC, ha sido duramente criticado tras su reforma por la Ley 16/2007, de 4 de julio, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea³¹. Ello es

²⁸ EMBID IRUJO, José Miguel. «Un paso adelante y varios atrás: sobre las vicisitudes recientes del concepto legislativo del grupo en el ordenamiento español». *Revista de Derecho de Sociedades*. 2008, n.º 30, pág. 6.

²⁹ BOE-A-2015-11435.

³⁰ El ACM aprobado por el Consejo de Ministros el 30 de mayo de 2014 introduce otras dos situaciones cuya concurrencia dará lugar a la presunción de existencia de grupo en su artículo 291-3: «cuando una sociedad haya incluido en la denominación elementos significativos de la denominación o del anagrama de otra sociedad o de signo distintivo notorio o registrado a nombre de ésta o de cualquier otra sociedad perteneciente al grupo» y «cuando una sociedad haya hecho constar en la documentación o en cualquier clase de publicidad la perteneciente de la misma al grupo». La regulación sobre grupos se mantiene invariable en la actualización de la propuesta de Anteproyecto de marzo de 2018.

³¹ BOE-A-2007-13023.

así porque gran parte de la doctrina considera más adecuado sustituir la noción de «control» o «dominio» por la de «dirección unitaria», «unidad de decisión» o «dirección económica común» como verdadero elemento delimitador del grupo, volviendo así a la redacción del artículo 42 CCom previo a la reforma mencionada³². Por eso, Paz-Ares define acertadamente el grupo como «la organización de varias sociedades jurídicamente independientes bajo una dirección económica unitaria»³³. Sí existen, en cambio, otras normas en el ordenamiento jurídico español que hacen referencia a esa dirección unitaria. Son paradigmáticos en este sentido el artículo 78 L.Coop., que entiende como grupo (cooperativo) «el conjunto formado por varias sociedades cooperativas, cualquiera que sea su clase, y la entidad cabeza de grupo que ejercita facultades o emite instrucciones de obligado cumplimiento para las cooperativas agrupadas, de forma que se produce una unidad de decisión en el ámbito de dichas facultades», y el artículo 7.2 de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC en lo sucesivo)³⁴, al hablar de «ejercer una influencia decisiva sobre una empresa».

La diferencia entre dependencia, control o dominio y dirección unitaria no es baladí. Esta última supone una «planificación económica del colectivo por parte de la matriz y determina las líneas de actividad de cada sociedad agrupada y su participación en la consecución del interés del grupo»³⁵ (De Arriba Fernández). Se puede definir, asimismo, como la facultad de la entidad cabeza de grupo de impartir instrucciones de obligado cumplimiento³⁶, convirtiendo así al grupo en la forma de vinculación empresarial más intensa, más allá de la cual solo queda la fusión³⁷. La dependencia, por su parte, no es más que la mera posibilidad de la sociedad dominante de ejercer una

³² En este sentido DE ARRIBA FERNÁNDEZ, María Luisa. *Derecho de grupos de sociedades... op. cit.*, pág. 84, PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido. «Uniones de empresas y grupos de sociedades»... *op. cit.*, pág. 636, EMBID IRUJO, José Miguel, «Interés del grupo y ventajas compensatorias... *op. cit.* (versión electrónica) y CASTRO DE LUNA, Manuel José. «Hacia un modelo contractual del concepto de grupo de sociedades». *Revista Quincena Fiscal*. 2015, n.º 20, pág. 3.

³³ PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido. «Uniones de empresas y grupos de sociedades»... *op. cit.*, pág. 636.

³⁴ BOE-A-2007-12946.

³⁵ DE ARRIBA FERNÁNDEZ, María Luisa. *Derecho de grupos de sociedades... op. cit.*, pág. 201.

³⁶ *Vid.* artículo 78.1 L.Coop.

³⁷ DE ARRIBA FERNÁNDEZ, María Luisa. *Derecho de grupos de sociedades... op. cit.*, págs. 79 y ss. En contra, el profesor Paz-Ares, que considera que las instrucciones de la sociedad matriz no pueden ser consideradas como de obligado cumplimiento para los administradores de la filial debido al papel de gatekeepers de los intereses de esta. *Vid.* PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido. *¿Derecho común o derecho especial de grupos? Esa es la cuestión*. Pamplona: Ed. Civitas, 2019, págs. 58 y ss.

influencia sobre la dominada (o dominadas). Es decir, el control de otras sociedades puede constituir un medio para alcanzar la dirección unitaria —el «origen de la dirección unitaria» del que se hablará a continuación—, pero no puede identificarse automáticamente con una dirección económica común. En este mismo sentido se pronuncia la Audiencia Provincial de Vizcaya en su Sentencia de 13 de junio de 2002, al considerar como notas delimitadoras del concepto de grupo: «1) Pluralidad de empresas independientes; 2) Instrumento de obtención del poder de dirección; en su mayoría se comporta como elemento de control sin olvidar otras formas (...) y 3) La dirección unitaria»³⁸.

Ahora bien, la dirección unitaria se puede configurar de muy diversas maneras, dando lugar a distintos tipos de grupos. Así, se puede realizar una primera clasificación de grupos en función del instrumento de creación de la dirección unitaria, dando lugar a grupos de base contractual, personal o financiera o societaria. En estos últimos, la dirección unitaria tiene su origen en la participación de la matriz en el capital de las filiales³⁹. En cuanto a los grupos de base contractual, la dirección unitaria se origina por medio de un contrato entre las entidades agrupadas, dejando un amplio margen a la autonomía de la voluntad, siendo así que el contrato mismo determinará si se trata de un grupo por coordinación o por subordinación (en cuyo caso se tratará de un contrato de dominación), y regulará los límites del ejercicio de la dirección unitaria a efectos de proteger a los acreedores y socios externos de las sociedades del grupo. Por último, los grupos de base personal tienen su origen en la identidad personal de quienes desempeñan cargos de administradores en las distintas sociedades del grupo⁴⁰.

Una segunda distinción de grupo se puede realizar en función de la concurrencia —o no— de un elemento de dependencia entre los miembros del grupo. Si se da dicho elemento —o lo que es lo mismo, una relación de control de la sociedad matriz (en este caso, dominante) sobre la filial (en este caso, dominada)—, se trata de un grupo vertical, de estructura jerárquica o por subordinación. En otro caso, será un grupo horizontal, de estructura paritaria o por coordinación. Si bien los instrumentos de creación de la dirección unitaria han sido convenientemente analizados en el párrafo precedente, su adecuación a los grupos de estructura paritaria requiere cierta matización. En

³⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 3ª) n.º 311/2002, de 13 de junio de 2002, Ref. Aranzadi, JUR 2002\211271. F. j. 2.

³⁹ La participación en el capital de las filiales puede derivar en el ejercicio de una efectiva dirección unitaria si permite a la dominante (se hablaría de control en este caso) obtener la mayoría de los derechos de voto en la Junta General, así como nombrar a la mayor parte del Consejo de Administración.

⁴⁰ FUENTES NAHARRO, Mónica, *Grupos de sociedades y protección de acreedores (una perspectiva societaria)*. Cizur Menor: Ed. Aranzadi, 2007, págs. 50 y ss.

este tipo de grupos en los que no media una situación de dependencia o control es habitual la creación de un contrato de grupo, las reuniones periódicas de los administradores de las entidades agrupadas a efectos de fijar la dirección económica común, e incluso la creación de una sociedad *ad hoc* encargada de ejercer la dirección unitaria (que actuará de sociedad matriz, no así de dominante)⁴¹.

En efecto, en los grupos horizontales la dirección unitaria no se impone desde la matriz, sino que todas las sociedades participan en la dirección económica común de manera igualitaria y coordinada⁴². Es por ello que este tipo de grupos se presenta como la forma idónea de inclusión de todo tipo de personas jurídicas. Si bien no parece haber problema en que formas jurídicas distintas de las sociedades de capital (o incluso personas físicas) integren un grupo de estructura vertical como dominantes, su integración como dominadas sí puede colisionar con la naturaleza misma de dichas entidades. Este es el caso, por ejemplo, de las cooperativas —en las que el principio democrático en el que se inspiran es incompatible con el hecho de hallarse supeditadas a la dirección económica de otra sociedad— o de las fundaciones —en las que parece difícil compaginar el fin de interés general que deben perseguir con el interés del grupo en su conjunto⁴³—. Como se puede fácilmente observar, la definición de grupo del artículo 42 CCom únicamente comprende a los grupos por subordinación al exigir una relación de dependencia. Por contra, el ACM introduce el concepto de dirección unitaria, y entiende que existe un grupo —además de cuando se da una situación de control de una misma persona natural o jurídica sobre otra y otras— «cuando dos o más sociedades independientes actúen coordinadamente entre sí bajo una dirección única por virtud de pactos o contratos entre ellas» (artículo 291-1), por lo que no excluye a los grupos por coordinación. Además, hace referencia expresa a los mismos en el artículo 291-4, al disponer que las normas sobre grupos serán aplicables, en lo que proceda, «a aquellos grupos en los que dos o más sociedades independientes actúen coordinadamente entre sí bajo un poder de dirección unitario y común».

Una tercera distinción de los grupos de empresas basada en el origen de la dirección unitaria es la que da lugar a los grupos de hecho y de Derecho. En estos últimos, la dirección unitaria que caracteriza al grupo se crea por

⁴¹ FUENTES NAHARRO, Mónica. *Grupos de sociedades y protección de acreedores (una perspectiva societaria)*... *op. cit.*, pág. 105 y 106.

⁴² DE ARRIBA FERNÁNDEZ, María Luisa. *Derecho de grupos de sociedades*... *op. cit.*, págs. 97 y 333.

⁴³ EMBID IRUJO, José Miguel. «Ante la regulación de los grupos de sociedades en España»... *op. cit.*, pág. 13.

medio de los cauces jurídicos establecidos al efecto, mientras que en los primeros son circunstancias diversas las que pueden dar lugar al origen del grupo (las presunciones previstas en el artículo 42 CCom, los cauces comunes de creación de grupos anteriormente mencionados, etc.). Como se ha reiterado en repetidas ocasiones, en España no hay un régimen jurídico específico para los grupos de empresas, por lo que carece de sentido hablar de grupos de Derecho (excepción hecha al grupo cooperativo, regulado en el artículo 78 L.Coop.)⁴⁴.

Por otro lado, el distinto alcance de la dirección unitaria puede dar lugar a grupos más o menos centralizados, en función del grado de autonomía empresarial de las entidades sometidas a la unidad de decisión, de manera que el grupo será más centralizado cuantas más facultades se atribuyan a la entidad que dirige el grupo y menos libertad empresarial corresponda a las filiales. Ahora bien, el margen de autonomía en el ejercicio de la actividad empresarial debe estar sujeto a un límite por debajo del cual no se puede hablar ya de grupo, puesto que se desvirtúa el concepto de dirección económica común (ni siquiera como grupo descentralizado). Los partidarios de un concepto estricto del grupo fijan ese límite en el desarrollo, por parte de la entidad matriz, de una política de financiación común para todas las entidades que conforman el grupo⁴⁵. Este requisito mínimo se hace patente en el varias veces mencionado artículo 42 CCom. En efecto, si se considera que el grupo requiere, al menos, la planificación y control del sector financiero, es razonable exigir la elaboración de unas cuentas anuales consolidadas del conjunto del grupo⁴⁶. También es representativo del concepto estricto de grupo el artículo 163 quinquies de la LIVA, que requiere que la entidad dominante y sus dependientes «se hallen firmemente vinculadas entre sí en los órdenes financiero, económico y de organización». El concepto amplio, por contra, sostiene que la dirección unitaria debe manifestarse sobre cualquiera de los sectores empresariales fundamentales. Este parece ser el punto de vista del artículo 78 de la Ley de Cooperativas, que no restringe las facultades que debe ejercer la entidad cabeza del grupo⁴⁷.

⁴⁴ DE ARRIBA FERNÁNDEZ, María Luisa. *Derecho de grupos de sociedades...* *op. cit.*, págs. 94 y 95.

⁴⁵ EMBID IRUJO, José Miguel. «Ante la regulación de los grupos de sociedades en España»... *op. cit.*, pág. 16. En el mismo sentido, PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido. «Uniones de empresas y grupos de sociedades»... *op. cit.*, pág. 636.

⁴⁶ DE ARRIBA FERNÁNDEZ, María Luisa. *Derecho de grupos de sociedades...* *op. cit.*, págs. 207 y ss.

⁴⁷ EMBID IRUJO, José Miguel. «Ante la regulación de los grupos de sociedades en España»... *op. cit.*, pág. 16.

III. CONSECUENCIAS DE LA DEFICITARIA REGULACIÓN DE LOS GRUPOS DE SOCIEDADES

1. *Modelo organizativo distinto del de la sociedad aislada*

1.1. Ejercicio de la dirección unitaria

Ya se ha aclarado que el grupo de sociedades es una forma de organización empresarial legítima, cuya particularidad radica en la unidad económica del conjunto y en la independencia jurídica de cada una de las sociedades que lo integran. Precisamente este último elemento —la independencia jurídica— supone que de cara a terceros, la sociedad integrada en un grupo ofrece una apariencia de normalidad organizativa, ya que aparentemente nada la diferencia de una «sociedad isla» (ambas tienen los mismos deberes contables, registrales, se gobiernan por los mismos órganos: junta general y órgano de administración...). Sin embargo, la realidad interna de la sociedad integrada en un grupo es bien distinta: como consecuencia de la política económica a la que se ha hecho referencia con anterioridad, los grupos de sociedades actúan en consonancia con una dirección unitaria común, por lo que el órgano o la sociedad (matriz) que ostente dicha dirección unitaria será quien defina las políticas que deberá seguir cada sociedad agrupada⁴⁸. Siendo lo más habitual que sea una sociedad (matriz) la encargada de ejercer la dirección unitaria, será su órgano de administración —como órgano gestor y representante de la sociedad— el encargado de fijar en la práctica la política económica común y de dictar las instrucciones a los órganos de administración de las sociedades dependientes⁴⁹ (que serán más o menos frecuentes y permitirán un mayor o menor margen de discrecionalidad empresarial en función de si se trata de un grupo centralizado o descentralizado). Todo ello es aún más acusado en los grupos de base societaria —en los que la dirección unitaria se ejerce a través del derecho de voto de la matriz en la Junta General de las filiales (lo que permitirá impartir instrucciones al órgano de administración o someter a su autorización la adopción por dicho órgano de decisiones o acuerdos sobre determinados asuntos de gestión ex artículo 161 LSC), así como en la facultad de nombrar a la mayoría de miembros del órgano de administración⁵⁰— y en los grupos de base personal, en los que la identidad de los administradores de las distintas sociedades pone de manifiesto la voluntad de máxima integración empresarial.

⁴⁸ FUENTES NAHARRO, Mónica. *Grupos de sociedades y protección de acreedores (una perspectiva societaria)*... *op. cit.*, pág. 78.

⁴⁹ FUENTES NAHARRO, Mónica. *Grupos de sociedades y protección de acreedores (una perspectiva societaria)*... *op. cit.*, pág. 106.

⁵⁰ BUSTILLO TEJEDOR, Luis. «Los grupos de sociedades». *Cuadernos de derecho y comercio*. 2014, n.º 62, pág. 43.

Como consecuencia de este singular modo de organizar la empresa, se producen alteraciones tanto en la estructura societaria de las filiales como de la matriz. Así, para este último caso valga como ejemplo el siguiente supuesto: una sociedad adquiere o constituye otra sociedad (convirtiéndose una y otra en matriz y filial, respectivamente) para cederle el uso y explotación de ciertos activos. Consecuentemente, la Junta General de la matriz dejará de controlar y de poder tomar decisiones sobre esos activos, correspondiendo su gestión al órgano de administración de la filial según las instrucciones procedentes de los administradores de la matriz⁵¹ (a través, entre otras vías, de su voto en la Junta General de la filial como representantes de la matriz). En este sentido, se puede hablar de una pérdida de soberanía de los socios de la matriz en favor de sus administradores⁵². También se distorsiona la estructura societaria de la filial. Esta distorsión se aprecia, en primer lugar, desde un punto de vista meramente organizativo: en este caso, son los dos órganos de gobierno (la Junta General y el órgano de administración) los que quedan limitados por la política económica que, en su caso, decida llevar a cabo el órgano titular de la dirección unitaria. La profesora Fuentes Naharro tilda este fenómeno de «usurpación de competencias orgánicas»⁵³. En segundo lugar, se produce una distorsión desde el punto de vista patrimonial: es habitual que se produzca un mercado interno dentro del grupo, organizado en función de lo que sea más conveniente en términos de estrategia empresarial (un intercambio de bienes, servicios, derechos y obligaciones intragrupo en el marco de las llamadas «operaciones vinculadas»)⁵⁴. Buen ejemplo de ello es el *cash-pooling*, un habitual mecanismo de préstamos automáticos intragrupo consistente en «un acuerdo entre todas (o varias) sociedades de un mismo grupo que tiene por objeto la gestión de una cuenta corriente bancaria centralizada (*pool* o *master account*) por parte de una de ellas (sociedad *pooler*) en la cual se vierten con carácter periódico —normalmente diario— los saldos de activos y pasivos de las cuentas corrientes bancarias (periféricas) de las diversas sociedades que componen ese grupo»⁵⁵ (Fuentes Naharro). La

⁵¹ PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido. «Uniones de empresas y grupos de sociedades»... *op. cit.*, pág. 640.

⁵² IRÁCULIS ARREGUI, Nerea. «Derecho de separación del socio externo de la sociedad matriz y de la filial: controvertida construcción de este mecanismo de protección». *Revista de Derecho Mercantil*. 2018, n.º 308, pág. 37.

⁵³ FUENTES NAHARRO, Mónica. *Grupos de sociedades y protección de acreedores (una perspectiva societaria)*... *op. cit.*, págs. 78 y ss. En el mismo sentido, Paz-Ares Rodríguez, Cándido. «Uniones de empresas y grupos de sociedades»... *op. cit.*, págs. 640 y 641.

⁵⁴ PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido. «Uniones de empresas y grupos de sociedades»... *op. cit.*, pág. 641.

⁵⁵ FUENTES NAHARRO, Mónica. «El contrato de «cash pooling»». *Revista de derecho mercantil*. 2014, n.º 291, pág. 235.

función económica es, por tanto, el ahorro de costes financieros gracias a la gestión unitaria de aquella «cuenta centralizada»⁵⁶ (sin perjuicio de que las operaciones financieras intragrupo, como tales operaciones vinculadas hayan de realizarse a condiciones de mercado).

El propio modelo organizativo del grupo acaba produciendo en la práctica situaciones para las que el Derecho común de sociedades no tiene respuesta alguna. A efectos del presente trabajo, se centrará la atención en el daño patrimonial que pueden sufrir las sociedades filiales con causa en una política de grupo⁵⁷. Daño que soportarán directamente los socios de la sociedad perjudicada, e indirectamente sus acreedores⁵⁸.

1.2. Mecanismos tuitivos de socios externos y acreedores

Los socios externos, desde un punto de vista formal son aquellos socios de la sociedad dependiente que no tengan participación, directa o indirecta, en el capital de la sociedad dominante⁵⁹. No obstante, un importante sector doctrinal aboga por una definición más amplia, en la que quepan todos los socios que no pertenezcan al círculo de poder del grupo (incluyendo a los de la sociedad dominante)⁶⁰. En cualquier caso, se trata de los socios merecedores de una protección especial porque son los que van a tener que «soportar» el sometimiento⁶¹ de su sociedad a una política

⁵⁶ FUENTES NAHARRO, Mónica. «El contrato de «cash pooling»... *op. cit.*, pág. 237.

⁵⁷ Precisamente en el daño patrimonial que pueden sufrir las sociedades filiales con causa en una política de grupo es donde radica el debate doctrinal en materia de grupos. Se trata de determinar qué interés es prioritario en tal supuesto: el interés social reconocido y garantizado en la LSC o el interés de grupo (*vid. infra* apartado III. B).

⁵⁸ FUENTES NAHARRO, Mónica. *Grupos de sociedades y protección de acreedores (una perspectiva societaria)*... *op. cit.*, pág. 81.

⁵⁹ Definición de socios externos del artículo 291-15 ACM.

⁶⁰ IRÁCULIS ARREGUI, Nerea. «Derecho de separación del socio externo de la sociedad matriz y de la filial... *op. cit.*, pág. 2. En el mismo sentido, FUENTES NAHARRO, Mónica. *Grupos de sociedades y protección de acreedores (una perspectiva societaria)*... *op. cit.*, pág. 93. En contra DE ARRIBA FERNÁNDEZ, María Luisa. *Derecho de grupos de sociedades*... *op. cit.*, págs. 173 y ss., que solo considera como socios externos, como merecedores de protección, a los de las sociedades filiales.

⁶¹ No hay consenso respecto a si la protección especial debe extenderse a los socios de las sociedades integradas en un grupo paritario. *Vid.* FUENTES NAHARRO, Mónica. *Grupos de sociedades y protección de acreedores (una perspectiva societaria)*... *op. cit.*, pág. 91, que considera que las sociedades que forman un grupo por coordinación están igualmente supeditadas a la dirección unitaria y por lo tanto sus socios externos son igualmente merecedores de mecanismos tuitivos (aunque la dirección unitaria sea acordada por todas las sociedades del grupo y no impuesta por una de ellas), por lo que puede redundar igualmente en perjuicios para una de las sociedades integrantes. En el mismo sentido,

económica común impuesta desde el exterior (lo que en ocasiones redundará en perjuicios patrimoniales para su sociedad y por lo tanto también para el socio en cuestión, ya que su objetivo no es maximizar el rendimiento del grupo, sino de la sociedad en la que han invertido⁶²). Algunos autores llegan incluso a plantear que el reconocimiento de la legitimidad del interés del grupo (que será lo que permitirá a los administradores de la filial ejecutar instrucciones perjudiciales que redunden en beneficio del grupo) constituye una novación causal del contrato de sociedad⁶³ (*vid. infra* apartado V). Este planteamiento ha dado lugar a cuestionar si la mera integración de una sociedad en un grupo es causa con virtualidad suficiente como para fundamentar el derecho de separación del socio externo⁶⁴. Si bien la integración en un grupo no aparece como causa legal de separación del artículo 346.1 LSC, sí lo hace la sustitución o modificación sustancial del objeto social (artículo 346.1.a) LSC). La cuestión, por tanto, está en determinar si se puede entender que la integración de una sociedad en un grupo constituye una modificación tácita del objeto social. La jurisprudencia parece acoger dicha interpretación, al alejarse de interpretaciones formalistas del precepto y entender que también acoge modificaciones efectivas del objeto social, y no únicamente modificaciones formales⁶⁵. Así se desprende de la STS de 10 de marzo⁶⁶, que determina que el fin de la norma es respetar la voluntad del socio que ingresó en una sociedad que explotaba un determinado negocio, admitiendo por tanto que el mismo condicione su permanencia a la de la finalidad objetiva que fue la base de su relación con aquella. Es decir, que el socio podrá separarse de la sociedad cuando, aun sin haberse producido una efectiva modificación estatutaria, la sociedad se ha convertido en una realidad jurídica o económica distinta⁶⁷ (lo que ocurrirá de forma recurrente en las operaciones de

SACRISTÁN REPRESA, Marcos. «El grupo de estructura paritaria: caracterización y problemas», *Revista de Derecho Mercantil*. 1982, n.º 165-166, págs. 439-440.

⁶² PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido. «Uniones de empresas y grupos de sociedades»... *op. cit.*, págs. 643 y ss.

⁶³ PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido. *¿Derecho común o derecho especial de grupos?*... *op. cit.*, pág. 29.

⁶⁴ El ACM en su artículo 291-16 sí prevé el derecho de separación del socio externo de la sociedad dependiente en el momento de la integración de la misma en un grupo, con derecho a obtener el valor razonable de las acciones o participaciones de que fuere titular.

⁶⁵ IRÁCULIS ARREGUI, Nerea. «Derecho de separación del socio externo de la sociedad matriz y de la filial... *op. cit.*, pág. 10.

⁶⁶ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera) n.º 102/2011, de 10 de marzo, Ref. Aranzadi, RJ 2011/2765, F. j. 2.

⁶⁷ IRÁCULIS ARREGUI, Nerea. «Derecho de separación del socio externo de la sociedad matriz y de la filial... *op. cit.*, pág. 10.

filialización, en las que una sociedad operativa se reestructura como *holding*, segregando sus principales activos a favor de sociedades de nueva creación a cambio de acciones o participaciones de estas)⁶⁸.

También se ha debatido sobre la necesidad de otorgar una protección especial a los acreedores de una sociedad cuyo patrimonio se vea reducido como consecuencia de una política del grupo (ya que el capital de la empresa es una garantía de cobro para el acreedor). Esta tesis no encuentra un amplio consenso en la doctrina. Así, Paz-Ares considera que la problemática con los acreedores no es específica de los grupos de sociedades. En su opinión, los acreedores únicamente pueden acogerse a las normas de defensa del capital de las sociedades (tendientes a evitar su descapitalización), no pudiendo exigir que la sociedad actúe en conformidad con el interés social⁶⁹.

En principio, y como consecuencia de no tener una regulación específica sobre grupos de sociedades, la única protección de socios externos (y acreedores, en su caso) frente a las mencionadas políticas perjudiciales del grupo la brindan los mecanismos ordinarios de impugnación de acuerdos sociales por contravención del interés social (artículo 204.1 LSC) y de exigencia de responsabilidad a los administradores de la filial por no actuar en el mejor interés de la sociedad que administran e infringir por tanto su deber legal de lealtad (artículos 227.1 y 238.1 LSC). El empleo de estas vías ordinarias presenta dos inconvenientes. En primer lugar, la dificultad de probar la inadecuación al interés social. En segundo lugar, no se consigue imputar la responsabilidad al sujeto del que deriva la instrucción perjudicial (el titular de la dirección unitaria)⁷⁰, dando lugar a una ruptura del tradicional binomio poder-responsabilidad⁷¹. Por eso, se han articulado *de lege lata* una serie de mecanismos para dar una solución a los mencionados problemas, que fundamentan la exigencia de responsabilidad al titular de la dirección unitaria de una manera razonable: la filial no tiene obligación alguna de soportar las consecuencias perjudiciales de las políticas de grupo, por lo que está autorizada para reclamar el daño sufrido. Naturalmente, esta tesis no es predicable de los grupos contractuales, en los que sí se habrá previsto la obligación de ejecutar instrucciones perjudiciales procedentes del titular

⁶⁸ PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido. «Uniones de empresas y grupos de sociedades»... *op. cit.*, pág. 642.

⁶⁹ PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido. «Uniones de empresas y grupos de sociedades»... *op. cit.*, págs. 646 y 647.

⁷⁰ El artículo 291-12 ACM, consciente de esta paradoja, hace responsable a la sociedad dominante y a sus administradores del perjuicio causado a la sociedad dependiente por las instrucciones injustas (en el sentido en que se explicará más adelante) impartidas a los administradores de ésta.

⁷¹ FUENTES NAHARRO, Mónica. *Grupos de sociedades y protección de acreedores (una perspectiva societaria)*... *op. cit.*, pág. 80.

de la dirección unitaria⁷², ni tampoco de los grupos de base societaria en los que la filial es una sociedad unipersonal (grupos planos), puesto que no habrá socios externos necesitados de especial protección, y porque se identifican las decisiones de la matriz con las decisiones del socio único⁷³.

Dichos mecanismos son tres: considerar a la sociedad dominante como administradora de hecho, comunicar responsabilidades mediante el levantamiento del velo societario e imponer un deber de fidelidad especial al socio de control. También se hará breve referencia a otras aportaciones doctrinales que tratan de resolver la problemática.

1.2.1. Sociedad dominante como administradora de hecho

El artículo 236.3 LSC extiende la responsabilidad a los administradores de hecho, entendiendo como tales, entre otros supuestos, a las personas bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad. Esta definición podría extrapolarse a los grupos de sociedades (sobre todo a los jerárquicos), en los que el titular de la dirección unitaria (normalmente la sociedad matriz a través de su órgano de administración)⁷⁴ dicta instrucciones a los administradores de las filiales.

No obstante, la existencia de un grupo de sociedades (aunque sea jerárquico) no es suficiente fundamentar la existencia de un administrador de hecho. Habrá que estudiar el caso concreto para determinar hasta qué punto es la sociedad matriz la encargada de la gestión efectiva de la filial, relevando a los administradores de esta última. Por definición, se debe excluir la extensión de responsabilidad a los administradores de hecho en los grupos descentralizados, en los que los administradores de la filial tienen un mayor margen de autonomía empresarial⁷⁵.

1.2.2. Levantamiento del velo societario

El levantamiento del velo societario, aunque no es un instrumento previsto específicamente para grupos, puede servir para imputar la responsabilidad por

⁷² DE ARRIBA FERNÁNDEZ, María Luisa. *Derecho de grupos de sociedades...* *op. cit.*, págs. 222 y ss.

⁷³ PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido. *¿Derecho común o derecho especial de grupos?...* *op. cit.*, pág. 91.

⁷⁴ Sobre si la legitimación pasiva corresponde a la sociedad dominante o a sus administradores, *vid.* FUENTES NAHARRO, Mónica. *Grupos de sociedades y protección de acreedores (una perspectiva societaria)...* *op. cit.*, págs. 283 y 284.

⁷⁵ HERNANDO CEBRIÁ, Luis Hernando. «¿Sociedad dominante administradora de hecho? Más allá del velo corporativo». *Revista de Derecho Mercantil*, 2011, n.º 280, pág. 23.

daños a la sociedad matriz. En efecto, el Tribunal Supremo define la técnica del levantamiento del velo como «un procedimiento para descubrir, y reprimir en su caso, el dolo o abuso cometido con apoyo en la autonomía jurídica de una sociedad, sancionando a quienes la manejan»⁷⁶. Sin embargo, es pacífico considerar que la existencia de un grupo no fundamenta, en sí misma, la aplicación del levantamiento del velo societario sino que requiere que concurren requisitos adicionales⁷⁷: una confusión de personalidades y patrimonios, e inexistencia de independencia entre sociedades, rompiendo el principio de buena fe negocial (STS de 16 de octubre de 2001)⁷⁸.

En cualquier caso y al igual que en el supuesto anterior (la posible responsabilidad como administrador de hecho de la sociedad dominante), no se presenta como una técnica adecuada para imputar, con carácter general, la responsabilidad de los daños producidos por las instrucciones perjudiciales a la sociedad dominante. El propio Tribunal Supremo, en aras a preservar la seguridad jurídica, ha declarado el carácter restrictivo de la aplicación del mecanismo⁷⁹.

1.2.3. Deber de fidelidad del socio de control

Otra posible vía para que el titular de la dirección unitaria responda por los daños causados al patrimonio de la filial con ocasión de una instrucción perjudicial es la aplicación al socio de control del deber de fidelidad que la ley prevé únicamente para los administradores —al menos de forma expresa— en el artículo 227.1 LSC. Con fundamento en el deber genérico de buena fe que preside el ordenamiento (artículo 7 del Código Civil, Cciv en lo sucesivo), y específicamente las relaciones contractuales (artículo 1258 Cciv), se pretende evitar que sean únicamente los administradores los obligados por el deber de fidelidad, pudiendo extenderse a quienes desempeñan materialmente la actividad de administración⁸⁰.

⁷⁶ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera) n.º 21/2005, de 28 de enero. Ref. Aranzadi, RJ 2005\1829 (F. j. 2º).

⁷⁷ Vid. Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 10ª) n.º 180/2009, de 4 marzo, Ref. Aranzadi, JUR 2009\236681 (F. J. 6º). En este sentido se posicionan, asimismo, GIRGADO PERANDONES, Pablo. *La responsabilidad de la sociedad matriz y de los administradores en una empresa de grupo*. Madrid: Ed. Marcial Pons, 2002, págs. 77 y ss. y PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido. «Uniones de empresas y grupos de sociedades»... *op. cit.*, págs. 646 y 647.

⁷⁸ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera) n.º 930/2001, de 16 octubre. Ref. Aranzadi, RJ 2001\8634 (F. j. 3º).

⁷⁹ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera) n.º 874/2011, de 20 diciembre. Ref. Aranzadi, RJ 2012\50 (F. j. 3º).

⁸⁰ GIRGADO PERANDONES, Pablo. *La responsabilidad de la sociedad matriz*... *op. cit.*, págs. 136 y ss.

Este mecanismo tiene importantes inconvenientes: en primer lugar, que solo es predicable de los grupos de base societaria, al exigir que el titular de la dirección unitaria sea socio de la filial. En segundo lugar y como ya se ha tenido ocasión de señalar, la sociedad dominante por el hecho de serlo no se convierte en administrador de hecho, por lo que difícilmente puede argumentarse que en todos los grupos de base societaria los socios de control desempeñan materialmente la actividad de administración. Todo ello sin tener en cuenta el sinsentido que supone comparar la junta general con el órgano de administración: por un lado, la junta no es un órgano permanente (no podría llevar a cabo la gestión de la sociedad). Por otro lado, la junta no tiene competencias sobre determinados asuntos que corresponden en exclusiva al órgano de administración, como gestor y representante de la sociedad⁸¹.

1.2.4. Otras aportaciones doctrinales

Ante la evidente insuficiencia de los mecanismos expuestos, ciertos autores han propuesto vías alternativas para imputar la responsabilidad al titular de la dirección unitaria. Así, la profesora Fuentes Naharro considera que es de aplicación la acción individual de responsabilidad contra los administradores de la matriz⁸². El artículo 241 LSC otorga legitimación activa a los terceros (entendiendo por tal a la sociedad filial) por actos de administradores que lesionen directamente los intereses de aquellos⁸³. Girgado, por su parte, propone aplicar por analogía —al haber, en su opinión, identidad de razón— el régimen de responsabilidad previsto para el socio único en el artículo 16.3, en virtud del cual el socio único (en este caso, sociedad matriz) responderá frente a la sociedad de las ventajas que directa o indirectamente haya obtenido en perjuicio de ésta como consecuencia de los contratos celebrados entre él y la sociedad (contratos intragrupo)⁸⁴. Hay autores, que llegan incluso a comparar la situación del grupo con otras instituciones jurídicas a los efectos de aplicar sus respectivos regímenes de responsabilidad. Buenos ejemplos de ello son la comparación del grupo con la gestión de negocios

⁸¹ FUENTES NAHARRO, Mónica. *Grupos de sociedades y protección de acreedores (una perspectiva societaria)*... *op. cit.*, págs. 300 y ss.

⁸² FUENTES NAHARRO, Mónica. *Grupos de sociedades y protección de acreedores (una perspectiva societaria)*... *op. cit.*, págs. 311 y ss.

⁸³ El principal inconveniente de este planteamiento es que corresponderá a los administradores de la filial ejercitar la acción, como representantes de la sociedad. Lo más habitual es que esos administradores sean fieles a la sociedad dominante, que es quien les ha nombrado y quien, a su vez, les puede remover del cargo (situación que se dará siempre en los grupos de base societaria).

⁸⁴ GIRGADO PERANDONES, Pablo. *La responsabilidad de la sociedad matriz...* *op. cit.*, págs. 118 y ss.

ajenos sin mandato de los artículos 1888 y ss. Cciv (al gestionar la sociedad matriz determinados negocios de la sociedad filial por voluntad propia y sin oposición de esta última en caso de que el grupo sea descentralizado)⁸⁵, con el mandato tácito (al equiparar la sociedad matriz con el mandatario, la sociedad filial con el mandante y la gestión de la sociedad filial con el objeto del mandato en caso de que el grupo sea centralizado)⁸⁶ o con la sociedad de personas (al considerar que las sociedades integrantes en un grupo han formado una suerte de patrimonio común a la orden de una única política unificada para obtener un beneficio)⁸⁷.

Se trata, en todo caso, de aportaciones que no gozan de consenso doctrinal ni jurisprudencial, por lo que no puede decirse que constituyan, de *lege lata*, una solución al problema de los grupos de sociedades.

2. Conflicto de intereses: ¿legitimidad del interés del grupo?

Ya se ha tenido ocasión de adelantar que la legitimidad de los grupos de sociedades es una cuestión que no se pone en duda en la doctrina ni en la jurisprudencia (*vid. supra* apartado II.A). La problemática del grupo no deriva, por tanto, de reconocer como legítimo al grupo en cuanto a tal o al poder de dirección unitaria que lo gobierna (aspectos que ya han sido superados), sino en determinar si el grupo puede orientar su política hacia la consecución de su propio interés, que será distinto —y contrario, en ocasiones— al de las distintas sociedades que lo integran⁸⁸. Es necesario, en primer lugar, definir tanto el interés social (individual de cada sociedad) como el interés de grupo, para así poder compararlos y afirmar o negar una posible coexistencia entre ambos.

El interés social está previsto legalmente: el artículo 204.1 LSC permite impugnar acuerdos que sean contrarios al interés social, y el artículo 227.1 LSC impone a los administradores la obligación de obrar en el mejor interés de la sociedad (en el marco del más amplio deber de lealtad), y consecuentemente, el deber de «adoptar las medidas necesarias para evitar incurrir en

⁸⁵ DE ARRIBA FERNÁNDEZ, María Luisa. *Derecho de grupos de sociedades... op. cit.*, págs. 401 y ss. En contra de este planteamiento, BUSTILLO TEJEDOR, Luis. «Los grupos de sociedades»... *op. cit.*, pág. 45, al considerar que en los grupos de sociedades falta un elemento esencial de la gestión de negocios ajenos sin mandato: la *absentia domini*, la ausencia del dueño del negocio.

⁸⁶ DE ARRIBA FERNÁNDEZ, María Luisa. *Derecho de grupos de sociedades... op. cit.*, págs. 411 y ss.

⁸⁷ MOYA BALLESTER, Jorge. «Nuevas formas de protección de terceros en el derecho de grupos». *Revista de Derecho de Sociedades*, 2017, n.º 48, pág. 25.

⁸⁸ FUENTES NAHARRO, Mónica. *Grupos de sociedades y protección de acreedores (una perspectiva societaria)... op. cit.*, pág. 134.

situaciones en las que sus intereses, sean por cuenta propia o ajena, puedan entrar en conflicto con el interés social y con sus deberes para con la sociedad» (artículo 228 e) LSC). Este último precepto ha dado lugar a serios problemas en cuanto a la aprobación de operaciones vinculadas se refiere. En efecto, el artículo 229 LSC concreta las medidas necesarias para evitar incurrir en conflictos de interés, entre las que se encuentra la abstención de realizar transacciones con la sociedad, excepto que se trate de operaciones ordinarias (229.1.a) LSC). Teniendo en cuenta que el apartado segundo del mencionado artículo extiende su aplicación también en el caso de que el beneficiario de los actos o de las actividades prohibidas sea una persona vinculada al administrador, se ha planteado la duda de si el administrador dominical debería abstenerse de la votación en los casos de aprobación de operaciones vinculadas con sociedades del grupo. Tradicionalmente, dicho problema se solucionaba argumentando la inexistencia de conflicto de interés (tesis que se expondrá más adelante), con fundamento en que la norma de la abstención es predicable únicamente de sociedades en situación de dependencia, en las que las operaciones vinculadas son algo esporádico y puntual, y no así de las sociedades integradas en un grupo, en las que a consecuencia de la dirección unitaria, las transacciones intragrupo son recurrentes y estructurales, formando parte de la dinámica de dicha forma de empresa⁸⁹. Actualmente esta aparente contrariedad ha quedado superada por la modificación de la LSC llevada a cabo por la Ley 5/2021, de 12 de abril, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital⁹⁰. La modificación incluye como personas vinculadas al administrador a los socios representados por el administrador en el órgano de administración en el artículo 231.1.e) LSC (es decir, a la sociedad matriz), para posteriormente aportar una excepción a la abstención en el nuevo artículo 231 bis relativo a las operaciones intragrupo. Así, su apartado segundo cambia la regla de la abstención por la regla de la inversión de la carga de la prueba: los administradores dominicales podrán votar, pero «si la decisión o voto de tales administradores resultara decisivo para la aprobación, corresponderá a la sociedad y, en su caso, a los administradores afectados por el conflicto de interés, probar que el acuerdo es conforme con el interés social en caso de que sea impugnado»⁹¹.

⁸⁹ PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido, «Operaciones vinculadas y grupos de sociedades». En EMPARANZA SOBEJANO, Alberto, MARTÍN OSANTE, José Manuel y ZURIMENDI ISLA, Aitor. *Homenaje al profesor José María de Eizaguirre* (págs. 291-313). Bilbao: Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea, Servicio Editorial, 2020, pág. 296.

⁹⁰ BOE-A-2021-5773.

⁹¹ Esta modificación está en la línea de lo que ya propuso el profesor Paz-Ares con anterioridad a la reforma. *Vid.* PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido. *¿Derecho común o derecho especial de grupos?... op. cit.*, págs. 185 y ss.

El interés de grupo, por su parte, no está reconocido legalmente, pero se deriva implícitamente de la propia existencia de esta forma de organizar la empresa⁹². Es preciso recordar que en apartados precedentes se hacía mención a la dirección unitaria como elemento característico del grupo, planificador de su política económica y de sus líneas de actuación. De la definición de la dirección unitaria se desprende la propia del interés de grupo como el fin o misión de dicha dirección económica unificada⁹³, o como «el parámetro que ha de guiar a la sociedad matriz en la dirección del grupo»⁹⁴ (De Arriba Fernández). En el sentido contrario, «el corolario ejecutivo del interés de grupo es el poder de dirección»⁹⁵ (Embid Irujo).

El reconocimiento implícito del interés del grupo queda reducido a su mínima expresión, pues supone que todas las decisiones que adopte el titular de la dirección unitaria deberán respetar siempre y en todo lugar el interés social de cada una de las sociedades integradas, ya que este último sí está previsto legalmente⁹⁶. Ello conduce irremediamente a una paradoja en el funcionamiento del grupo: por un lado, se reconoce su legitimidad como empresa policorporativa con capacidad de dirigir el grupo, a través de la dirección unitaria hacia un objetivo empresarial común. Por otro lado, se somete a los administradores de la filial a responsabilidad por infracción del deber de lealtad en caso de acatamiento de una instrucción perjudicial procedente del titular de la dirección unitaria, y los acuerdos adoptados con el voto del socio de control en la junta general de la filial pueden ser dejados sin efecto ante una posible impugnación por contravención del interés social (ex. artículo 190.3 LSC)⁹⁷. Todo ello aun cuando el grupo en su conjunto salga fortalecido de la ejecución de dicha instrucción.

Para resolver la mencionada paradoja y hasta que el Derecho positivo pase a regular la materia debidamente, la doctrina ha asumido la complicada tarea de buscar mecanismos que de *lege lata* permitan legitimar la prioridad del interés de grupo frente al interés social, sin renunciar a este último. Como forma de dar respuesta al conflicto surgió entre la doctrina italiana previa a la reforma del *Codice Civile* (que regula sistemáticamente los grupos) la teoría

⁹² En los ordenamientos que regulan sistemáticamente los grupos de sociedades, tal legitimación es explícita.

⁹³ IRÁCULIS ARREGUI, Nerea. «Interés del grupo y daño patrimonial por acatamiento de una instrucción ilegítima... *op. cit.*, pág. 7.

⁹⁴ DE ARRIBA FERNÁNDEZ, María Luisa. *Derecho de grupos de sociedades...* *op. cit.*, 215.

⁹⁵ EMBID IRUJO, José Miguel. «El derecho de los grupos de sociedades: entre las medidas de tutela y la organización de la empresa policorporativa»... (versión electrónica).

⁹⁶ FUENTES NAHARRO, Mónica. *Grupos de sociedades y protección de acreedores (una perspectiva societaria)*... *op. cit.*, pág. 146.

⁹⁷ FUENTES NAHARRO, Mónica. «Conflictos de interés en grupos de sociedades: a propósito de la STS 12 de abril de 2007 (RJ 2007, 2410)». *Revista de Derecho de Sociedades*, 2008, n.º 30, pág. 414.

de las ventajas compensatorias, avalada por la *Cour de Cassation* francesa en 1985 en el famoso caso *Rozenblum*⁹⁸.

IV. LEGITIMIDAD DEL INTERÉS DE GRUPO EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA A TRAVÉS DE LA TEORÍA DE LAS VENTAJAS COMPENSATORIAS

1. *Antecedentes, aplicación jurisprudencial de la teoría de y acogida a nivel comunitario*

El profesor Paz-Ares, aun cuando no comparte la teoría de las ventajas compensatorias (*vid. infra* apartado V), ofrece una buena definición de la misma: «Una decisión *prima facie* contraria al interés social de la filial puede ser adoptada en atención al interés del grupo cuando el sacrificio que supone para la filial es proporcionado o resulta compensado», entendiéndose que es proporcionado cuando «forma parte de una estrategia general del grupo que ofrece a largo plazo un equilibrio interno entre ventajas e inconvenientes» (compensación genérica), y que resulta compensado cuando «el grupo haya arbitrado o arbitre con posterioridad medidas dirigidas específicamente a compensar a la filial o a sus accionistas minoritarios» (compensación específica)⁹⁹. Mientras que el Derecho alemán opta por esta última opción (artículos 311 y ss. Aktiengesetz), el caso *Rozenblum* al que se hacía referencia aboga por una compensación genérica, al igual que el Codice Civile italiano en su artículo 2497 y que el ACM en su artículo 291-10. Se trata, en definitiva, de que las ventajas que proporciona a la filial la pertenencia a un grupo equilibren los daños que puede provocar el acatamiento de las instrucciones perjudiciales emitidas por el titular de la dirección unitaria¹⁰⁰, ya que, en palabras de la STS de 12 de abril de 2007, «la integración de una sociedad en un grupo puede ser beneficiosa para la misma, en el sentido de favorecer su actuación concurrential la agrupación de esfuerzos, la organización de medios y la planificación de objetivos comunes o coordinados que, como regla, aquel genera». En caso de que la pertenencia a un grupo no sea suficiente para equilibrar ese «balance general», la sociedad filial deberá recibir una compensación adecuada¹⁰¹.

⁹⁸ En este mismo sentido, el también paradigmático caso Tetrafin, de la Corte de Apelación de Milán de 11 de julio 1991.

⁹⁹ PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido. *¿Derecho común o derecho especial de grupos?*... *op. cit.*, pág. 240.

¹⁰⁰ PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido. *¿Derecho común o derecho especial de grupos?*... *op. cit.*, pág. 241.

¹⁰¹ Puede parecer, *prima facie*, que la teoría de las ventajas compensatorias es contraria al artículo 1686 Cciv, que prohíbe la compensatio lucri al disponer que «Todo socio

La teoría de las ventajas compensatorias fue expresamente avalada por el Alto Tribunal en su sentencia de 11 de diciembre de 2015¹⁰². En este sentido, confirma la necesidad de encontrar un equilibrio razonable entre el interés del grupo y el interés particular de cada una de las sociedades que lo integran, con el objetivo de hacer posible «el funcionamiento eficiente y flexible de la unidad empresarial que supone el grupo de sociedades», pero evitando, al mismo tiempo, «el expolio de las sociedades filiales y la postergación innecesaria de su interés social». La solución que propone el Tribunal Supremo es buscar ese equilibrio «en la existencia de ventajas compensatorias que justifiquen que alguna actuación, aisladamente considerada, pueda suponer un perjuicio para la sociedad», decantándose por una modalidad de compensación genérica, al exigir la realización de un balance «de las ventajas facilitadas o las prestaciones realizadas en ambas direcciones (de la sociedad al grupo y del grupo a la sociedad) y concluir si existe o no un resultado negativo para la sociedad filial». Esto implica que las ventajas recibidas en contraprestación no tienen porqué ser simultáneas o posteriores al daño sufrido. La idea de un balance general permite también puedan ser anteriores, con lo que en el momento de la causación del daño, este ya estará compensado. En cualquier caso, la sentencia establece una serie de requerimientos para que las ventajas puedan entenderse como compensatorias del daño causado. Así, deben ser: (i) verificables «sin que sean suficientes meras hipótesis, invocaciones retóricas a «sinergias» o a otras ventajas faltas de la necesaria concreción» (aunque sí cabe que consistan en oportunidades concretas de negocio); (ii) valorables económicamente; (iii) proporcionales al daño sufrido por la sociedad filial; (iv) justificadas¹⁰³; y (v) respetuosas, en todo caso, con la pervivencia de la sociedad filial¹⁰⁴. Se echa en falta la referencia a un límite temporal en el cual el daño deba verse compensado. En el Derecho

debe responder a la sociedad de los daños y perjuicios que ésta haya sufrido por culpa del mismo y no puede compensarlos con los beneficios que por su industria le haya proporcionado». La profesora Fuentes Naharro ofrece una acertada solución, al interpretar que la ventaja que recibe la filial no tiene la finalidad de reparar o indemnizar un daño, sino de reequilibrar sino de o actuar de contraprestación a la desventaja sufrida en aras al interés de grupo. *Vid.* FUENTES NAHARRO, Mónica. *Grupos de sociedades y protección de acreedores (una perspectiva societaria)*... *op. cit.*, págs. 155 y ss.

¹⁰² La más antigua STS de 12 de abril de 2007 regula superficialmente el asunto, sin interpretar los mecanismos necesarios para articular el interés de grupo y el interés social (lo que sí hace la STS de 11 de diciembre de 2015).

¹⁰³ En línea con lo exigido por el artículo 291-11.2 ACM, al exigir que se incluyan en el informe de gestión de la sociedad dependiente la causa y, en su caso, la cuantía real o estimada del perjuicio ocasionado a la sociedad por la ejecución de las instrucciones de los administradores de la sociedad dominante y las condiciones de la compensación.

¹⁰⁴ No faltan en la doctrina posturas contrarias a esta exigencia, considerando que si se cumplen el resto de requisitos, la subsistencia de la sociedad no debe actuar como límite en la consecución del interés de grupo. En este sentido, *vid.* IRÁCULIS ARREGUI, Nerea.

proyectado (artículo 291-11.2 ACM) el plazo es de un año (que se contará desde la fecha de la instrucción si el perjuicio fuera objetivamente previsible), transcurrido el cual se entenderá producido el perjuicio al interés social si no se ha producido una compensación adecuada. Sobra decir que, en ese caso, serán de aplicación los mecanismos tuitivos que el Derecho general de sociedades pone a disposición de los socios externos y acreedores.

Esta doctrina también es aplicable para justificar un trato desigual en lo que al pago de intereses generados por el *pool* se refiere (*vid.* apartado III.A.1). En efecto, una sociedad puede recibir un trato desfavorable en comparación con otras integradas en ese sistema de gestión de la tesorería si ello se justifica atendiendo al balance global de las ventajas que recibe por la pertenencia al grupo¹⁰⁵.

La teoría de las ventajas compensatorias ha tenido una amplia acogida, no solo en España, Italia o Francia, sino también a nivel comunitario. Prueba de ello es que el *Forum Europaeum*, en una de sus propuestas, sugiere considerar que los administradores que forman parte de un grupo no actúan en contra de sus obligaciones siempre que acepten razonablemente la posibilidad de compensar los perjuicios con otro tipo de ventajas en un plazo de tiempo¹⁰⁶. El Informe Winter y el más reciente EMCA, en líneas generales, hacen el mismo planteamiento. Es de destacar que el ICLEG de 2016 llega incluso a considerar que la doctrina del caso Rozenblum (o asimiladas, según los estados miembros) constituye una suerte de *ius commune* entre los Estados que reconocen el interés de grupo¹⁰⁷. Este último informe de expertos, el ICLEG, incluye a España como uno de esos países que reconocen el interés del grupo, y lo hace precisamente a raíz de la STS de 11 de diciembre de 2015. En efecto, acoger la doctrina de las ventajas compensatorias tiene una serie de implicaciones concatenadas que es preciso comentar: acatar una instrucción perjudicial procedente de la matriz, siempre que redunde en beneficio para el grupo, únicamente supone postergar el interés social a la espera de que el daño quede debidamente compensado o neutralizado. Es decir, la sociedad filial desplaza temporalmente el interés social en favor del interés de grupo, pero sin renunciar a su consecución final¹⁰⁸, puesto que en palabras de la STS de 11 de diciembre de 2015 «la sociedad filial no solo conserva su propia personalidad jurídica, sino también sus concretos objetivos y su propio y específico interés

«Interés del grupo y daño patrimonial por acatamiento de una instrucción ilegítima... *op. cit.*, pág. 26.

¹⁰⁵ FUENTES NAHARRO, Mónica. «El contrato de «cash pooling»... *op. cit.*, pág. 251.

¹⁰⁶ FORUM EUROPAEUM. «Derecho de grupos: por un derecho de los grupos de sociedades». *Revista de Derecho Mercantil*, 1999, n.º 232, págs. 494-495.

¹⁰⁷ Informal Company Law Expert Group (2016). Report on the recognition of the interest of the group, pág. 25.

¹⁰⁸ IRÁCULIS ARREGUI, Nerea. «Interés del grupo y daño patrimonial por acatamiento de una instrucción ilegítima... *op. cit.*, pág. 26.

social, matizado por el interés del grupo, y coordinado con el mismo, pero no diluido en él hasta el punto de desaparecer». De esta forma, se consigue coordinar los intereses en juego, resolviendo el aparente conflicto al que se hacía alusión con anterioridad, y consecuentemente, se blindaba cualquier eventual impugnación del acuerdo por contravenir el interés social, de la misma manera que los administradores de la filial quedan a salvo de la posible exigencia de responsabilidad por no actuar en el mejor interés de la sociedad que administran (todo ello, naturalmente, si el daño queda debidamente compensado en un plazo de tiempo determinado). En definitiva, acoger la doctrina de las ventajas compensatorias supone reconocer la legitimidad del interés de grupo en su máxima expresión: la obligación de compensar solo puede explicarse desde el reconocimiento de un interés distinto del de la sociedad filial, pero igualmente merecedor de protección¹⁰⁹. El interés de grupo así reconocido actúa, desde una vertiente positiva como legitimador de la dirección unitaria (en el sentido de que están legitimadas las instrucciones perjudiciales procedentes su titular); y desde una vertiente negativa, en el sentido de que la dirección unitaria encuentra como límite el propio interés del grupo (las instrucciones perjudiciales que sirvan a intereses distintos, como el de la sociedad dominante en un grupo jerárquico, serán consideradas ilegítimas)¹¹⁰.

2. Deberes de los administradores

Ya se ha tenido ocasión de aclarar que, según la teoría de las ventajas compensatorias, resulta improcedente la exigencia de responsabilidad al administrador de la filial por incumplir su deber de actuar en el mejor interés de la sociedad que administra. No obstante, es evidente que la integración de una sociedad en un grupo no puede hacer desaparecer los deberes y responsabilidades de los administradores en cuanto a tales. En efecto, los deberes de lealtad y diligencia subsisten (el artículo 236.2 LSC declara expresamente que la circunstancia de que el acto o acuerdo lesivo haya sido adoptado, autorizado o ratificado por la junta general no exonera de responsabilidad al administrador)¹¹¹, si bien deben ser matizados e interpretados a la luz de la teoría de las ventajas compensatorias.

¹⁰⁹ BUSTILLO TEJEDOR, Luis. «Los grupos de sociedades»... *op. cit.*, pág. 45. En el mismo sentido, IRÁCULIS ARREGUI, Nerea. «Derecho de separación del socio externo de la sociedad matriz y de la filial... *op. cit.*, pág. 25.

¹¹⁰ IRÁCULIS ARREGUI, Nerea., «Interés del grupo y daño patrimonial por acatamiento de una instrucción ilegítima... *op. cit.*, pág. 10 y FUENTES NAHARRO, Mónica. *Grupos de sociedades y protección de acreedores (una perspectiva societaria)*... *op. cit.*, págs. 188 y 189.

¹¹¹ Este precepto viene a significar que la función de *gatekeepers* de los administradores respecto de la adecuada gestión de la sociedad no decae por el hecho de que los mis-

El deber de diligencia viene enunciado en el artículo 225 LSC, y se concreta en las siguientes obligaciones: deber de desempeñar el cargo y cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con la diligencia de un ordenado empresario, teniendo en cuenta la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada uno de ellos; subordinar, en todo caso, su interés particular al interés de la empresa (225.1 LSC); tener la dedicación adecuada; adoptar las medidas precisas para la buena dirección y el control de la sociedad (225.2 LSC); y exigir y recabar de la sociedad la información adecuada y necesaria que le sirva para el correcto desempeño de sus funciones (225.3 LSC). Así, el deber de diligencia del administrador que recibe una instrucción perjudicial del titular de la dirección unitaria consistirá en asegurarse (recabando de la matriz la información necesaria) de que la operación desventajosa será adecuadamente compensada en un plazo de tiempo determinado. En otras palabras, el administrador debe actuar a modo de filtro, juzgando la legitimidad de la instrucción perjudicial recibida y debiendo rechazar aquellas que no cumplan con los requerimientos para que las ventajas puedan entenderse como compensatorias del daño causado antes enunciados. Consecuentemente, aunque *ex post* se derive un daño patrimonial para la sociedad filial (porque no son suficientes las ventajas derivadas de la pertenencia al grupo y porque no se ha efectuado una compensación adecuada), no se podrá reclamar responsabilidad al administrador si *ex ante* era razonablemente previsible considerar que la compensación era adecuada y posible¹¹² (ya que el administrador habrá actuado diligentemente y por lo tanto no se produce la necesaria imputación subjetiva requerida por el artículo 236.1 LSC)¹¹³.

En lo que al deber de lealtad se refiere, es necesario interpretar la exigencia del artículo 227.1 LSC en el marco de la coordinación del interés social con el del grupo, resultando este último como una suerte de interés extrasocial¹¹⁴. Como ya se ha señalado con anterioridad, el interés de grupo actúa como límite de la dirección unitaria, de manera que solo están legitimadas las instrucciones perjudiciales que redunden en interés del grupo como conjunto. Precisamente por ello, según esta teoría, el administrador de la filial

mos actúen siguiendo instrucciones (aunque el artículo 236.2 se refiere expresamente a instrucciones de la Junta General, se podría aplicar por analogía —al concurrir identidad de razón— a las instrucciones dimanantes del titular de la dirección unitaria para su aplicación a los grupos que no sean de base societaria).

¹¹² Así lo exige el artículo 291-11.2 ACM.

¹¹³ IRÁCULIS ARREGUI, Nerea. «Interés del grupo y daño patrimonial por acatamiento de una instrucción ilegítima... *op. cit.*, pág. 29 y FUENTES NAHARRO, Mónica. *Grupos de sociedades y protección de acreedores (una perspectiva societaria)*... *op. cit.*, 209 y ss.

¹¹⁴ FUENTES NAHARRO, Mónica. *Grupos de sociedades y protección de acreedores (una perspectiva societaria)*... *op. cit.*, págs. 208 y ss.

infringirá su deber de lealtad cuando el sujeto beneficiado por la instrucción perjudicial sea la sociedad dominante o un tercero¹¹⁵ (ya que en este caso subsiste íntegramente el conflicto de interés que se planteaba en el apartado III.B).

No se puede dar por concluido este apartado sin apuntar que la protección de la discrecionalidad empresarial de que goza un administrador de una sociedad integrada en un grupo se ve seriamente afectada (aunque no ha habido, por el momento, pronunciamientos en este sentido), por la Ley 5/2021, de 12 de abril. En efecto, el artículo 226.2 LSC establece que «no se entenderán incluidas dentro del ámbito de discrecionalidad empresarial aquellas decisiones que afecten personalmente a otros administradores y personas vinculadas (...)», mientras que la Ley 5/2021 modifica el artículo 231.1 LSC e incluye como persona vinculada al administrador «los socios representados por el administrador en el órgano de administración». Esto puede suponer un desincentivo para los administradores a la hora de asumir riesgos en la gestión de la sociedad, ya que no estarán protegidos por el estándar de conducta que supone la regla del artículo 226.2 LSC (también conocida como *Business Judgement Rule* por su origen en el Derecho anglosajón)¹¹⁶.

V. CRÍTICA A LA TEORÍA DE LAS VENTAJAS COMPENSATORIAS

Pese a la general acogida de la teoría de las ventajas compensatorias, no han faltado entre la doctrina voces discordantes, que basan su crítica en la ausencia de legitimidad del interés de grupo en el ordenamiento jurídico (ya sea explícita o implícitamente)¹¹⁷. Además, en opinión de Paz-Ares, la doctrina mencionada yerra en su planteamiento más básico, puesto que considera inviable coordinar dos intereses que, por definición, están contrapuestos. En otras palabras, la maximización conjunta del interés del grupo y del de las filiales no es posible, y ello porque «cuando una parte de la transacción tiene influencia sobre la contraparte, el riesgo de que la utilice

¹¹⁵ IRÁCULIS ARREGUI, Nerea. «Interés del grupo y daño patrimonial por acatamiento de una instrucción ilegítima... *op. cit.*, pág. 27.

¹¹⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, JAVIER, e IGLESIAS PRADA, Juan. «Los órganos de las sociedades de capital (II). Los administradores». En: Menéndez Menéndez, Aurelio y Rojo, Ángel (dirs.). *Lecciones de Derecho Mercantil* (págs. 505-526). Cizur Menor: Ed. Civitas, 2019, pág. 521.

¹¹⁷ El profesor Paz-Ares considera que de la legitimidad del grupo no se desprende, en ningún caso, la legitimidad del interés de grupo. Antes al contrario, considera que si el legislador es consciente de la existencia de los grupos pero no entra a regularlos, es porque su voluntad es primar el interés social en cualquier circunstancia. *Vid. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido. ¿Derecho común o derecho especial de grupos?... op. cit.*, pág. 37.

para avanzar el interés propio, en lugar de para promover el ajeno (como debería), es inevitable»¹¹⁸.

Otra crítica bien fundada a la teoría de las ventajas compensatorias en los países que no regulan sistemáticamente los grupos de sociedades es que no da una respuesta a la novación causal del contrato de sociedad que se produce al conceder carta de naturaleza al interés de grupo (*vid. supra* apartado III.A.2). En efecto, si se entiende la causa del contrato de sociedad como el fin común que persiguen los socios¹¹⁹ (artículo 1666 Cciv), reconocer el interés de grupo como interés extrasocial que debe guiar la actuación de la sociedad (en virtud de la dirección unitaria) tiene como consecuencia inevitable una novación causal. Es decir, por medio de la constitución de una sociedad, los socios pretenden alcanzar un fin común a todos ellos que deberá ser el criterio orientador de la actuación de los órganos sociales¹²⁰. Dicho fin se verá sustituido por la política económica común en el momento de la integración de la sociedad en un grupo. El ACM parece darse cuenta de ello, y en su artículo 291-16 prevé el derecho de separación del socio externo de la sociedad dependiente con derecho a obtener el valor razonable de las acciones o participaciones de que fuere titular por el mero hecho de que la sociedad se integre en un grupo.

Finalmente, pese a la tendencia favorable a las ventajas compensatorias a nivel comunitario, el ECLE pone en cuestión esta forma de dar solución al conflicto del grupo, por ser poco protectora de los intereses de socios externos y acreedores: «the application of the Rozenblum criteria (...) leaves too wide a discretion to the parent and to the subsidiary concerned, as no limits — quantitative or other — are implied as to the amount of negative influence on the subsidiary, while no time limit is set for the compensating action. The protection for minority shareholders is rather weak (...)»¹²¹.

VI. CONCLUSIONES

Del análisis jurídico de la problemática que generan los grupos desde un punto de vista del Derecho de sociedades se derivan las siguientes conclusiones:

¹¹⁸ PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido. «Operaciones vinculadas y grupos de sociedades»... *op. cit.*, pág. 292.

¹¹⁹ PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido. «Las sociedades mercantiles». En: Menéndez Menéndez, Aurelio y Rojo, Angel (dirs.). *Lecciones de Derecho Mercantil* (págs. 373-389). Cizur Menor: Ed. Civitas, 2019, pág. 373.

¹²⁰ PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido. *¿Derecho común o derecho especial de grupos?*... *op. cit.*, págs. 108 y 109.

¹²¹ ECLE (European company law experts), a proposal for reforming group law in the EU, pág. 33.

1. En España los grupos de sociedades carecen de una regulación sistemática en el ordenamiento jurídico, más allá de normas sectoriales. Esta ausencia de regulación da lugar a varios problemas. El primero de ellos lo constituyen las contradicciones que se producen sobre el concepto de grupo de sociedades según se trate de una rama u otra del Derecho. En segundo lugar, el desfase existente en el seno del Derecho de sociedades —cuyas disposiciones normativas están previstas para sociedades individualmente consideradas— y la realidad, en la que es frecuente que las sociedades operen conjuntamente en el tráfico económico a través de la formación de grupos. El tercer problema derivado de la ausencia de regulación sobre esta materia es el silencio del legislador sobre la legitimidad del interés de grupo y sobre los mecanismos tuitivos específicos —más allá de lo previsto por la LSC para las sociedades independientes— de que se pueden valer los socios externos de una sociedad integrada en un grupo.
2. La legitimidad de los grupos de sociedades no se pone en duda, por la referencia a los mismos —aunque sea parcial y asistemática— en distintas normas del ordenamiento jurídico y por el reconocimiento de la libertad de empresa en la Constitución. Precisamente de la legitimidad de esta forma de organización empresarial se deriva la legitimidad implícita del interés de grupo, ya que es evidente que el grupo actúa en su mejor interés y el titular de la dirección unitaria toma las decisiones desde una perspectiva global, del conjunto y no de cada una de las sociedades integrantes. No obstante, el reconocimiento implícito del interés de grupo es insuficiente para legitimar una eventual instrucción perjudicial para el patrimonio de la filial procedente del titular de la dirección unitaria, pues queda sometido, en todo caso, al interés social —reconocido legalmente— de cada una de las sociedades que lo integran en caso de conflicto. Ello da lugar a una paradoja: el grupo actúa en su mejor interés pero debe observar como límite el interés social de las sociedades integradas.
3. Para dar respuesta al problema y poder legitimar las eventuales instrucciones perjudiciales para el patrimonio de las filiales procedentes del titular de la dirección unitaria, se ha interpretado de *lege lata* que en los grupos no se produce conflicto alguno entre el interés grupal y el social si se coordinan debidamente. Tal coordinación se produce cuando el daño sufrido por la filial en acatamiento de una instrucción perjudicial se ve debidamente compensado (ya sea por su pertenencia al grupo o en virtud de una compensación *ad hoc*).
4. Es conveniente que se proceda a regular un Derecho de grupos de sociedades. En efecto, aunque la teoría de las ventajas compensatorias ofrece una respuesta razonable al conflicto de grupo, no deja de

ser una construcción jurisprudencial y en ningún caso se puede decir que constituya la solución. En primer lugar, porque el desarrollo interpretativo del Derecho suele dar lugar a un sinfín de discusiones doctrinales, generando polémica sobre el asunto (como se ha tratado de plasmar en el apartado «crítica a la teoría de las ventajas compensatorias»). En segundo lugar, porque los Tribunales ofrecen una respuesta *a posteriori* al problema: una vez impugnado el acuerdo o ejercitada la acción de responsabilidad contra los administradores por contravención del interés social. Todo ello conduce a una situación de máxima inseguridad jurídica para los agentes implicados: socios, administradores, sociedades filiales, el grupo en su conjunto, etc. De existir un Derecho positivo sobre la cuestión, el problema quedaría solucionado *a priori*, antes de que surja el conflicto.

5. Una línea de investigación futura podría ser el estudio de las posibles formas de regular los grupos de sociedades en el ordenamiento jurídico: si sería más conveniente tender hacia un modelo contractual como en Alemania, si por el contrario conviene más acercarse al modelo orgánico italiano, ventajas y desventajas de ambos modelos, etc. (sin desprestigiar, por supuesto, las valiosas aportaciones del ACM).

VII. REFERENCIAS

1. Bibliografía

- BUSTILLO TEJEDOR, Luis. «Los grupos de sociedades». *Cuadernos de derecho y comercio*. 2014, n.º 62.
- CASTRO DE LUNA, Manuel José. «Hacia un modelo contractual del concepto de grupo de sociedades». *Revista Quincena Fiscal*. 2015, n.º 20.
- DE ARRIBA FERNÁNDEZ, María Luisa. *Derecho de grupos de sociedades*. Madrid: Ed. Civitas, 2004.
- EMBED IRUJO, José Miguel. «A la búsqueda de un Derecho de grupos en Europa». *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*. 2004, n.º 231.
- . «Pautas para el tratamiento de los grupos de sociedades en el marco de la Unión Europea». *Noticias de la Unión Europea*. 2006, n.º 252.
- . «La regulación de los grupos en la Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles». En: *Estudios de Derecho de sociedades y Derecho concursal. Libro Homenaje al profesor Rafael García Villaverde, I* (págs. 389-408). Madrid: Ed. Marcial Pons, 2007.
- . «El significado jurídico de los grupos de sociedades. La corporate governance». *Ekonomiaz*. 2008, n.º 68.
- . «Ante la regulación de los grupos de sociedades en España». *Revista de Derecho Mercantil*. 2012, n.º 284.

- «Interés del grupo y ventajas compensatorias. Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo (sala primera) de 11 de diciembre de 2015», *Revista de Derecho Mercantil*. 2016.
- La aportación judicial a la construcción del derecho de los grupos de sociedades. *Revista Lex Mercatoria*. 2016, n.º 3.
- «El derecho de los grupos de sociedades: entre las medidas de tutela y la organización de la empresa policorporativa». *Revista de Derecho Mercantil*, 2017, n.º 304.
- FERNÁNDEZ MARKAIDA, Idoia. «Los grupos de sociedades en el derecho comparado: los dos grandes sistemas». En: *Los grupos de sociedades como forma de organización empresarial*. Madrid: Ed. Edersa, 2006.
- FORUM EUROPAEUM. «Derecho de grupos: por un derecho de los grupos de sociedades». *Revista de Derecho Mercantil*, 1999, n.º 232.
- FUENTES NAHARRO, Mónica. *Grupos de sociedades y protección de acreedores (una perspectiva societaria)*. Cizur Menor: Ed. Aranzadi, 2007.
- «Conflictos de interés en grupos de sociedades: a propósito de la STS 12 de abril de 2007 (RJ 2007, 2410)». *Revista de Derecho de Sociedades*, 2008, n.º 30.
- «El contrato de «cash pooling»». *Revista de derecho mercantil*. 2014, n.º 291.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Javier, e Iglesias Prada, Juan. «Los órganos de las sociedades de capital (II). Los administradores». En: Menéndez Menéndez, Aurelio y Rojo, Ángel (dirs.). *Lecciones de Derecho Mercantil* (págs. 505-526). Cizur Menor: Ed. Civitas, 2019.
- GIRGADO PERANDONES, Pablo. *La responsabilidad de la sociedad matriz y de los administradores en una empresa de grupo*. Madrid: Ed. Marcial Pons, 2002.
- HERNANDO CEBRIÁ, Luis Hernando. «¿Sociedad dominante administradora de hecho? Más allá del velo corporativo». *Revista de Derecho Mercantil*, 2011, n.º 280.
- Iráculis Arregui, Nerea. «Interés del grupo y daño patrimonial por acatamiento de una instrucción ilegítima: responsabilidad por negligencia de los administradores de la sociedad dominada». *Revista de Derecho de Sociedades*, 2017, n.º 49.
- «Derecho de separación del socio externo de la sociedad matriz y de la filial: controvertida construcción de este mecanismo de protección». *Revista de Derecho Mercantil*. 2018, n.º 308.
- MOYA BALLESTER, Jorge. «Nuevas formas de protección de terceros en el derecho de grupos». *Revista de Derecho de Sociedades*, 2017, n.º 48.
- PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Cándido. *¿Derecho común o derecho especial de grupos? Esa es la cuestión*. Pamplona: Ed. Civitas, 2019.
- «Las sociedades mercantiles». En: Menéndez Menéndez, Aurelio y Rojo, Ángel (dirs.). *Lecciones de Derecho Mercantil* (págs. 373-389). Cizur Menor: Ed. Civitas, 2019.
- «Uniones de empresas y grupos de sociedades». En: Menéndez Menéndez, Aurelio y Rojo, Ángel (dirs.). *Lecciones de Derecho Mercantil* (págs. 631-648). Cizur Menor: Ed. Civitas, 2019.
- «Operaciones vinculadas y grupos de sociedades». En: EMPARANZA SOBEJANO, Alberto, MARTÍN OSANTE, José Manuel y ZURIMENDI ISLA, Aitor. *Homenaje*

al profesor José María de Eizaguirre (págs. 291-313). Bilbao: Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea, Servicio Editorial, 2020.

SACRISTÁN REPRESA, MARCOS. «El grupo de estructura paritaria: caracterización y problemas», *Revista de Derecho Mercantil*. 1982, n.º 165-166.

2. Legislación

España. Constitución Española. «BOE» n.º 311, de 29 de diciembre de 1978, páginas 29313 a 29424.

— Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido. «BOE» n.º 312, de 29 de diciembre de 1992, páginas 44247 a 44305.

— Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas. «BOE» n.º 170, de 17 de julio de 1999, páginas 27027 a 27062.

— Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. «BOE» n.º 159, de 4 de julio de 2007, páginas 28848 a 28872.

— Ley 16/2007, de 4 de julio, de reforma y adaptación de la legislación mercantil en materia contable para su armonización internacional con base en la normativa de la Unión Europea. «BOE» n.º 160, de 5 de julio de 2007, páginas 29016 a 29047.

— Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades. «BOE» n.º 288, de 28 de noviembre de 2014, páginas 96939 a 97097.

— Ley 5/2021, de 12 de abril, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, y otras normas financieras, en lo que respecta al fomento de la implicación a largo plazo de los accionistas en las sociedades cotizadas. «BOE» n.º 88, de 13 de abril de 2021, páginas 40928 a 40980.

— Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital. «BOE» n.º 161, de 3 de julio de 2010, páginas 58472 a 58594.

— Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores. «BOE» n.º 255, de 24 de octubre de 2015, páginas 100356 a 100541.

— Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio. «Gaceta de Madrid» n.º 289, de 16 de octubre de 1885, páginas 169 a 170.

3. Jurisprudencia

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera) n.º 930/2001, de 16 octubre de 2001. Ref. Aranzadi, RJ 2001\8634 (F. j. 3º).

— (Sala Primera) n.º 21/2005, de 28 de enero de 2005. Ref. Aranzadi, RJ 2005\1829.

— (Sala Cuarta) de 3 de noviembre de 2005, rec. 3400/2004. Ref. Aranzadi, RJ 2006\1244.

— (Sala Primera) n.º 400/2007, de 12 de abril de 2007. Ref. Aranzadi, RJ 2007\2410.

- (Sala Primera) n.º 102/2011, de 10 de marzo de 2011. Ref. Aranzadi, RJ 2011\2765.
- (Sala Primera) n.º 874/2011, de 20 de diciembre de 2011. Ref. Aranzadi, RJ 2012\50.
- (Sala Cuarta) de 23 de octubre de 2012, rec. 351/2012. Ref. Aranzadi, RJ 2012\10711.
- (Sala Cuarta) de 27 de mayo de 2013, rec. 78/2012. Ref. Aranzadi, RJ 2013\7656.
- (Sala Cuarta) de 20 de octubre de 2015, rec. 172/2014. Ref. Aranzadi, RJ 2015\5210.
- (Sala Primera) n.º 695/2015, de 11 de diciembre de 2015. Ref. Aranzadi, RJ 2015\5440.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 3ª) n.º 311/2002, de 13 de junio de 2002. Ref. Aranzadi, JUR 2002\211271.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 10ª) n.º 180/2009, de 4 marzo de 2009. Ref. Aranzadi, JUR 2009\236681.

Recensiones

SÁNCHEZ BARRILAO, Juan Francisco, *Pluralismo ordinamental y derecho constitucional: el Derecho como relaciones entre ordenamientos jurídicos*. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2021, 325 pp., ISBN 978-84-1390-355-2.

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-69\(2\)-2021pp343-346](http://dx.doi.org/10.18543/ed-69(2)-2021pp343-346)

El pluralismo ordinamental es, posiblemente, el fenómeno derivado de la globalización que más ha alterado el escenario jurídico en las últimas décadas. Y ello, por los innumerables factores que de dicho fenómeno pluridimensional se derivan y que afectan a aspectos tan dispares como la jerarquía entre los diferentes ordenamientos, su naturaleza o el sistema de fuentes del Derecho, entre otros.

La obra de Juan Francisco Sánchez Barrilao, prologada por Paolo Ridola y que tengo el placer de recensionar, busca arrojar luz en el *maremágnum* de ordenamientos jurídicos que convergen e interactúan en el contexto global contemporáneo. Sin embargo, lejos de limitarse a analizar, categorizar y estructurar las diferentes relaciones que entre ordenamientos jurídicos se producen, el profesor de la Universidad de Granada acomete dicho estudio reflexivo partiendo de la concepción del pluralismo ordinamental como «auténtico y pujante paradigma jurídico». En consecuencia, toman protagonismo cuestiones de relevancia constitucional cuyo análisis supera los límites del mero estudio relacional

entre ordenamientos, de suerte que se plantea una redimensión del derecho constitucional de corte cosmopolita. Esta perspectiva desde la que se afronta la obra, lleva a Sánchez Barrilao a descender al análisis de cuestiones tales como las relaciones de poder, el mermado protagonismo estatal en el contexto global, la legitimación de los distintos ordenamientos convergentes o la garantía de derechos y libertades en dicho escenario.

Los más de veinte años que el profesor Sánchez Barrilao lleva dedicados a la investigación del derecho constitucional en el contexto global unido a su participación como profesor responsable del curso de posgrado «Relaciones entre ordenamientos jurídicos en el contexto europeo» durante diez años, suponen notables credenciales sobre el dominio de la materia por el autor, a lo que se suman sus variados y abundantes trabajos, proyectos de investigación y publicaciones. Todo ello, conforman una firme y consolidada base doctrinal y dogmática, que se traduce en conocimiento de los conceptos e instituciones desde los que el autor afronta la elaboración de

la obra. Méritos que respaldan la valía de esta monografía y la presentan como culminación de una dilatada línea de investigación, pero que, como el propio autor señala en la presentación del mismo, no pretende poner fin a una cuestión que seguirá siendo objeto de debate, ni ofrecer conclusiones definitivas. Y ello, por cuanto que la lectura de *Pluralismo ordinamental y derecho constitucional: el Derecho como relaciones entre ordenamientos jurídicos*, ofrece al lector un abundante material para el conocimiento del ámbito jurídico en el contexto global, de los variados ordenamientos coexistentes y del modo en que éstos se relacionan, pero no se limita a este papel teórico y académico, sino que su análisis sugiere al lector nuevos itinerarios por los que el derecho constitucional debe transitar en el intrincado escenario de pluralidad ordinamental que protagoniza la realidad jurídica global de nuestro tiempo. Invita, en suma, a la reflexión, a la prospectiva, a profundizar en sus planteamientos y a la formulación de hipótesis sobre el modelo que esta realidad pluriordinamental en constante mutación arrojará como resultado en las próximas décadas.

A lo largo de los ocho capítulos que estructuran la obra, se detallan los distintos elementos que configuran este «sistema jurídico-normativo», protagonizado por lo que Pérez Luño ha denominado *el desbordamiento de las fuentes del derecho*, y en que confluyen normas públicas y no públicas, estatales, infraestatales y supraestatales, que interactúan con la Constitución normativa y programática prototípica de los modelos constitucionales surgidos tras la Segunda Guerra Mundial.

Destaca en el primer capítulo el auge del denominado *soft law* en un contexto de economía global que demanda un menor rigor normativo a la par que una mayor flexibilidad, circunstancia que, unida a la ductilidad de los principios constitucionales que de manera tan notable analiza Zagrebelsky, dan lugar a lo que Sánchez Barrilao define como la «mayor plasticidad del Derecho de hoy». De ello se desprende la constante expansión de materias clásicas del derecho constitucional a «espacios jurídicos no estatales», trascendiendo al ámbito internacional y participando en una nueva red de relaciones que son analizadas en el capítulo segundo.

En los capítulos subsiguientes se acomete la identificación y análisis de los diferentes tipos de relaciones que pueden darse en los ordenamientos jurídicos en función del grado de interacción, subordinación, subsunción o simple cooperación que presenten entre ellos. Una variedad de modelos relacionales entre ordenamientos que, en ocasiones, viene motivada por el carácter predeterminado o contingente que motiva el surgimiento de dichas relaciones y que, por tanto, implica distintos grados de conexión e imbricación entre los ordenamientos relacionados.

La mixtura resultante de las variadas relaciones pluriordinamentales es objeto del capítulo quinto en el que se afronta, posiblemente, uno de los escenarios más complejos de esta realidad en la que confluyen ordenamientos de distinta naturaleza y ámbito, como es, la delimitación de su competencia y la ordenación de su jerarquía. Esto es, la articulación de las diferentes relaciones

ordinamentales para que, sin prescindir de su pluralidad, ductilidad y diálogo recíproco, den lugar a concreciones jurídicas dotadas de orden y racionalidad. Y para esta tarea, Sánchez Barrilao distingue en el capítulo sexto los principios que le sirven para vertebrar y racionalizar estas relaciones entre ordenamientos y su aplicabilidad, que pueden operar de forma supletoria, subsidiaria o prevalente.

Como anticipaba, las relaciones entre los distintos ordenamientos jurídicos pueden desarrollarse igualmente sin necesidad de título jurídico que les sirva de fundamento. Son las que el autor califica como relaciones espontáneas entre ordenamientos jurídicos y que encuentran sus antecedentes en el recurso al derecho comparado por los diferentes intérpretes del Derecho, fundamentalmente por los Tribunales. Este planteamiento tiene sus antecedentes en las tesis de Péter Häberle que tan destacadamente han sido objeto de estudio por el autor junto con sus colegas de la Universidad de Granada y que encuentran su fundamento en la apertura y comunicación entre ordenamientos jurídicos. Así, la espontaneidad que en origen distingue a estas relaciones inter-ordinamentales, gracias a la flexibilidad que caracteriza el entorno globalizado cristaliza en el *modus operandi* de los Tribunales, dando lugar a un auténtico diálogo entre Tribunales que permite al juzgador auxiliarse de criterios interpretativos, analizar soluciones jurídicas ofrecidas a casos novedosos e incluso servir de respaldo a los argumentos de sus resoluciones.

Apertura, diálogo y flexibilidad entre ordenamientos de los que participan

también normatividades de carácter privado del que buen ejemplo supone la *lex mercatoria*, la cual, junto con otras normas, estándares y usos comerciales han cobrado gran protagonismo en el escenario económico global, de manera que acaban interactuando con los ordenamientos jurídicos estatales, tanto de forma tácita como expresa. Así, esta suerte de ordenamientos privados catalizados por la fluidez y agilidad que exige el ámbito económico global contemporáneo despliegan sus efectos en las empresas y consumidores de los distintos Estados —en mayor o menor medida según el nivel de apertura del ordenamiento receptor—, imponiendo criterios, guiando la legislación y las resoluciones de los Tribunales y actuando como patrones normativos, si bien, carentes de su respaldo público y de su origen soberano y democrático. Ambas caras de la moneda, flexibilidad y fluidez económica, de un lado, y ausencia de control público y merma de la soberanía estatal y del poder decisorio de los ciudadanos en la creación normativa, de otro lado, han motivado que autores como Ferrajoli demanden un constitucionalismo dirigido a los sectores privados, en tanto que suponen auténticos centros de poder y de concentración de riqueza, con frecuencia, desprovistos de controles y límites.

No se omite por el autor el análisis del derecho comunitario, sus carencias constitucionales y los caracteres propios del derecho multinivel, sin omitir el contraste con los «procesos de reafirmación localista» que se suceden en el ámbito comunitario. Así, la identidad común europea como conjunto de valores políticos y jurídicos compartidos por los ordenamientos de los distintos

Estados miembros, sin omitir su carencia y posibilidades de mejora fundamentalmente en cuanto a su culminación constitucional, se revela como ejemplo y modelo de convergencia y ensamble de diferentes ordenamientos.

La obra del profesor Juan Francisco Sánchez Barrilao no se circunscribe a una mera constatación de las variadas y complejas relaciones que configuran un escenario jurídico global, sino que, por el contrario, presenta una nueva forma de concebir el Derecho en la que los conceptos «se relativizan a la luz de los diversos ordenamientos jurídicos existentes». Un nuevo modelo de ordenamiento jurídico plural y compuesto, fundamento y consecuencia del diálogo y la interacción a los que por mor de la globalización se ven sometidos. Pluralismo ordinamental de carácter global que rompe los esquemas de la concepción monista del Derecho basada en el protagonismo estatal y que responde, por ende, a los caracteres clásicos del derecho constitucional protagonizado por el Estado-nación. Ante la constatación de esta realidad, surge la necesidad de instrumentar este complejo de ordenamientos interrelacionados sobre los cimientos del derecho constitucional, de suerte que sin perjuicio de sus variados orígenes y formas de relación entre ellos, encuentren su fundamento en las funciones que Balaguer Callejón ha definido como esenciales del derecho constitucional, a saber: «la garantía de los derechos, el control del poder y la canalización de

los conflictos por medio del Derecho para que se puedan resolver de manera pacífica.»

La complejidad de incorporar fundamentos constitucionales en la pluralidad de ordenamientos jurídicos coexistentes reside, precisamente, en su heterogeneidad. Diversidad, variedad y pluralidad, tanto de ordenamientos como de conceptos, fuentes del Derecho e interpretaciones, que suponen la esencia de esta nueva realidad cuya complejidad parece lejos de reducirse. Como concluye Sánchez Barrilao «del pluralismo ordinamental no puede pretenderse unicidad en la comprensión de las relaciones entre ordenamientos jurídicos». Por el contrario, la irreductibilidad del pluralismo ordinamental, demanda la adaptación y articulación de las diferentes realidades jurídicas en relación con la búsqueda de nuevos espacios de convergencia constitucional de ámbito global.

En definitiva, el libro del profesor Sánchez Barrilao, además de minucioso, se presenta respaldado por una abundante bibliografía que da cuenta de la riqueza doctrinal que da soporte a su investigación y está guiado por una brillante claridad expositiva. Se presenta, así, una obra fundamental que presenta una concepción del Derecho basada en la pluralidad ordinamental la cual constituye el «auténtico» paradigma jurídico de nuestro tiempo. Un libro que resulta imprescindible para comprender el pluralismo jurídico que distingue al Derecho de nuestro tiempo.

Fernando Babi Ruiz

Asistente honorario del Departamento de Filosofía del Derecho.
Doctorando en Derecho.
Universidad de Sevilla

SIMÓN CASTELLANO, Pere, *Justicia cautelar e inteligencia artificial. La alternativa a los atávicos heurísticos judiciales*, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2021, 260 pp., ISBN 978-84-123154-0-0.

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-69\(2\)-2021pp347-352](http://dx.doi.org/10.18543/ed-69(2)-2021pp347-352)

De acuerdo con la Real Academia Española, «autómata» es, entre varios usos del término, la persona que actúa sin reflexión. La definición conlleva cierta paradoja porque, según la etimología griega y latina del término («αὐτόματα» y «automāta» respectivamente), el uso histórico de la palabra, recogido en la literatura clásica, estaba circunscrito a la máquina, ingenio o artilugio que operaba de forma individual, emulando en cierto sentido a los seres vivos.

De este modo, el automatismo no se vincula hoy, en nuestro imaginario, únicamente a la artificiosidad como realidad contraria a la naturaleza, sino que se hace extensivo a aquel proceso que obedece a una serie de reglas de forma ciega (o «muda», parafraseando a la lectura ilustrada del poder judicial según Montesquieu).

Así pues, el concepto no es privativo de la tecnología, sino que es plenamente aplicable al ser humano cuando este se comporta de acuerdo con la misma lógica. Al autor de la monografía reseñada no se le escapa esta observación, pues ya bien entrados en el capítulo II, afirma que los seres humanos somos «automáticos, recurrentes, en

una mayor medida de lo que podemos pensar, en nuestro día a día, en nuestro actuar cotidiano».

Pues bien, la justicia, y en concreto la justicia cautelar que es objeto de estudio y reflexión en la presente obra, se encuentra en la encrucijada de tener que respetar la seguridad jurídica y, al mismo tiempo, no caer en el «apodíctico automatismo» operante en ciertos actos procesales de indudable relevancia constitucional, de acuerdo con el autor y la rica doctrina científica que cita.

Es aquí precisamente donde debemos detenernos y deshacernos de ciertos apriorismos antes de continuar con la lectura, pues si hemos dicho que el automatismo se manifiesta también en un *hardware* de carne y hueso, la suspicacia humanista que se nos despierta cuando escuchamos la conjunción del concepto de justicia e inteligencia artificial debería evaporarse o, al menos relativizarse.

Y debería relativizarse porque la crítica debe centrarse en los procesos formales que cometen o devienen en injusticias, con independencia de que sean aplicados por operadores jurídicos humanos o artificiales. Además, como

indica el autor de la obra, solo un iluso puede pensar que los algoritmos no acabarán tomando cierto protagonismo en el poder judicial, como ya está ocurriendo con la herramienta COMPAS en el mundo anglosajón, y que es objeto de análisis en la monografía.

Sin embargo, como bien advierte de forma sutil el autor en la cita preliminar, de las máquinas, más bien, habría que temer no su existencia, sino otro peligro, esto es, que no acaben erigiéndose en dictadores: «Tu eres mi creador, pero yo soy tu dueño: ¡obedece!». Frankenstein, como monstruo a caballo entre la Ilustración y el Romanticismo, ya nos advertía de los límites de la inteligencia artificial y las pretensiones endiosadas de la humanidad.

Hechas estas aclaraciones, estamos mejor equipados para disfrutar del estudio del Dr. Pere Simón, pues el lector tiene ante sí una obra que no solo ostenta calidad doctrinal desde un punto de vista jurídico (por lo que puede leerse con las formalidades pertinentes a golpe de notas, apuntes y referencias), sino que también puede devorarse en un ambiente distendido de reflexión, como una suerte de ensayo, para sumergirnos en una serie de cuestiones a las que a nadie le puede resultar ajeno.

La monografía se divide en tres partes: el derecho y los sistemas jurídicos en la encrucijada; prisión provisional e inteligencia artificial; y derechos, garantías y controles tangibles.

La primera sección se aproxima al derecho desde el contexto de la cuarta revolución industrial (las tecnologías de la información y la IA), pero lo hace desde una posición que

evita los extremos «apocalípticos e integrados» a los que hace referencia el autor, citando el consejo de Umberto Eco. Desde esta perspectiva, que revela la sabiduría de los griegos de no caer en los extremos, al autor no se le escapan las potencialidades de las nuevas tecnologías, sin caer en la trampa del discurso ingenuo, tan de moda, de los oráculos del optimismo digital.

Por ello, quien suscribe las líneas de la monografía también nos advierte de ciertos peligros de la sociedad digital, de la «hiperpublicidad y la hiperaccesibilidad de la información», de la cultura «touch» de la inmediatez, de las exigencias de derechos sin sus correspondientes deberes. En este punto, el autor nos invita a aproximarnos a este fenómeno desde una perspectiva multidisciplinar y culta, analizando el derecho con buenos compañeros de viaje como la sociología, la psicología y la filosofía, así como otras disciplinas que permiten aproximarse al objeto de estudio desde un criticismo que enriquece la reflexión jurídica. No obstante, el autor no se olvida de Jellinek, y cita la necesidad de que, al fin y al cabo, al «derecho se llega mediante el derecho», lo que constituye el fin último de la monografía.

A estas reflexiones preliminares, se le añade la necesidad de abordar el fenómeno de la inteligencia artificial desde la tesis de acuerdo con la cual nada podrá escapar a sus algoritmos, por lo que los juristas no pueden (o no deberían) mirar hacia otro lado. De este modo, se plantea si los androides o los sistemas tecnológicos podrán emular el juicio jurisdiccional y, así,

sustituir por completo al juez. No es cuestión baladí.

La hipótesis del autor es que la inteligencia artificial no podrá reemplazar el juicio jurisdiccional, pero podrá complementarlo para que el operador jurídico pueda sustraerse a las limitaciones epistemológicas del ser humano, a saber: los «atávicos heurísticos» a los que hace referencia el autor, entre los que se encuentra la intuición sesgada y el automatismo de copia y pega a la hora de emitir autos de prisión provisional.

Así pues, de acuerdo con el autor, sin sustituir al juez, la inteligencia artificial y las máquinas «sí pueden apoyarlo en la toma de decisiones que hoy se formulan en base a la experiencia y, necesariamente, tienen un germen subjetivo o valorativo, cuando no se formulan en base a emociones, sesgos u opiniones, ya sea en la libre valoración de la prueba o en escenarios tan concretos como la ponderación de los intereses fundamentales en juego a la hora de decidir la prisión provisional del investigado o la libertad condicional del preso».

La obra tampoco deja de lado la aplicación de la inteligencia artificial basada en macrodatos, puesto que, como señala el autor, el cerebro humano «es incapaz de valorar en décimas de segundo y tomar una decisión basada en las variables y probabilidades, pero la máquina sí». Esto puede tener beneficios en la aplicación de la ley, complementándola con la analítica predictiva servida de *Big Data* cuando la norma debe tener en cuenta el contexto y datos empíricos.

Ejemplo de ello, y que constituye el objeto principal y central de la

monografía, a saber, la justicia cautelar manifestada en el instituto procesal de la prisión provisional, nos sitúa ya en la segunda parte de la obra. El Dr. Simón, que a estas alturas de la monografía ya nos ha acostumbrado a la reflexión multidisciplinar, pero sin perder la precisión de la especialidad, nos advierte de ciertos hechos:

«...los jueces no operan en el vacío. Ni pueden ni deben hacerlo. De hecho, ningún ser humano lo hace en su actuar cotidiano. Lo que sucede en el exterior nos condiciona, nos aflige y llega a afectar nuestra toma de decisiones. Es lo que Kahneman (2014), sobre lo que volveremos más adelante en breve, llama el efecto del contexto y enlaza con la afectación y la emoción. O lo que fue, en su día, brillantemente expuesto por Chayes (1975), cuando nos advertía que el juzgador no puede actuar aislado del entorno social y las decisiones que *este* toma en los litigios de interés público son fruto de un diálogo natural, permanente e inevitable con otros elementos sociales y políticos —académicos, prensa, el poder ejecutivo, el legislador, agencias administrativas y el público, en general—».

Llegados a este punto, se nos advierte de un fenómeno crónico, pero que atenta gravemente contra ciertos principios del estado de derecho, como lo es la sobrecarga de los juzgados y tribunales, sobrecarga a la que el poder ejecutivo ha condenado al poder judicial, propiciando los *copy&paste* en los autos y fundamentos jurídicos, así como otros atajos que favorecen el

automatismo al que hacíamos referencia al inicio de esta reseña.

La riqueza de la monografía también se alimenta de la capacidad de observación del autor, a la que antaño nos acostumbró la antropología y la literatura decimonónica realista y naturalista, pero ya casi inexistente en el irreflexivo devenir de la hiperdigitalización de la sociedad de la inmediatez. De este modo, se nos advierte de:

«Una tendencia bifronte que inspira nuestro actuar desde bien pequeños. Y es precisamente cuando observamos el comportamiento de nuestros pequeños, de nuestros niños, que operan y piensan sin los límites de los marcos conceptuales que nos han o nos hemos (auto) impuesto, cuando nos damos cuenta cómo y hasta qué punto condicionan la toma de decisiones humanas esas dos circunstancias: fatiga y comodidad bien podrían estar detrás de la mayoría de las decisiones humanas. Una vez más, nada explicaría que el juzgador pudiera escapar a la premisa anterior».

Estos condicionantes, entre los que se enumeran las emociones; la ideología; la memoria y estadística *prima facie* (o «aquello que [respecto a los jueces] recuerdan y que les viene a la cabeza de forma casi automática sobre casos anteriores» según las teorías prospectivas de los psicólogos Tversky y Kahneman); la intuición; la fatiga, el anclaje... Todo estos sesgos heurísticos y epistemológicos son limitaciones humanas que podrían verse superadas, o al menos disminuidas, con el concurso y complemento de la inteligencia artificial.

De modo más específico, la monografía se pregunta cómo el Ministerio Fiscal y el juez instructor adoptan las peticiones y medidas cautelares respectivamente, en el contexto procesal de la vistilla del art. 505 de la LECr, considerando que, como señala el autor, se produce la siguiente paradoja: el instructor debe decidir «sin operar en el vacío —heurísticos, atajos intuitivos y efecto del contexto— pero operando *stricto sensu* en el más completo vacío —sin pruebas, sin conocer todas las variables en juego, a veces sin tan siquiera haber escuchado los argumentos de las partes—».

Consideradas las limitaciones cognitivas de los operadores jurídicos, el autor aborda la inteligencia artificial judicial para la valoración del riesgo. En concreto, se estudia el software IAJVR y cómo este puede contribuir a la eficacia de los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad, pues como se señala en la obra, este tipo de tecnología podría eliminar cualquier «vestigio de la afección y la emoción en la toma de decisiones, reduciendo las prácticas basadas en el anclaje y ajuste, en el automatismo de lo cómodo y práctico, objetivando *stricto sensu*, con un porcentaje real, el nivel del riesgo que se conjura y delimita teniendo en cuenta todas las variables del caso concreto y de sus precedentes».

En este punto el autor reflexiona sobre la importancia de las bases de datos, pues si estas son sesgadas, la inteligencia artificial también lo será. Recuérdese el caso de Amazon, en la que un algoritmo se encargaba de hacer el trabajo de recursos humanos, basándose en el histórico de contrataciones

anteriores. El resultado fue desalentador: la perpetuación de un sesgo de género en la contratación de personal.

Esto nos debe advertir de que la evaluación del riesgo de reiteración delictiva, fuga o destrucción de pruebas, como fines constitucionalmente establecidos por el legislador para justificar las medidas provisionales de privación de libertad, y llevada a cabo por la inteligencia artificial, puede caer en los mismos sesgos heurísticos a los que se hacen alusión en la monografía respecto a la inteligencia humana. Una base de datos que no se sustraiga a los prejuicios sistémicos que campan en nuestro entorno social, tanto en los procesos de recolección, almacenamiento, procesamiento como de tratamiento, no puede generar una inteligencia artificial útil como complemento a la justicia, sino más bien un escenario distópico para alimentar la literatura de Huxley, Orwell, Bradbury o Dick.

Por último, la tercera parte aborda las garantías jurídico-constitucionales que deben tenerse presentes ante los retos tecnológicos, como el derecho de defensa y el principio de publicidad procesal. El autor se pregunta si el código del sistema IAJVR debe ser público. Sin duda una problemática similar ya ha sido objeto de análisis por la doctrina científica, especialmente en el campo del derecho administrativo, donde la publicidad de los sistemas que toman decisiones automatizadas está pendiente de juicio al momento de redactar estas líneas (caso del sistema BOSCO).

En el campo penal, la cognoscibilidad, publicidad, y transparencia del código fuente plantea los mismos problemas, si bien, como señala el autor,

las exigencias en esta jurisdicción deberían ser mayores, especialmente considerando la entrada en juego del secreto de sumario, sin olvidarse de la reciente doctrina constitucional al respecto (STC 83/2019, de 17 de junio). De este modo, se concluye que el mencionado secreto de las comunicaciones no debería abarcar el secreto del código fuente, tomando en cuenta las exigencias constitucionales y normativas (entre otras, la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo, sobre el derecho a la información en los procesos penales).

La tesis defendida aquí es de sumo interés, pues si bien en el campo del derecho administrativo la doctrina ha señalado la colisión entre el principio de transparencia y el de propiedad intelectual de los programadores, en el campo penal mantener el secreto sobre todos estos detalles del sistema de IA, según el autor, supone laminar el derecho de defensa del investigado «a cambio de nada».

Siguiendo esta línea argumental, el Dr. Simón indica que una conclusión como la alcanzada en la sentencia del Tribunal Supremo de Wisconsin en el asunto Wisconsin v. Loomis «es absolutamente inviable en nuestro modelo, tuitivo por naturaleza y definición». Y añade: «Que las decisiones y resoluciones judiciales puedan basarse en parte en valoraciones de riesgo realizadas mediante herramientas actuariales digitalizadas o incluso sistemas de IAJVR, es decir, IA *stricto sensu*, comercializadas por compañías privadas, cuyo funcionamiento no se revela al público ni al investigado o acusado porque se considera un secreto de empresa, es una auténtica aberración del

sistema que constriñe el derecho de defensa».

Como puede observarse, la monografía también se nutre de la jurisprudencia de órganos jurisdiccionales no comunitarios, analizando así el devenir de la justicia y el impacto de las tecnologías de la información con casos reales y actuales. El lector se halla ante

una obra completa que rehúye de consignas, tópicos o simplificaciones, por lo que, en la era del bombardeo de información, en la que estamos constantemente expuestos a webinars, post, prensa digital de consumo rápido, etc., la monografía ofrece un espacio sereno de reflexión al que cualquier jurista del s. XXI debería prestar atención.

Javier Dorado Ferrer

Coordinador del Grado en Derecho
ESERP Business & Law School

VIGURI CORDERO, Jorge Agustín, *Seguridad y Protección de Datos en el Sistema Europeo Común de Asilo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, 447 pp., ISBN 978-84-1378-17-09.

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-69\(2\)-2021pp353-365](http://dx.doi.org/10.18543/ed-69(2)-2021pp353-365)

Que cada persona está continuamente vigilada, perfilada y catalogada por el Estado (tanto en su sentido clásico como moderno) es una premisa que dejó hace muchos años de pertenecer únicamente a la ciencia ficción y ha pasado a ser una realidad insoslayable de nuestro tiempo, aunque evidentemente se ha visto acentuada en los últimos años. En efecto, vivimos en una era en la que existen no sólo los clásicos Estado-Nación, sino también los Estados digitales; de ahí denominaciones como *Facebook Nation*: si bien sus fronteras son difícilmente delimitables, con sus casi mil setecientos millones, hace de esta 'nación', el pueblo más grande del mundo y, si bien no tiene plena soberanía, tiene su propio sistema financiero, moneda, sistemas de resolución de conflictos, lo que queda plasmado en su 'constitución' auto-otorgada, a través de sus términos legales (*Términos y Condiciones de uso*), y como una suerte de primera potencia mundial, ha influido considerablemente en las percepciones, y en las decisiones personales, sociales, económicas y políticas a escala planetaria (Newton 2014).

En una época en la que la verdad es todo (y casi única y exclusivamente) aquello que existe en el mundo virtual (en la Red o en las bases de datos de las que muchas veces se nutre), somos testigos de las nuevas reglas del juego por las cuales estamos sentenciados (si queremos participar en la vida social, económica, política y cultural); es decir, a quedar invadidos, sometidos y manipulados, en función de los datos que recogen y exponen sobre nosotros, incluso «de manera invisible», por «mecanismos ingeniosos y máquinas pensantes» (Rodotà 2014, 289) construidas y operadas bajo premisas legítimas pero con sesgos sistémicos, intenciones encubiertas y riesgos impredecibles. Resulta especialmente preocupante el uso de la Inteligencia Artificial aplicada a la investigación policial y judicial o al funcionamiento diario de las administraciones públicas (por sus potencialmente perjudiciales consecuencias jurídico-sociales). Como constitucionalista me surgen numerosos interrogantes ¿Cómo aseguramos que no se producirán actuaciones discriminatorias? ¿Bajo qué condiciones entendemos legítimo el uso de estas herramientas digitales? ¿Cuáles son las condiciones de garantía

para los derechos fundamentales en jaque?

De una parte, la información (sobre todo la información de carácter personal) se ha convertido en poder; así, los sistemas basados en los datos han devenido en herramienta clave para sistemas opresivos de los que ya nos advirtieron, entre otros, Orwell, Zamyatin y Huxley y que, de alguna manera u otra, también se han visto reflejados en momentos de nuestra historia contemporánea, con cada nueva etapa de revolución tecnológica. Sin entrar en cuestiones sobre las nuevas facetas de la vigilancia electrónica, tanto pública como privada, sí que cabe, al menos, citar al nuevo fenómeno de la *dataveillance* en la era post-Snowden. Con *dataveillance* me refiero a una suerte de recogida y agregación panóptica en la que los datos reunidos a través de las prácticas de vigilancia del ciudadano ordinario da paso a mecanismos de vigilancia del Estado, a través de las corporaciones que poseen esos datos (Bakir 2015, 12-25; y, Sancho López 2018, 39-47). Precisamente la creciente preocupación por la privacidad (y los demás derechos y libertades individuales) ha venido de la mano de las revelaciones vinculadas a los sistemas de vigilancia y tratamientos masivos de información que concierne a las personas, creados y utilizados bajo la justificación de proteger la seguridad nacional.

De otra parte, la visión y premisas que fundamentan el llamado Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (ELSJ) han estado presentes en el ordenamiento jurídico europeo desde antes del cambio de siglo (inicialmente con el Tratado de Maastricht, pero, sobre todo, con las modificaciones del

Tratado de Ámsterdam). El ELSJ es, a fin de cuentas, una nomenclatura simplificada del conjunto de políticas y actuaciones de la UE, a fin de crear y garantizar un área de cooperación y coordinar a nivel comunitario que facilite la seguridad interior, que asegure una justicia eficaz y que garantice una protección efectiva de los derechos y libertades en el conjunto del territorio europeo. Es más, con la reforma del Tratado de Lisboa, que reconfiguró a la UE y modificó los tratados constitutivos¹, dejó de ser una visión político-jurídico y se incorporó

¹ Por lo que nos interesa para esta recensión, el Tratado de Lisboa también trajo otros dos cambios significativos. Por un lado, incorporó el art. 16 Tratado de la Funcionamiento de la UE mediante el cual se le reconoce a la UE una nueva competencia para legislar en materia de protección de datos. Este precepto establece el derecho a que los datos personales se protejan y concreta que la UE tiene competencias legislativas específicas sobre la protección de las personas respecto al tratamiento de sus datos personales. Por otro lado, incorporó la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (CDFUE), reconociéndole fuerza jurídica y elevándola como parte del derecho originario (otorgándole el mismo valor que los demás tratados constitutivos). Esta, a su vez, consagra de manera explícita un derecho fundamental y autónomo a la protección de datos de carácter personal (art. 8 CDFUE) y un derecho de asilo (art. 18 CDFUE) y protección en caso de devolución o expulsión (art. 19 CDFUE). Esta incorporación se ha considerado un hito, no sólo por crear una «Declaración de Derechos Europea», con el reforzamiento de los derechos clásicos y la consagración de muchos nuevos no expresamente reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (como podría argumentarse es el caso de estos tres derechos), sino también por insertarla en su estructura dogmática

expresamente, como uno de los principales objetivos ‘constitucionales’, el ofrecer a los ciudadanos europeos un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores (art. 3.2 Tratado de la UE).

Sin lugar a dudas, el ELSJ se ha convertido en uno de los ámbitos más relevantes y polémicos de la UE, sobre todo debido a los desafíos de los últimos tiempos relacionados con el terrorismo, la delincuencia transnacional, la crisis migratoria y de refugiados, así como el papel de los avances tecnológicos y su potencial amenaza para la protección efectiva de los derechos y libertades fundamentales en estos ámbitos. Concretamente, las implicaciones de las Nuevas Tecnologías de la Información y la Comunicación (NTIC) en el ámbito del ELSJ han sido (y seguirán siendo) diversas y trascendentales; entre ellas, son especialmente preocupantes las amenazas a la privacidad y a la protección de datos en una era que destaca ya no sólo por la libre y globalizada circulación de capitales, de personas (incluidos colectivos vulnerables y delincuentes), de bienes y de servicios, sino también (y cada vez más) por la libre circulación e intercambio de información y de datos de carácter personal.

Es más, esta época también se caracteriza por la cooptación del sector privado en la lucha contra el crimen y en la salvaguarda de la seguridad y orden público (sirva el ejemplo de la censura de contenidos considerados nocivos en redes sociales y plataformas

virtuales como muestra de ello). En el caso concreto del ELSJ, la recopilación y análisis de la información se crea y se pone a disposición por empresas que gestionan actividades ordinarias de la vida diaria (desde transacciones financieras y desplazamientos aéreos, hasta el uso de la telefonía móvil y un largo etcétera) lo que demuestra que nos movemos en asociaciones multinivel, con múltiples actores que abarcan tanto el sector público como el privado. La limitación de determinados derechos y libertades bajo la justificación del paraguas de la seguridad u orden público es un tema recurrente. Esto se ve reflejado en actuaciones y políticas diversas dentro del ELSJ, entre ellas, las bases de datos paneuropeas en asuntos de interior (principalmente en *border management* y *law enforcement*): el registro de nombres de los pasajeros (PNR, por sus siglas en inglés), el Sistema de Información de Visados (VIS, por sus siglas en inglés), la base de datos europea de huellas dactilares (EURODAC, por su acrónimo inglés), el Sistema de Información de Schengen (SIS II, por sus siglas en inglés), a los que hay que sumarles los novedosos sistemas de entrada/salida (EES, por sus siglas en inglés), el sistema europeo de información y autorización de viajes (ETIAS, por sus siglas en inglés) entre otros. Gracias a la evolución tecnológica, impulsada por consideraciones de seguridad en el mundo posterior al 11-S (lamentablemente continuado por el 11-M, 13-N, 22-M, 14-J y el 17-A, entre otros numerónimos) el legislador de la UE ha creado milhojas de sistemas de tratamiento de información relativa a personas identificadas o identificables.

fundacional, haciendo la naturaleza de la Unión Europea mucho más constitucional.

* * *

La ‘frontera entre la privacidad y la seguridad nacional es difusa y de ella nace una búsqueda compleja por encontrar el mejor encaje entre bienes jurídicamente protegidos aparentemente contrapuestos. No obstante, hay una falsa percepción de que sólo se puede proteger un bien/valor jurídico en el marco del ELSJ a expensas del otro. Si bien hay un delicado equilibrio entre la privacidad y la seguridad, se trata sin duda de un equilibrio posible y necesario. Como afirma Rodotà, se ha allanado un camino para «aprovechar las oportunidades ofrecidas por este nuevo mundo, sin tener que sufrir las tiranías y los riesgos, tratando de dejar bajo el control del derecho y de los ciudadanos unos procesos que de otra manera podrían arrastrar, de una sola tacada, a las personas y a la democracia» (Rodotà 2014, 289).

Pues bien, en este contexto, tiene pleno sentido (y resulta particularmente valioso) el trabajo del Prof. Dr. Jorge Viguri Cordero titulado *Seguridad y Protección de Datos en el Sistema Europeo Común de Asilo*, publicado en la editorial de excelencia Tirant lo Blanch a principios de este año. Se habla mucho, en la dicotomía Derecho-Tecnología, de una temática que ya es clásica: los mandatos del tráfico económico para favorecer las clásicas libertades económicas, como límite a derechos fundamentales. En otras palabras, el permanente conflicto (y la difícil conciliación) entre las libertades económicas y la protección de datos personales, como se ha analizado en otras ocasiones (Martínez López-Sáez 2017,

139-176). En esta ocasión, el autor se adentra en otra temática y conflicto jurídico igualmente clásico pero indudablemente más complejo, y por ello doblemente encomiable: el permanente conflicto (y la difícil conciliación) entre la seguridad y la protección de datos. A la *tensión dialéctica* entre libertad y seguridad, se le suma el dilema permanente entre la privacidad y la seguridad (pág. 392). Seguramente no en vano el autor haya elegido emparejar estas palabras clave en el título de su trabajo.

Nos encontramos ante un trabajo de gran extensión (que supera las cuatrocientas páginas) y, pese a todo, se presenta con un formato agradable de leer y con una redacción muy cuidada. El trabajo está bien estructurado, con una introducción a modo de contextualización, con tres partes centrales que se completan conforme se va avanzando en la lectura: primero cuestiones jurídicas relativas al asilo y a la protección internacional, incluyendo unas consideraciones preliminares sobre la inminente aprobación del paquete de reformas (Capítulo I) para luego incidir en la creación y desarrollo del Sistema Europeo Común de Asilo (Capítulos II y III), especialmente en lo que concierne la excepción justificada por excelencia, a saber, el mantenimiento del orden público y la protección de la seguridad nacional (sirviéndose de la jurisprudencia del TJUE y, en clave de complementariedad y sinergia, del TEDH) para finalmente examinar el régimen de la protección de datos, en general, y en relación con los sistemas informáticos previamente analizados (Capítulos IV y V). Como colofón a

su estudio añade un apartado de conclusiones finales sobre los retos más destacados a los que se enfrenta el SECA, las propuestas de reforma y las contrapropuestas regulatorias que él mismo presenta para paliar las graves injerencias en el derecho de asilo y el derecho a la protección de datos de los solicitantes de protección internacional. Por último, los anexos referentes a las fuentes utilizadas (doctrinales, normativas, jurisprudenciales y documentales) se formulan también de manera cuidadosa y denotan la excelencia investigadora del autor.

Viguri Cordero nos ofrece un inestimable trabajo monográfico. En palabras de su directora de tesis doctoral y prologuista, nos hallamos ante un estudio que «se aborda de forma absolutamente novedosa» y que resulta ser «pionero» en nuestro ordenamiento (págs. 19-20). En efecto, la sistematización simultánea del régimen jurídico de la protección de los datos de carácter personal y del Sistema Europeo Común de Asilo, así como el análisis de sus fortalezas y propuestas regulatorias para paliar sus deficiencias, en el ordenamiento jurídico comunitario (y, a la luz de la globalización, del constitucionalismo europeo y del sistema multinivel de derechos, también en el ordenamiento español) ofrecen al lector un punto de partida considerablemente valioso para el perfeccionamiento de ambos regímenes normativos, y, en última instancia, para garantizar la efectividad de los derechos fundamentales en juego, sobre todo para aquellas personas tan desamparadas que necesitan seguridad jurídica y protección. El autor, a lo largo del trabajo, aprecia ese dilema

permanente entre la seguridad y la privacidad pues reconoce la necesidad de la justicia preventiva y la salvaguarda de la seguridad pública, a la vez que cuestiona que, so pretexto de la seguridad, se hayan extendido los canales de monitoreo de la movilidad de las personas, produciendo situaciones de vigilancia preventiva. Aquí destacamos la doble faceta del autor en tanto que constitucionalista español, especializado en el derecho a la protección de datos y en el derecho de asilo, pero con perspectiva europea, en su sentido más amplio. En efecto, analiza lo que él llama «*el conflicto de derechos fundamentales de primer orden entre el derecho a la protección internacional y el derecho a la protección de los datos personales*» (pág. 31) a la vez que examina su difícil conciliación con la salvaguarda de la seguridad nacional y de los objetivos y políticas en el marco de una competencia compartida y especialmente delicada y compleja² entre la UE y los EEMM.

* * *

Ya que es Viguri Cordero el verdadero experto en el derecho de asilo y el SECA, y en tanto en cuanto compartimos intereses de investigación más bien en lo que al régimen paneuropeo de protección de datos y a la protección de personas en situación de

² Pues, en realidad, la todavía embrionaria «Unión de Seguridad» a la luz de la *Estrategia Global para la Política Exterior y de Seguridad de la UE (2020-2025)*, es un esfuerzo polivalente e intersectorial en el que es sumamente difícil difuminar las fronteras entre migración, seguridad, delincuencia y política exterior.

vulnerabilidad se refiere, me centraré en los aspectos más destacables, a mi juicio, de su monografía, es decir, la tercera parte (Capítulos IV y V). Pese a ello, esto no es óbice para que aluda a las advertencias del autor en cuanto a los derechos vinculados al SECA en sentido más amplio: Primeramente, en lo que se refiere a las causas y consecuencias de la llamada *lotería del asilo*, el autor insiste que debido a la generalización y flexibilización de las causas de exclusión y a la *inoperatividad práctica* de las distinciones en la clasificación de los dos estatutos de protección internacional (pág. 157); y, seguidamente, en lo que se refiere a las revisiones del sistema que podrían propiciar una peligrosa *noción de temporalidad* del derecho a la protección internacional como consecuencia de un constante flujo de intercambio de información, lo que iría en detrimento de dicho derecho (págs. 157 y 390). Con respecto a la faceta *iusdigital*, el autor examina *la incidencia del procesamiento y gestión de la información de los solicitantes de protección internacional en el Sistema de Dublín, como en sus propuestas de reforma con objeto de concretar y actualizar el difuso régimen jurídico de protección de datos e información personal, esencialmente, a la luz del Reglamento General de Protección de Datos (2016/679), de la Directiva de protección de datos en el ámbito penal (2016/680)* [lo que yo llamaré Directiva Policial], *así como del novedoso Reglamento relativo al establecimiento de un marco para la interoperabilidad entre los sistemas de información de la UE en el ámbito de la cooperación policial y judicial, el asilo y la migración*

(818/2019) [lo que yo llamaré Reglamento Institucional de Protección de Datos o RIPD]. Adelanto que coincido plenamente con la práctica totalidad de las observaciones jurídicas que hace Viguri Cordero, aunque también expondré algunas reflexiones complementarias a su análisis.

En primer lugar, la temática deviene relevante en tanto en cuanto estamos hablando no sólo de datos personales (datos que identifican o hacen identificable a una persona) sino de datos especialmente sensibles como los datos biométricos, incorporación novedosa del marco paneuropeo de protección de datos³, en tanto que «*datos personales obtenidos a partir de un tratamiento técnico específico, relativos a las características físicas, fisiológicas o conductuales de una persona física que permitan o confirmen la identificación única de dicha persona, como imágenes faciales o datos dactiloscópicos*» (énfasis mío) (art. 4(14) RGPD). Es decir, que hablamos de datos que identifican de manera inequívoca y absoluta a una persona, los cuales, por ello mismo, requieren de especial protección debido a que su tratamiento afecta más intensamente a los derechos y libertades por sus potenciales usos con fines o consecuencias discriminatorias.

En segundo lugar, los supracitados sistemas indudablemente aseguran una

³ También se ha incluido en la modernización del Convenio 108 del Consejo de Europa, el conocido como Convenio 108+: se ha ampliado la definición de dato personal, incorporando los datos genéticos, biométricos y aquellos relacionados con la afiliación sindical y el origen étnico. *Vid.* art. 6 del Convenio 108+.

mejor protección de las fronteras, una mejor gestión de los flujos migratorios y contribuyen a reforzar la seguridad interior de los EEMM, y, en consecuencia, de la Unión. No se discute que la UE necesita un ecosistema de seguridad (basado en los datos) robusto ante las nuevas amenazas (transfronterizas y transversales) para la seguridad de los Estados y de sus ciudadanos, lo que inevitablemente implica un mayor intercambio de información e interoperabilidad de los sistemas y una cooperación más estrecha de todos los actores implicados. Sin embargo, en tanto en cuanto los datos de carácter personal (entendidos como cualquier información que identifica o hace identificable a una persona física), muchos de ellos especialmente sensibles al ser datos biométricos o reveladores del origen racial/étnico (las llamadas categorías especiales de datos)⁴, son el elemento básico y eje central de estos sistemas, las implicaciones en materia de privacidad y protección de datos son incuestionables y serias: por ejemplo, decisiones individuales automatizadas, basadas en sistemas de inteligencia artificial alimentada por el tratamiento (sesgado) de determinados datos personales u otros efectos nocivos de la

llamada «dictadura del algoritmo» (Rodotà 2014, 361). Y por todo ello, ante las amenazas que se ciernen sobre la privacidad y la dignidad, debemos avanzar con suma precaución. En palabras de Viguri Cordero, si bien la operatividad funcional podrá solventar o reducir diferentes lagunas jurídicas, también podrían generar situaciones sumamente desventajosas como la aplicación indiscriminada y generalizada de las cláusulas de exclusión (pág. 160), y, por ende, producir situaciones susceptibles de menoscabar el ejercicio de uno o varios derechos como consecuencia de esa aplicación, lo que, a su vez, *limita o veda el acceso efectivo al procedimiento de protección internacional* (pág. 389). La ONG *Privacy International* ha resumido muy bien los graves riesgos que tiene la *data-driven approach* de estos sistemas informáticos y políticas de inmigración⁵. En análoga línea se pronuncia el autor de esta obra: «*su funcionamiento prioriza las dimensiones de seguridad, eficiencia y eficacia, y, lejos*

⁵ «*pretende utilizar datos digitales invasivos y potencialmente defectuosos sobre las personas para tomar decisiones que cambien su vida, al tiempo que amplía los controles de estado a las interacciones cotidianas en la sociedad [...] Estas políticas de inmigración basadas en datos no sólo conducen a un trato discriminatorio de las personas y socavan la dignidad de las mismas, sino que los fallos tecnológicos dan lugar a una toma de decisiones injusta, especialmente cuando se automatizan [esos procesos bajo el prisma de la interoperabilidad]*» (traducción propia). «Protecting migrants at borders and beyond», Privacy International. Acceso el 28 de agosto de 2020, <https://privacyinternational.org/protecting-migrants-borders-and-beyond>

⁴ Art. 9 RGPD, arts. 10 tanto de la Directiva 2016/680/UE (Directiva policial) como del Reglamento 2018/1725 (RIPD): «*datos personales que revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, y el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o las orientaciones sexuales de una persona física*».

de complementar la protección de los derechos de los refugiados, interfiere negativamente en el derecho a la protección de sus datos personales» (pág. 34), en tanto que la información solicitada y procesada «resulta frecuentemente sensible» y está al alcance de una amalgama muy diversa y amplia de organismos internacionales, europeos y nacionales que intervienen, de alguna manera u otra, sin formación adecuada (el autor ha insistido bastante en la escasa formación de las autoridades competentes sobre la legislación general y sectorial de protección de datos) y sin pautas uniformes sobre el tratamiento de información de carácter personal.

En esta línea, y en tercer lugar, el autor insiste en que parte del problema (al menos en cuanto a la falta de uniformidad y la inseguridad jurídica de la que adolece el régimen examinado) deriva del amplio margen de apreciación que la normativa europea permite a los EEMM en este ámbito competencial en el que hay culturas y ordenamientos jurídicos y posturas políticas tan dispares en lo que concierne al ámbito de los asuntos de interior (págs. 28 y 139). Igual sucede en materia de protección de datos; lo que se ha venido llamando las «clausulas abiertas», permitiendo a los EEMM, entre otras cosas, limitar las protecciones vertidas sobre el derecho a la protección de datos (bien a través de restricciones o bien a través de la especificación de excepciones) para garantizar objetivos o bienes de interés público, entre los que, indudablemente se encuentra salvaguardar la seguridad nacional o el orden público (Considerando 73 y el art. 23 RGPD). De hecho,

EDRI, la mayor red europea de defensa de los derechos y las libertades en línea, publicó un informe interesante sobre los abusos y la manera en la que algunas autoridades públicas y organismos competentes a nivel nacional esquivan tener que aplicar estándares más elevados en materia de protección de datos, bajo justificaciones de seguridad, comportamientos sospechosos y situaciones de urgencia, que, como sabemos, son justificaciones genéricas que conducen a terrenos jurídicamente escudados pero hartamente resbaladizos desde el punto de vista de los derechos humanos⁶. Así, el concepto impreciso e indeterminado de ‘seguridad’, priorizado constantemente (págs. 33, 76 y 152) a expensas de otros derechos y valores, puede servir para socavar las distinciones clave y los límites del alcance del Estado en la vida de las personas.

En cuarto lugar, el autor hace alusión a las exclusiones previstas en el RGPD en materia de persecución de los delitos entre otras materias, que, no obstante, se regulan por otras normas de la UE, como la Directiva Policial o en el caso del correcto funcionamiento de las instituciones o agencias europeas, el RIPD. Además, recuerda que se extendió la protección de los datos a todo interesado en el tratamiento (persona física) que se encuentre en la UE, debiendo, a su juicio, quedar amparados también los solicitantes de protección internacional (pág. 284 y ss.). Es verdad que la Directiva Policial tiene una protección

⁶ Acceso el 28 de agosto de 2020, https://edri.org/wp-content/uploads/2021/07/EDRI_RISE_REPORT.pdf

más reducida en comparación con el RGPD o el RIPD en cuanto a los principios de tratamiento de datos y los derechos de los interesados. Por ejemplo, se limita el principio de transparencia (dadas las cuestiones de prevención de las fuerzas de seguridad y las prácticas de vigilancia encubierta), se reducen los principios de limitación de la finalidad y minimización de los datos (la ley no pide que el tratamiento sea adecuado, pertinente o limitado, solo exige que no sea excesivo, dando más margen de apreciación a las autoridades competentes en detrimento de los derechos de los interesados), se establecen términos diferentes para los períodos de conservación/retención y despersonalización de los datos personales recogidos, se restringen al mínimo los derechos de información y acceso y ha dado pie a instrumentos de especialidad para cada actor implicado (como es el caso del reglamento de protección de datos de las instituciones europeas o el todavía más específico de la agencia EUROPOL). Con respecto a estas dos últimas cuestiones Viguri Cordero ha sido especialmente crítico en supuestos en los que se tratan datos personales de solicitantes de asilo.

Coincido plenamente en que existe un claro menoscabo de los derechos del interesado (especialmente el derecho de acceso/información, de supresión y de limitación) en el ámbito policial y penal: lo que él llama *un considerable retroceso en la protección efectiva del intercambio de información*. Ello, claramente, se ve justificado bajo la premisa de flexibilizar hasta el máximo exponente las funciones de cooperación e intercambio de

información (y las obligaciones) de las distintas autoridades administrativas y policiales en sede nacional, pero, como bien apunta el autor, empujando el derecho a la protección de datos del interesado del tratamiento a un plano subsidiario y agravando así, la desconfianza de los solicitantes en los procedimientos de protección internacional. Termina abogando no solo por dotar de la suficiente transparencia a estos procedimientos, sino por incrementar sustancialmente las deficitarias condiciones de acogida que han dispuesto, con carácter general, los EEMM situados en primera línea (España, Italia o Grecia, entre otros), especialmente, en los *hotspots* (págs. 255 y 287). Paralelamente, aunque coincido en que, en ocasiones, la multiplicidad de normas y el excesivo uso de la remisión normativa generan confusión y mayor inseguridad jurídica (pág. 381), sí que considero interesante, y quizás positivo para los afectados, que exista una *lex specialis* para cada tipo de organismo responsable del tratamiento, pues el tipo de tratamiento y la injerencia a los derechos en juego dependerá mucho de la finalidad del tratamiento (y esta, a su vez, dependerá de los objetivos que persigue o para los que se ha creado el responsable del tratamiento); lo anterior lo afirmo, eso sí, siempre y cuando los principios de limitación de la finalidad, minimización y exactitud queden respetados, en la medida que se efectúe un examen de proporcionalidad más estricto⁷ en el análisis de las

⁷ En línea con los parámetros que siguió el TJUE en los Asuntos acumulados C-293/12 y

medidas tomadas, y siempre que se disponga de un umbral/estándar mínimo de protección alto (o, al menos, adecuado al supuesto de hecho). Todo ello es aún más necesario en tanto en cuanto frecuentemente el tratamiento de los datos de carácter personal no se limita sólo a su procesamiento o almacenamiento, sino que exige, dados los elementos transfronterizos característicos del ELSJ, un intercambio y transferencia transnacional de los mismos.

En este sentido, Viguri Cordero, además, insiste en que la propuesta de reforma del SECA adolece de una perspectiva basada en la protección de los datos. Según él, el sistema, y sus propuestas de reforma, reflejan una tendencia hacia una mayor recopilación de datos (sobre todo categorías especiales de datos). A su juicio, además, el sistema sufre de varios déficits: (1) la amplia flexibilidad en la toma de decisiones a la hora de intercambiar información (con criterios ambiguos de suficiencia, pertinencia y necesidad) y su supeditación a formalidades imperativas vinculadas al principio de confidencialidad y otros deberes relativos a la designación de puntos de contacto y canales de comunicación entre distintos organismos; (2) las excepciones por razones de seguridad nacional y orden público en lo que se refiere a las limitaciones vinculadas a la transferencia de datos a terceros países a efectos de retorno.

Concretamente, para el caso del sistema de información Eurodac, se muestra crítico respecto a la falta de

consenso en la aprobación de su reglamento de reforma, que lleva más de cuatro años en el limbo legislativo europeo. Así, explica las novedades *de hondo calado* que, a su vez, también presentan dudas jurídicas en cuanto a su coherencia y adecuación con el régimen europeo de protección de datos aplicable, como es el caso de la ampliación del objeto y finalidad de ese sistema de información, la propia transferencia de información personal a terceros países (cuando son los de retorno), o, las que más me preocupan desde la perspectiva del riesgo y de la vulnerabilidad, la incorporación de las imágenes fáciles como nueva categoría de datos biométricos, la reducción de la edad para la recopilación de este tipo de dato especialmente sensible a los seis años y el acceso cuasi automático (bajo el amparo de una necesidad imperiosa de seguridad o por razones importantes de interés público) de las autoridades policiales y la Europol a los datos recabados, por citar algunos de los ejemplos más paradigmáticos (págs. 383 y ss.).

Concretamente, para el caso de la AAUE y la GEFC, también se muestra crítico en cuanto a su excesiva indeterminación y generalización en las amplias categorías de sujetos y finalidades (desde cuestiones relativas a la gestión de los flujos migratorios, las fronteras y la protección internacional, hasta cuestiones vinculadas a la delincuencia transfronteriza y el terrorismo), lo que, según él, *incidirá negativamente en las garantías de la protección de datos* (págs. 391-394).

* * *

En otro orden de cosas, también resulta especialmente interesante el

C-594/12, *Digital Rights Ireland Ltd v. Seitlinger y otros*, STJUE de 8 de abril de 2014

enfoque «pro personae» que adopta el autor para determinadas situaciones de vulnerabilidad. En lo que concierne específicamente a la protección de datos de los colectivos vulnerables, destacamos dos de las publicaciones de la Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA, por sus siglas en inglés) que versan sobre la protección de datos en el marco del ELSJ. Por un lado, el Informe relativo a la protección de datos especialmente sensibles, titulado *Under watchful eyes: biometrics, EU IT systems and fundamental rights*⁸; en el que se examina y se recomiendan medidas protectoras de protección de datos para personas en situación de especial vulnerabilidad, como son los refugiados e inmigrantes. Por otro lado, el Informe relativo a la interoperabilidad de los sistemas en la UE titulado *Fundamental rights and the interoperability of EU information systems: borders and security*⁹ en el que, entre otras cosas, incide en la especial vulnerabilidad de (y concre-

ciones técnicas de interoperabilidad para) los migrantes menores de edad, dada su situación de particular vulnerabilidad (doble o incluso múltiple). Además, el autor, con buen criterio, hace referencia al principio *favor libertatis*, abogando por una interpretación favorable del ejercicio de sus derechos, una interpretación restrictiva de las cláusulas limitadoras de los derechos y una apuesta por una protección efectiva de los derechos en juego. Suscribo íntegramente su opinión relativa a que las restricciones generalizadas criminalizan *de facto* a los solicitantes, produciendo efectos discriminatorios y desvirtuando la institución de la protección internacional y, por tanto, deberán efectuarse *de forma individual, sobre una solicitud en concreto y sin causar indefensión al interesado; máxime, habida cuenta de la posición de vulnerabilidad del solicitante y de la importancia que revisten sus datos personales en todo el proceso de determinación del estatuto de refugiado o protección subsidiaria* (pág. 225).

Por último, la moderada postura del autor, a pesar de su juicio crítico, sobre la escasez de disposiciones del nuevo sistema de garantías relativas a la protección de datos, es digna de especial encomio. El autor recuerda como la priorización de los derechos de los solicitantes comportaría una excesiva limitación para el Estado en la consecución de los objetivos encaminados a gestionar eficaz y eficientemente las solicitudes de protección internacional y a preservar los intereses y seguridad nacionales, pero que, paralelamente, las autoridades nacionales tampoco pueden limitar de forma

⁸ FRA — European Union Agency For Fundamental Rights, «Under watchful eyes: biometrics, EU IT systems and fundamental rights», *Oficina de Publicaciones de la Unión Europea*, 28 de marzo de 2018. Acceso el 28 de agosto de 2020, https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2018-biometrics-fundamental-rights-eu_en.pdf

⁹ FRA — European Union Agency For Fundamental Rights, «Fundamental rights and the interoperability of EU information systems: borders and security», *Oficina de Publicaciones de la Unión Europea*, 07 de julio de 2017. Acceso el 28 de agosto de 2020, https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2017-interoperability-eu-information-systems_en-1.pdf

indiscriminada los derechos de los solicitantes bajo esas mismas premisas. En análoga línea, a pesar de mostrarse partidario de la interoperabilidad, reclama sumo cuidado para que ello no se convierta en una *interconexión automática de información sino que una nueva técnica que favorezca la sinergia de esfuerzos para dar solución a escenarios realmente complejos* (pág. 395). Así, aboga por un equilibrio continuo entre la seguridad nacional y jurídica en este ámbito y por evitar la criminalización y discriminación de este colectivo. Además insiste en la necesidad de configurar *marcos jurídicos proactivos*, lo que nos recuerda, tal y como pone de relieve en sus investigaciones más recientes, la importancia de la responsabilidad proactiva de aquellos que gestionan y procesan información vinculada a procedimientos de protección internacional o cuestiones más amplias ligadas a la seguridad. Esto inexorablemente implica asegurar que se configuran sistemas de privacidad por diseño y por defecto (de las propias herramientas digitales utilizadas en el tratamiento de los datos recopilados) como ya venía abogando en trabajos anteriores (Viguri Cordero 2021, 160-176; y Viguri Cordero 2021, 1-12).

Como decíamos al principio, en las últimas tres décadas hemos asistido a una profunda transformación en muchos ámbitos de las competencias compartidas entre la UE y los Estados miembros, especialmente en las relativas al conocido como Espacio de Seguridad, Libertad y Justicia. La evolución de las tecnologías digitales ha sido un componente indispensable de estos esfuerzos, incluyendo la toma de huellas

dactilares, la elaboración de perfiles y la vigilancia de los viajes, supuestamente legitimados bajo preocupaciones de seguridad nacional y pública. La creación y el funcionamiento de las bases de datos de inmigración paneuropeas es un ejemplo destacado en este contexto. La obra que tenemos entre nuestras manos no sólo analiza, de manera exhaustiva y con crítica constructiva, muchos de los componentes principales de la SECA (Dublín y Eurodac), la GEFIC y la propuesta de reforma de la AAUE, sino que también, y lo que es más importante, propone elementos y aspectos concretos susceptibles de mejora que no me atrevo a desvelarle al futuro lector, pero que se encuentran perfectamente resumidos al final de la obra (págs. 395-397).

La obra es muy recomendable para los estudiosos de los dos derechos fundamentales examinados y también para aquellos, como la que suscribe estas líneas, que buscan una obra que actúe como «la última palabra», hasta la fecha, sobre un nuevo ámbito condicionado por las NTIC y por amenazas cambiantes y en el que continuamente se multiplica el número de instrumentos normativos (sean vinculantes o programáticos) y publicaciones, todo lo cual dificulta el seguimiento. No sólo estamos ante una obra que revela solvencia estructural y rigor metodológico, otorgándole una notable solidez científica, sino que además estamos ante un académico que exige suma cautela y nítida certeza jurídica en un ámbito tan delicado y sensible no sólo para los Estados soberanos miembros de la UE sino también, y sobre todo, para las personas afectadas en procedimientos de protección internacional.

La garantía de los derechos de distintas categorías de personas migrantes de terceros países afectados por el procesamiento de sus datos es un tema central de este trabajo, no sólo desde el punto de vista de los derechos individuales, sino también desde el punto de vista de la conformación (y limitación) de la acción del Estado en una sociedad (y organización supranacional) democrática. Sin duda, sería sumamente ingenuo e ignorante de mi parte pensar que las NTIC y los flujos migratorios no generarán más desafíos que los que observamos y nos preocupan actualmente, o que estos se podrán resolver en un futuro a corto plazo. Ante las preguntas que surgen, en lo que se refiere a cuánto margen de libertad estamos dispuestos a sacrificar en un Estado democrático para obtener un grado suficiente de seguridad, como con casi todo en esta vida, en el término medio y la moderación está la virtud. Así, Viguri Cordero insiste (y a la luz de sus argumentos acaba probablemente convenciendo a aquellos lectores escépticos) en que si

bien *a priori*, pudiera parecer que estamos ante intereses verdadera y perpetuamente contradictorios entre sí, *de facto* acaban por complementarse para la consecución de diversos objetivos, entre los que se encuentra la protección efectiva de las personas solicitantes de protección internacional, la gestión de las fronteras y la prevención de la delincuencia en su sentido más amplio (pág. 392).

Con anterioridad a la lectura de esta obra, encontraba difícil vislumbrar dónde se encontraba esa dosificación mesurada. Sin embargo, gracias a *Seguridad y Protección de Datos en el Sistema Europeo Común de Asilo*, estamos mejor preparados jurídicamente para afrontar las mejoras necesarias del sistema europeo de protección de los derechos (tanto de asilo como de protección de datos) y estamos más cerca de encontrar un mejor equilibrio entre los imperativos de seguridad de los últimos años y la protección efectiva de los clásicos y emergentes derechos de los más vulnerables.

Mónica Martínez López-Sáez

Centro de Estudios Políticos y Constitucionales

BASILE, Fabio; CATERINI, Mario; ROMANO, Sabato (eds.), *Il sistema penale ai confini delle hard sciences. Percorsi epistemologici tra neuroscienze e intelligenza artificiale*, Colección *Quaderni dell'Istituto di studi penalistici «Alimena»*, Centro di ricerca interdepartimentale dell'Università della Calabria, vol. III, Pacini Giuridica, Pisa, 2021, 282 pp., ISBN 978-88-3379-388-7.

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-69\(2\)-2021pp367-372](http://dx.doi.org/10.18543/ed-69(2)-2021pp367-372)

I. EL DERECHO ANTE EL AVANCE TECNOLÓGICO

El Derecho, como reflejo de la sociedad que pretende regular, no puede quedar al margen de los cambios y transformaciones que en el seno de esta se producen. Luego las leyes son una suerte de traje a medida de la sociedad que pretenden regular; sólo así adquirirán estas la vigencia y eficacia deseables para cualquier norma jurídica.

El avance tecnológico se produce con un efecto multiplicador sin parangón. Quizás esta es la faceta más peligrosa de la innovación tecnológica, que crece exponencialmente. Desde 1960 hasta hoy, aproximadamente, la potencia de procesamiento ha aumentado alrededor de un billón de veces. Ninguna otra cosa tangible que tenemos o hemos conseguido, como seres humanos, ha mejorado a un ritmo cercano a esto. Los automóviles, por ejemplo, aproximadamente son el doble de rápidos de lo que eran en su primer diseño. En casi todo lo demás, la evolución también es insignificante.

Sin embargo, esa intensa y exponencial transformación tecnológica se ha producido mientras que, en paralelo, nuestra fisiología humana, esto es, nuestros cerebros, no han evolucionado en absoluto y no están preparados para aprovechar las ventajas de esa evolución. La tecnología hoy ya supera y abruma las debilidades humanas, lo que nos acerca al colapso, más si cabe si tenemos en cuenta que cada vez son más los intentos de jugar a ser dioses, como afirmaba en sus últimos trabajos el maestro РОДОТÀ, con la llamada convergencia tecnológica y el empleo de la inteligencia artificial en proyectos propios de nanotecnología y de biotecnología.

Ante una nueva realidad en la que imperan los objetos conectados a Internet y la capacidad de procesar ingentes cantidades de información de forma lógica, el Derecho no puede permanecer impasible. La doctrina nacional e internacional, y también el legislador europeo, han puesto el foco de forma muy especial en la inteligencia

artificial, gran tendencia actual tal y como acredita la atención que los mercados le están prestando y las ayudas públicas a investigaciones relacionadas, así que no es de extrañar que los informes de prestigiosas firmas le auguren un crecimiento imparable a lo largo de la próxima década

Por su parte, la Comisión Europea publicó el 21 de abril de 2021 la propuesta de Reglamento europeo sobre el uso de la Inteligencia Artificial¹. El objetivo de este nuevo instrumento creado *ad hoc* para la inteligencia artificial es garantizar que los europeos puedan confiar en lo que la inteligencia artificial puede ofrecer, permitiendo las mejoras técnicas a la par que reforzando la tutela de los derechos fundamentales frente a los riesgos que puede comportar el uso de herramientas o sistemas basados en inteligencia artificial.

Se persigue acabar con un escenario normativo atomizado, combinando y armonizando las distintas disposiciones con una vocación sistemática y coherente, junto a un nuevo plan coordinado con la participación de los distintos Estados miembros. Con ello se pretende, de un lado, garantizar la seguridad y los derechos fundamentales de las personas y las empresas, y del otro, reforzar la adopción e impulsar la

inversión y la innovación en materia de inteligencia artificial en toda la UE.

Este es el contexto en el que se publica la obra colectiva que la doctrina italiana, y más concretamente, los doctores Fabio BASILE, Mario CATERINI y Sabato ROMANO, han coordinado con éxito recientemente. Una obra necesaria, puesto que cubre una laguna evidente, en un momento especialmente oportuno, en el que el legislador europeo parece lanzado a aprobar un texto normativo con vocación sistematizadora, y cuya propuesta, sin ir más lejos, ya ha recibido críticas por parte de la doctrina más especializada por la falta de protección específica de los derechos de los consumidores, al ser demasiado dependiente de las propias valoraciones de la industria y contemplar demasiadas excepciones, y por no reconocer un derecho a obtener indemnización frente a los daños causados por la tecnología.

La obra que tengo el placer de reseñar parte de un enfoque muy concreto en este ámbito, relativo al posible impacto de la neurociencia y la inteligencia artificial en materia penal, y lo hace recogiendo trabajos que provienen de enfoques, ángulos o campos de conocimiento bien diferenciados, con el fin de cubrir la inevitable multidisciplinariedad de los temas.

II. ESTRUCTURA Y CONTRIBUCIONES

Las contribuciones que recoge la obra están divididas en tres partes claramente diferenciadas, para circunscribir mejor los temas y también porque son objeto de animados debates multidisciplinares, inevitables por el

¹ Es la traducción que hacemos de la *Proposal for a Regulation laying down harmonised rules on artificial intelligence (Artificial Intelligence Act) and amending certain Union legislative acts*, disponible en Internet: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1623335154975&uri=CELEX%3A52021PC0206> (Fecha de última consulta: 29-08-2021).

hecho de que se trata de temas que involucran a diferentes ramas del conocimiento científico.

La complejidad de un estudio crítico sobre la naturaleza y los límites de la neurociencia y la inteligencia artificial en materia penal es elevada, porque se trata de conjugar los requisitos definidos *ex lege*, y lo cierto es que el factor humano delimita los límites y la irrepetibilidad de toda elección a realizar. Sucede con todos los poderes, del legislativo al judicial, con los postulados de la ciencia en los que prima la recolección y elaboración lógico-matemática de datos empíricos cuantitativos, capaces de alcanzar resultados predecibles.

En este complejo escenario, la obra trata de resolver desde una perspectiva jurídico-penal una cuestión que se plantea con prístina claridad: ¿qué certeza científica, objetivamente verificable y reconocible, acompaña la entrada y permite el uso de la neurociencia y la inteligencia artificial en el sistema penal?

La hipótesis de partida formulada por los tres coordinadores de la obra es que existen indubitados puntos de encuentro entre el derecho penal y la inteligencia artificial; sin embargo, resulta necesario probar su impacto con categorías dogmáticas y con los nuevos paradigmas de responsabilidad penal que se vislumbran en el horizonte, a la par que verificar su posible uso por parte de jueces y magistrados, partiendo de una correcta comprensión del funcionamiento de los algoritmos y del grado de fiabilidad de los resultados que estos proyectan.

Para tratar de responder esa cuestión que, a su vez, se atomiza en

muchos interrogantes, los coordinadores diseñaron una obra dividida en tres partes claramente diferenciadas: la primera, para analizar la potencialidad y los efectos de los sistemas de inteligencia artificial en el sistema penal; la segunda, con el propósito de analizar derecho penal bajo el escrutinio de la neurociencia; finalmente, la tercera, con un visión sistemática que recoge contribuciones propias de una concepción teórico epistemológica, que privilegia la complejidad, desde la articulación de diferentes planos temporales y espaciales, que ayudan a comprender e identificar el fenómeno del avance tecnológico y de la inteligencia artificial con sus múltiples significados.

La experiencia que un servidor atesora en la coordinación de obras colectivas, siete hasta la fecha, me permite alertar a los potenciales y futuros lectores de una obviedad: cualquier obra de estas características se enfrenta al reto de la heterogeneidad de las contribuciones, tanto por lo que se refiere al contenido como a la calidad de las contribuciones. Sin embargo, en esta ocasión, quién suscribe estas líneas, a lo largo de lectura de la obra reseñada, no se ha percatado de estridencias ni disonancias, muy habituales hoy en determinadas obras colectivas, propias de contribuciones forzadas o de obras que enmascaran libros de actas. Lo cual debe, en esta ocasión, necesariamente, vincularse a una brillante dirección por parte de los tres coordinadores, que diseñaron metodológicamente las tres partes claramente diferenciadas y los temas que querían abordar *ex ante* y que planificaron cuidadosamente y escogieron con sumo detalle los autores cuya trayectoria y experiencia

les permitiera abordar con éxito la misión encomendada.

En la primera parte, el punto de partida es la constatación de que la inteligencia artificial está en todas partes. Abre el libro un capítulo de Fabio BASILE, uno de los coordinadores de la obra, que previamente había escrito sobre el tema un artículo de revista² de obligada referencia para cualquiera que quiera acercarse al estudio de la inteligencia artificial y su relación con el Derecho, ya sea en Italia o en cualquier otra parte del planeta.

El capítulo de Fabio BASILE plantea y ofrece un posicionamiento decidido sobre cuestiones importantes para el Derecho penal, tales como el uso de la inteligencia artificial para la aplicación de la ley y la prevención del delito, mediante la llamada policía predictiva; el empleo de los algoritmos en los procesos de decisiones, reemplazando, total o parcialmente, la decisión del juez-juez; conectado con lo anterior, los algoritmos predictivos para la valoración del riesgo, utilizados para calcular y evaluar la peligrosidad criminal de un interno; finalmente, las posibles hipótesis de participación —como herramienta, como autor o como víctima— de un sistema de inteligencia artificial en la comisión de un delito.

La contribución de Fabio BASILE, además, plantea los interrogantes que

luego otros autores enfrentaran y trataran de resolver en esta primera parte de la obra. Francesco FOTIA estudia los problemas que proyecta el aprendizaje autónomo de los algoritmos, el llamado *machine learning*, y las derivadas de la falta de transparencia y explicabilidad de algo que muta y se transforma sin que el autor del código conozca las razones; Elio LO MONTE, por su parte, se centra en la responsabilidad penal de las máquinas y de las consecuencias de lo que dicta el algoritmo, reflexionando en torno al paradigmático caso del coche autónomo; Giulia RIZZO MINELLI, como continuación del anterior, explora la comisión delictiva por parte de los robots y los problemas de imputación en un sistema penal que, como el nuestro, castiga conductas humanas.

La siguiente contribución es la de Mario CATERINI, experto en la materia con publicaciones anteriores que lo convierten en un indiscutible referente en la materia³. En el texto el autor advierte que sus conclusiones relativas a un hipotético futuro juicio robótico que involucre cuestiones jurídicas están pensadas específicamente para la jurisdicción penal. Si bien el autor acepta que los jueces, en tanto seres humanos, no siempre proporcionan pruebas de una racionalidad jurídica apreciable y motivación bastante, constata que la alternativa proporcionada por un sistema de inteligencia

² BASILE, Fabio. 2019. «Intelligenza artificiale e diritto penale: quattro possibili percorsi di indagine». *DPU: Diritto Penale e Uomo*, disponible en <https://dirittopenaleuomo.org/wp-content/uploads/2019/09/IA-diritto-penale.pdf> (fecha de última consulta: 23 de septiembre de 2021).

³ CATERINI, Mario. 2020. «Il giudice penale robot». *La legislazione penale*, disponible en <http://www.lalegislazionepenale.eu/wp-content/uploads/2020/12/Caterini-Il-giudice-penale-robot.pdf> (fecha de última consulta: 23 de septiembre de 2021).

artificial que proyecta decisiones probablemente frustraría aún más las garantías del individuo. Lo anterior especialmente en relación con los principios del *favor rei*, la presunción de inocencia —en su vertiente *in dubio interpretatio pro reo*— y el estándar del «más allá de toda duda razonable», como garantías de todo proceso penal.

No podemos dejar de compartir las reflexiones de Mario CATERINI. En otro foro hemos defendido la imposibilidad de substituir el juicio jurisdiccional por el juicio robótico o los algoritmos inteligentes⁴, entre otras razones, por expreso mandato constitucional *ex art.* 117.1 de la CE, que reserva tal función de forma exclusiva a jueces y magistrados. Sin embargo, Mario CATERINI sí vislumbra un futuro de cambios legislativos en los que, en caso de querer substituir al juzgador por un algoritmo inteligente, advierte: el legislador sólo podría hacerlo en vista de una sentencia absoluta o más favorable que las otras posibles debido a meros precedentes jurisprudenciales.

Compartimos la advertencia que, además, viene acompañada de un enfoque realista de la cuestión, que coincide con las tesis que un servidor ha publicado. La inteligencia artificial no debe emplearse para reemplazar al juez, sino para auxiliar al magistrado, una mezcla entre *humanitas* y *techne*, propia de un derecho penal sinestésico, útil para reducir los tiempos de respuesta. de la autoridad judicial,

⁴ SIMÓN CASTELLANO, Pere. 2021. *Justicia cautelar e inteligencia artificial. La alternativa a los atávicos heurísticos judiciales*. Barcelona: J. M. Bosch Editor.

para mejorar la previsibilidad en la aplicación de la ley y asegurar la uniformidad de los pronunciamientos judiciales. Especialmente útil es, a nuestro juicio, para tomar decisiones judiciales que hoy, lamentablemente, los jueces adoptan en el vacío, por tratarse de medidas cautelares personales que, anticipan el juicio jurisdiccional propiamente dicho.

A continuación, encontramos el capítulo de Sabato ROMANO, con un enfoque eminentemente práctico y que, además de destacar el impacto que ya puede tener la inteligencia artificial en la práctica judicial, en referencia a la reciente intervención reguladora europea, vislumbra lo que podría suceder al insertar mecanismos artificiales en un sistema penal ya consagrado a la posmodernidad.

Cierra la primera parte Juliana VIVAR VERA con análisis y estudio de lo que pueden aportar los algoritmos al proceso decisorio de dictar o fallar en una sentencia penal.

La segunda parte incorpora reflexiones específicas sobre la contribución efectiva de la neurociencia, sobre la relación real entre causalidad mental y culpa reguladora, sobre la existencia de la imputabilidad de los adictos al alcohol y sobre la mala conducta intencionada revisitada con la ayuda de la neurociencia, que también caen dentro de este arquetipo. Incluye los trabajos de Maristella AMISANO, Antonio NAPPI, Maria Beatrice MAGRO, Adelmo MANNA y Pierluigi GUERCIA, y, finalmente, de Mattia DI FLORIO y Giandomenico SALCUNI.

La tercera parte, dedicada como decíamos a la perspectiva epistemológica, completa el estudio con tres

trabajos obra de Francesco SCHIAFFO, Serena UCCI y Francesco BARRESI. Se analizan cuestiones de sumo interés como el poder punitivo y el poder disciplinario y su ejercicio por parte de un algoritmo, con los efectos que despliegan las decisiones automatizadas sobre los derechos de las personas; también, el peligro abstracto bajo el escrutinio de las ciencias empíricas.

III. RECAPITULANDO

Son muchos los interrogantes y problemas que el empleo de la inteligencia artificial plantea para el Derecho, en general, y para el Derecho penal, en particular. Las cuestiones relativas a la responsabilidad penal y los delitos cometidos por máquinas han sido abordadas con premura por la doctrina nacional e internacional, si bien, parece que ese día aún está lejos. En cambio, los avances en sistemas de procesamiento masivo de datos, como el *Big Data*, y la capacidad de ciertos algoritmos de emular el juicio humano, a veces jurisdiccional, teniendo en cuenta muchas más variables, es una técnica ya presente en algunos sistemas donde la clave pasa por acertar en la valoración del riesgo de comisión delictiva futura o en la detección de un foco de riesgo concreto.

La oportunidad es notable, y no podemos permanecer de brazos cruzados. Algunos sistemas se emplean por ejemplo en sistemas penitenciarios, tales como COMPAS y HART, y predicen el riesgo de reiteración delictiva, cuyos resultados pueden resultar de mucha utilidad como elemento auxiliar de la valoración, en este caso, que realizan equipos técnicos, juntas de tratamiento y jueces de vigilancia penitenciaria.

La inteligencia artificial puede ayudar y auxiliar el noble ejercicio humano de la función jurisdiccional. Se trata de hacerlo con garantías para los derechos de las personas, garantizando el control humano (del juzgador si se trata del proceso decisorio de impartir justicia) sobre el algoritmo, su trazabilidad, transparencia, explicabilidad y auditabilidad. En este ambicioso escenario futuro, debemos contar con profesionales preparados para afrontar el reto de la necesaria transformación digital de nuestra administración de justicia. Aquellos que quieran formar parte de tal transformación y asesorar y liderar el cambio, deberán contar y tener en cuenta la obra que han coordinado los doctores Fabio BASILE, Mario CATERINI y Sabato ROMANO, que un servidor ha tenido el placer de reseñar.

Pere Simón Castellano

Profesor Contratado Doctor

Universidad Internacional de la Rioja UNIR

Abogado of counsel Font Advocats

REY, Fernando, *Derecho Antidiscriminatorio*, Aranzadi, Navarra, 1ª ed., 2019, 373 pp., ISBN: 978-84-1308-709-2.

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-69\(2\)-2021pp373-380](http://dx.doi.org/10.18543/ed-69(2)-2021pp373-380)

El autor de esta obra, Fernando Rey es catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Valladolid, escritor de una extensísima bibliografía, ha centrado sus investigaciones sobre todo en los derechos fundamentales. Su interés por la igualdad y el principio de no discriminación han dado como fruto esta excelente obra «Derecho antidiscriminatorio» donde aborda el nacimiento de esta nueva rama del derecho en el ámbito de los derechos fundamentales. El autor a lo largo de este libro mostrará las relaciones de semejanza y de diferencia, entre el concepto de «discriminación» respecto del más general y clásico de «igualdad».

Esta obra tiene una composición muy completa en la que plasma con mucho acierto, el devenir de un derecho (reciente), haciendo hincapié en la situación de ciertos grupos sociales sobre los que recaen profundos prejuicios y que se encuentran en clara desventaja social.

El libro comienza con un prefacio en el que el autor de una manera cercana y sincera nos relata el nacimiento de esta obra, dejando al lector conocer los motivos que le llevaron a crearlo y los acontecimientos que le rodearon,

además de mostrar los profundos agradecimientos a sus maestros y compañeros. La lectura de este preámbulo no sólo aporta un cierto conocimiento sobre su brillante trayectoria como académico e investigador, sino que también deja asomar la excelente calidad como ser humano y su profunda inquietud por las injusticias y las discriminaciones sociales.

Fernando Rey ha estructurado el libro en dos grandes bloques; una parte general y una parte especial. La parte general, está compuesta por una extensa y muy completa introducción, en la que aborda el desarrollo del concepto clásico de igualdad al nuevo derecho antidiscriminatorio como una nueva rama emergente del derecho, llevando a cabo una interpretación de la cláusula constitucional de igualdad y no discriminación. En el segundo apartado de esta parte, tratará el sentido y alcance del Derecho Antidiscriminatorio, analizando el contenido, los tipos de discriminación, las garantías y los rasgos protegidos del Derecho Antidiscriminatorio.

En la parte especial se ocupa de dar a conocer los tipos de discriminación más importantes, como son; la discriminación por género, por razón de

raza/etnia, por discapacidad, por orientación e identidad sexual, por religión y por edad.

Para ir desgranando el desarrollo de este libro, vamos a comenzar por explicar de una manera más detallada la primera, donde hemos visto que Fernando Rey, abarca desde el concepto clásico de igualdad hasta el nuevo Derecho Antidiscriminatorio. El autor considera que pocos derechos fundamentales han tenido un desarrollo tan amplio como la igualdad, porque hasta hace poco no tenía reconocido un contenido sustancial, sino que lo aplicaban con carácter relacional con el resto de derechos. De la misma manera que con el tiempo el reconocimiento de la igualdad como derecho formal ha adquirido mayor peso hasta la consecución de una igualdad real y efectiva, se empieza a tomar conciencia no sólo para garantizar esta igualdad como derecho fundamental si no como principio de no discriminación, así E. Denninger (1994, 69) ha observado —una nueva sensibilidad no por la igualdad, sino por la desigualdad, es decir, por las diferencias entre los hombres como uno de los nuevos fenómenos que expresan la síntesis post-moderna del Derecho Constitucional.

El autor explica el concepto jurídico de la igualdad en la Constitución española desde una triple perspectiva, la igualdad como valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1), como principio (art. 9.2) y como derecho fundamental (art. 14). Relata que, a pesar de ser conceptos diferentes, reconocidos en artículos distintos, a su juicio no cabe contraponerlos: considera que «la igualdad real en un estado

social se ubica dentro del esquema conceptual de la igualdad formal: la igualdad “real” es la misma igualdad “final” cuando entra en juego algún criterio de diferenciación de trato jurídico en favor de grupos sociales en desventaja querido por el constituyente o el legislador».

Fernando Rey también se detiene a analizar el papel que juegan la igualdad y la prohibición de discriminación en las relaciones entre los particulares. Existen muchos casos de discriminación en estas relaciones, y así lo demuestra el autor en una exposición de sentencias del Tribunal Constitucional sobre casos de discriminación por género, étnia, edad, discapacidad, entre otras, «porque la igualdad y la prohibición de discriminación constitucionales no juegan el mismo modo frente al poder público que respecto de otros particulares, porque en este caso es de aplicación la autonomía de la voluntad, que es como se concreta en el Derecho privado la libertad constitucional» (pág. 18). Como ejemplo de estas relaciones entre los particulares, el autor hace hincapié, en la igualdad en las relaciones laborales, en el ámbito de la contratación o el derecho de asociación entre otros. Uno de los casos que explica es el de El Palmar de la Albufera de Valencia vs asociación de derecho privado, que es digno de estudio.

Cuando aborda, en otro de sus apartados, el derecho a la desigualdad: por indiferenciación o igualación, expone que la discriminación, en general, se produce «cuando dos o más situaciones semejantes se les dispensa un trato jurídico diferente» (pág. 23). Pero el autor va más allá, cuando explica que

se puede dar la situación a la inversa, que sería cuando a dos situaciones diferentes de hecho se les aplica el mismo régimen jurídico, lo que denomina «discriminación por igualdad». Fernando Rey acompaña la explicación de ambos conceptos con mucha jurisprudencia, no sólo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sino también de tribunales nacionales, incluida jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, lo que permite entender claramente estas discriminaciones.

En esta primera parte general, el autor también va a tratar los fundamentos teóricos del derecho antidiscriminatorio en una dimensión individual: Igualdad y dignidad y en una dimensión grupal: el principio de anti-subordinación, es decir, la discriminación como subordinación de ciertos grupos sociales. En la primera cuestión que plantea la Igualdad y Dignidad, hace una brillante exposición sobre el concepto de dignidad, pues considera que «el derecho antidiscriminatorio está estrechamente vinculado, desde el punto de vista individual, al concepto de dignidad humana, pero también se halla unido a consideraciones de índole grupal». Para el estudio de este concepto, Fernando Rey parte del pensamiento de Kant, para después completar esta idea con la dignidad como autonomía, desde el libre desarrollo de la personalidad, la dignidad como exigencia de ciertas condiciones materiales concretas de la existencia (como vivir bien) y la dignidad como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, de la integridad física y moral, es decir, vivir sin humillaciones.

En la segunda parte se ocupa de la discriminación como subordinación

de ciertos grupos sociales, Fernando Rey se centra en el ordenamiento norteamericano, para explicar esta discriminación, porque considera que «se suele construir la justificación teórica del Derecho antidiscriminatorio no a partir de la idea de dignidad, sino de otros marcos de pensamiento que tienen en cuenta, fundamentalmente, aspectos grupales y el déficit de ciudadanía que sufren las víctimas de la discriminación» (pág. 28). También en este apartado cita a varios autores que tratan este tema, como Owen Fiss (1976) con su *group disadvantage principle*, para explicar que la discriminación sólo se comprende desde la perspectiva de la subordinación grupal que expresa y que provoca. El principio de anti-subordinación exige que las leyes —no agraven o perpetúen la posición subordinada de un grupo especialmente desventajado, ni que dañen desproporcionadamente a miembros de grupos marginalizados (1976, 108). También nombra a Kenneth L. Karst (1977) que desarrolla, por ejemplo, la teoría del estigma. «Para este autor, el corazón de la idea de igualdad es el derecho de igual ciudadanía, que garantiza a cada individuo el derecho a ser tratado por la sociedad como un miembro respetado, responsable y participante» (pág. 28).

El último apartado de esta primera parte general trata la prohibición de discriminación en sentido amplio, lo que considera el derecho de igualdad y la prohibición de discriminación en sentido estricto como el derecho antidiscriminatorio.

Fernando Rey se plantea una cuestión crucial en este apartado, respecto

a las causas de discriminación reconocidas en el artículo 14 de la CE ¿por qué el constituyente ha identificado precisamente esos rasgos, género, raza, etc. y no otros? El autor considera que la «Constitución española protege más intensamente la prohibición de discriminación por raza, género... que la igualdad en general» (pág. 31) y sostiene esta teoría realizando un detallado análisis descriptivo sobre las semejanzas y diferencias de los conceptos de discriminación, estereotipos y prejuicios, que ayuda al lector a entender claramente los aspectos que diferencian estos términos.

El segundo apartado de esta primera parte lo dedica a «El sentido y alcance del Derecho antidiscriminatorio» donde va a concretar más detalladamente el contenido, la tipología y las garantías de esta nueva rama del ordenamiento jurídico.

El contenido del Derecho antidiscriminatorio lo centra en el derecho fundamental a no sentir ningún tipo de discriminación por ninguna de las causas tipificadas, por lo que separa este tema en tres subapartados: uno que trata sobre la igualdad de trato, otro sobre la igualdad de oportunidades y, por último, las discriminaciones positivas e inversas.

La igualdad de trato abarca las discriminaciones directas o de trato y las discriminaciones indirectas o de impacto, que son muy importantes para el derecho antidiscriminatorio. Así en las discriminaciones directas tratará el acoso discriminatorio y las instrucciones para discriminar y, hace una detallada descripción del discurso del odio como acoso discriminatorio. Fernando Rey considera que «en España no

se utiliza bien el concepto de delito de odio y, además, se hace, a menudo, para limitar indebidamente, la libertad de expresión» (pág. 42).

En el caso de las discriminaciones indirectas, que las considera muy importantes para esta nueva rama del derecho, realiza, un detallado recorrido sobre el nacimiento de la definición de este concepto y, como a lo largo del desarrollo de toda su obra, fundamenta todas sus teorías y opiniones sobre abundante bibliografía y jurisprudencia, no sólo del ámbito nacional, sino que amplía el abanico al ámbito internacional, lo que aporta al lector una explicación clara y concisa sobre la complejidad de los conceptos que maneja el autor en este libro.

En el apartado de la igualdad de oportunidades, centra su desarrollo en las acciones positivas. Fernando Rey considera que «la igualdad de trato debe completarse con la igualdad de oportunidades» y que esta última es «el mandato a los poderes públicos de que promuevan acciones positivas o tratos jurídicos diferentes y favorables a los ciudadanos en cualquier situación de desventaja fáctica» (pág. 61).

Y, en el tercer apartado del contenido, las discriminaciones positivas e inversas, desarrolla como ejemplos el modelo norteamericano y el modelo europeo.

En cuanto a los tipos de discriminación, realiza una clasificación entre discriminaciones erróneas, ocultas y por asociación, otra sobre discriminaciones institucionales y sistemáticas y, por último, las discriminaciones que derivan de la interactuación de dos o más rasgos protegidos, así a su vez las divide en discriminaciones

múltiples o interseccionales, y el conflicto entre dos o más rasgos, como el problema del uso del hijab islámico en establecimientos públicos.

El autor se ocupa de explicar también, el marco de garantías del derecho antidiscriminatorio, que son de dos tipos procesales e institucionales. Se detiene a matizar el alcance y aplicación de cada una de ellas, así como los organismos de igualdad y sus funciones.

Como último apartado de esta parte general, Fernando Rey hace referencia a los rasgos protegidos por el derecho antidiscriminatorio que «cuentan con una tutela política y jurídica reforzada, frente a otros rasgos de diferenciación jurídica entre personas y grupos» (pág. 105). Y realiza, de nuevo, un estudio magistral sobre los posibles rasgos que podrían incluirse a la lista taxativa de causas de discriminación, como por ejemplo la pobreza.

La segunda parte de esta obra la dedica a la parte especial, donde se centra en los tipos de discriminación. Las causas a no sufrir discriminación que establece la Unión europea son; el género, la raza/etnia, orientación/identidad sexual, edad, discapacidad y religión/convicciones, y son las que Fernando Rey analiza con mayor profundidad.

En primer lugar, el autor se centra en el desarrollo de la discriminación por razón de género, realiza un completo estudio sobre la situación del problema y el marco normativo, ya que como dice «la discriminación sufrida por las mujeres es la más antigua y persistente en el tiempo, la más extendida en el espacio, la que afecta al mayor número de personas (las mujeres

no son una minoría, sino la mayoría social)», acompaña esta interesante introducción al tema con un apartado dedicado a la necesaria reforma constitucional sobre la supresión de la preferencia masculina de acceso al trono, para completar esta primera causa de discriminación, con una abundante jurisprudencia muy relevante sobre el tema.

Por otro lado, dedica un apartado a las cuotas electorales de género, otro a la educación diferenciada por género y a la igualdad constitucional ya la diferente sanción penal de conductas semejantes, cuando se trata de idénticos hechos o de dos hechos diferentes.

Por último, pero no menos importante, se centra en algunos ejemplos de discriminaciones múltiples de género, en primer lugar, explica el de las mujeres gitanas, cuya discriminación múltiple procede del conflicto más clásico, desde el punto de vista doctrinal del «género» y la «etnia», en segundo lugar, realiza un pormenorizado estudio sobre otro grupo de mujeres, las que ejercen la prostitución. En este apartado describe los diferentes casos que se dan y las diferentes regulaciones jurídicas que se quieren abordar. El autor clasifica la prostitución como trabajo, para lo que deben reivindicarse derechos laborales y cuando se está hablando de una prostitución no forzada. En nuestro país la defensa de la prostitución como trabajo es defendida muy activamente, desde una óptica estrictamente empresarial por la Asociación Nacional de Empresarios de Locales de Alterne (Anela).

El autor considera que «el ordenamiento jurídico debe establecer un

enfoque específico y coherente, que integre, de modo armónico, elementos de prohibición, de reglamentación, de abolición e, incluso, de normalización jurídico-laboral en algunos casos muy limitados». En cualquier caso, en lo que se refiere a nuestro país, el autor opina que, en consecuencia, con lo establecido en la Sentencia de la Sala de lo Penal de 26 de julio de 2019, «debería prohibirse por completo una de las formas de prostitución más comunes como es la que se lleva a cabo en clubes por mujeres inmigrantes sometidas a una explotación flagrante. Es inadmisibles que se siga tolerando en un país democrático este tipo de esclavitud moderna».

En segundo lugar, Fernando Rey explica la discriminación por razón de raza/etnia, partiendo de lo que afirma R. Dworkin (2000, 407), «la discriminación racial es la más odiosa de todas porque —expresa desprecio y es profundamente injusta... es completamente destructora de las vidas de sus víctimas... no les priva simplemente de alguna oportunidad abierta a otros, sino que les daña en casi todos los proyectos y esperanzas que puedan concebir».

Para lo que analiza el prejuicio racista ahondando entre el viejo y nuevo racismo, para después explicar que la situación de las minorías étnicas en España es mejor que en otros países, lo que ha reforzado a nuestros actores políticos considerando que el racismo no es un problema.

España ha ratificado diversos tratados de la Unión Europea, con lo que cuenta con un amplio marco normativo internacional y nacional.

El autor analiza los informes periódicos sobre España de la Comisión

europea contra el racismo y la Intolerancia, y destaca diversas situaciones preocupantes; los prejuicios sobre los musulmanes, los gitanos y las personas LGTB, y continúa haciendo un interesante y necesario análisis sobre la Comunidad gitana y la situación de desventaja y de discriminación que sufren.

Fernando Rey dedica otro apartado a resaltar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, explicando las sentencias que hay sobre discriminación racial. Además, se adentra en los escenarios de conflicto de la discriminación racial dedicando una apartado a la brutalidad policial racista, a las agresiones vecinales, a la deficiente tutela judicial posterior, a la expulsión de caravanas y también aborda la discriminación en frontera y la discriminación racial e imparcialidad judicial en juicio por jurados, así como también se detiene en el discurso racista y la libertad de información, en el matrimonio gitano y el derecho a la pensión de viudedad, explica el origen étnico como causa de inelegibilidad electoral, la esterilización sin consentimiento informado y la segregación racista, todo ello muy bien fundamentado en múltiples sentencias, que aportan al lector un gran conocimiento sobre el tema.

En el siguiente apartado, el autor se detiene en la segregación escolar racial en España, porque considera que el ámbito educativo es un escenario tradicional de la discriminación racial, así lo demuestra la jurisprudencia principal que da origen al Derecho antidiscriminatorio en los Estados Unidos, la segregación racial que han

sufrido y aún, a día de hoy sufren los afro-americanos y las minorías étnicas. Esta segregación, en palabras del autor, «es una clara discriminación que se asienta y se mantiene en la siguiente generación» (pág. 206). Así Fernando Rey destaca que «las consecuencias de la segregación educativa étnica son devastadoras porque aquí, a diferencia de otros casos de segregación, sí son evidentes las pérdidas de oportunidad del aprendizaje no sólo en términos de socialización democrática sino de resultados y logros» (pág. 209).

La tercera discriminación en la que se detiene el autor es la discriminación por discapacidad, considerándola «como un problema social y constitucional importante porque afecta en España a cuatro millones de personas» (pág. 213). Fernando Rey destaca el ámbito laboral como uno de los mayores aspectos que afectan a las personas con discapacidad, como dice De Lorenzo «La relación entre empleo, discapacidad y pobreza es estrecha».

Uno de los avances más significativos que destaca el autor es la modificación de la ley electoral mediante la L.O. 02/2018, de 5 de diciembre que garantiza el derecho de sufragio a toda persona con discapacidad.

Continúa el desarrollo de esta discriminación tratando el concepto de discapacidad del modelo (individual) médico al modelo (contextual) social, para continuar con la accesibilidad: el diseño universal y ajustes razonables como garantía frente a discriminaciones individuales, para acabar realizando un análisis muy exhaustivo sobre el problema de los centros de educación especial.

La siguiente discriminación de la que se ocupa el autor es la discriminación por orientación sexual e identidad sexual. Fernando Rey se plantea la emergencia y centralidad del problema relativo al lugar constitucional de la homosexualidad, por lo que se cuestiona si la homosexualidad está protegida por la Constitución. También habla de la relación entre la homosexualidad, la intimidad y la libertad y de la homosexualidad e igualdad y realiza un estudio francamente interesante de la Sentencia del caso Atala Riffo y niñas contra Chile, de 24 de febrero de 2012, de la Corte Interamericana de Derechos humanos. También trata el contenido de la prohibición de discriminación por razón de orientación sexual, en especial, el problema del matrimonio entre personas del mismo sexo y, por último, centra su estudio en la discriminación por identidad sexual.

Otra de las discriminaciones a las que presta atención es la discriminación por religión/ convicciones y opinión. Realiza un breve repaso a la jurisprudencia europea que trata este tema y se cuestiona si es discriminatoria la presencia de símbolos religiosos permanentes en los centros educativos públicos.

A la hora de explicar la discriminación por edad el autor parte del art. 21 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que incluye especialmente la edad entre los rasgos más protegidos frente a la discriminación, para a continuación, realizar un análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre este tema.

La última de las discriminaciones que trata es por origen nacional/

extranjería, destaca, entre otros aspectos, que la Constitución española de 1978 fue una de las más abiertas en cuanto al reconocimiento de derechos de los extranjeros en nuestro país. Y así lo matiza la doctrina del Tribunal constitucional, de acuerdo con lo que se establece en el art. 13.1 de la CE, los extranjeros son titulares de los derechos fundamentales, salvo la excepción del derecho de sufragio no municipal.

Fernando Rey realiza un trabajo extraordinario, la investigación que lleva a cabo es exhaustiva, relata de una manera clara y precisa toda la terminología que acompaña a esta nueva disciplina, permitiendo al lector conocer todas las singularidades de este derecho mediante el manejo de una amplísima jurisprudencia (tanto del ámbito internacional como nacional) y bibliografía que enriquece aún más el relato de la obra.

Clara Souto Galván

Profesora Contratada Doctora de Derecho constitucional
Universidad Rey Juan Carlos

ARANDA ÁLVAREZ, Elviro, *Los efectos de la crisis del covid-19 en el Derecho constitucional económico de la Unión Europea*, Marcial Pons, Madrid, 2021, 174 pp., ISBN 978-84-1381-19-70.

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-69\(2\)-2021pp381-383](http://dx.doi.org/10.18543/ed-69(2)-2021pp381-383)

La Unión Europea (UE) vive un tiempo clave para su futuro. La crisis provocada por la pandemia del COVID-19 está siendo la prueba de fuego para el funcionamiento de su modelo socio económico. Tal es así, que hasta el afianzamiento de sus principios sobre el estado de derecho y el principio democrático se están debatiendo en el marco de las políticas económico financieras puestas en marcha para apoyar a los Estados para salir de la crisis. Pero, sin duda, lo que está en cuestión en estos momentos son los términos en los que queda *la gobernanza económica europea*, puesta en marcha con el Tratado de Maastricht y reforzada con las reformas legales para hacer frente a la crisis de 2008.

En efecto, desde la aprobación de la Unión Económica y Monetaria, en 1992 (UEM) hasta nuestros días, su funcionamiento no ha dejado de producir ajustes. Y es lógico que así sea, puesto que estamos ante un proceso de integración económica de Estados donde hay que conjugar política monetaria en manos de la Unión con políticas fiscal y social en manos de los Estados. Sin embargo, los cambios producidos en los años 2010-2013

fruto de la crisis financiera de 2008 y los cambios fruto de la emergencia pandémica que se han activado desde marzo de 2020 han afectado estructuralmente a la arquitectura y los objetivos de gobernanza económica de la UEM. Por ello, es más que previsible que a finales de 2022, cuando se plantee desactivar la *cláusula general de salvaguardia*, se tenga que abrir un profundo debate sobre los términos en los que ha de seguir funcionando la UEM.

Este es el marco en el que sitúa el autor su estudio *Los efectos de la crisis del covid-19 en el Derecho constitucional económico de la Unión Europea*; un marco jurídico-político ciertamente complejo, estructural —de ahí la pertinencia de la expresión «Derecho *constitucional* económico de la Unión Europea»— y, por todo ello, de una relevancia esencial para la construcción de la UE, todavía ciertamente incompleta, hacia el futuro. Y lo hace, con gran acierto, identificando y centrando su análisis en el debate sobre la relación entre estabilidad presupuestaria y gasto público; planteando, en positivo, a la manera kantiana, desde el optimismo informado del

experto reformista, la crisis como una oportunidad para avanzar, para repensar dicha relación y, con ella, para avanzar repensando la UEM en su conjunto y, por consiguiente, la gobernanza económica de la Unión. Objetivo, y posición de partida, que deja claros en el subtítulo de la obra: «Una oportunidad para repensar la relación entre estabilidad presupuestaria y gasto público».

Esta es, en efecto, la estructura, clara y eficaz, que sigue el estudio: después de una Introducción donde realiza una breve, pero necesaria, explicación de dónde venimos y en qué lugar nos encontramos, destacando, de un lado, «la pérdida de protagonismo de las normas económico-constitucionales de los Estados en la Unión Europea» (págs. 13-18) y, de otro, «la necesidad de volver a hacer compatible estabilidad presupuestaria y gasto público» —tras la muy cuestionada política de austeridad practicada para enfrentar la crisis financiera global a partir de 2008— (págs. 18-23); los Capítulos I y II los dedica, respectivamente, al «Gasto público y Derecho constitucional económico» (págs. 25-50) y a «La estabilidad presupuestaria en el Derecho económico europeo» (págs. 51-77).

Se trata, en ambos casos, de capítulos contextualizadores y descriptivos de la regulación jurídica y de los mecanismos establecidos a nivel de la UE, sí, pero también, y muy especialmente, de un profundo análisis ideológico-político de lo que significa el gasto público —«El ideológico dilema sobre los fines del gasto público» (págs. 25-30)— y el principio de estabilidad presupuestaria —«Las implicaciones de la

estabilidad presupuestaria en el Derecho económico del Estado» (págs. 51-53) y «Los orígenes de los conceptos de estabilidad presupuestaria en el Derecho económico europeo» (págs. 53-56)—, en el que el autor toma razonado partido, sin ocultarlo ya desde la cita introductoria del estudio de J. M. KEYNES, —«El gasto público como instrumento central de un modelo de política económica que se compromete con el Estado del bienestar» (págs. 25-30), «Sobre la conformación del Estado social y su puesta en cuestión con las medidas para la aplicación del principio de estabilidad presupuestaria» (págs. 37-46) y, en fin, «La victoria de la teoría *ordoliberal*, la de la *economía constitucional* en la regulación económica de la Unión» (págs. 46-50) o «La situación generada por el principio de *estabilidad presupuestaria* y el problema de su integración en el sistema económico que requiere de gasto público» (págs. 69-77)—.

A partir de todo ello, en el Capítulo III, corazón de la obra, también en su extensión, el autor se centra en el estudio, profundo y muy documentado, de «La crisis del COVID-19 y sus efectos en la política económica de la Unión Europea» (págs. 79-164); analizando, en primer lugar, las primeras medidas de asistencia como respuesta de emergencia ante la crisis —activación de la cláusula general de salvaguardia; medidas urgentes de carácter sanitario, laboral y social— (págs. 79-109); para, en segundo lugar, hacer lo propio con el «Plan de Recuperación para Europa a largo plazo», en un análisis muy detallado de las diferentes medidas que lo componen (págs. 109-164); incluyendo un último apartado

relativo al «régimen de condicionalidad para la protección del presupuesto de la UE relativo al cumplimiento de los principios del Estado de Derecho», que conduce a otro ámbito central, constitucional, de la UE y su construcción, cual es la defensa y garantía interna —frente a sus Estados miembros— de sus valores proclamados en el artículo 2 del Tratado de la UE, que no es sino la defensa de sí misma, de su existencia tal y como ha sido construida, de ahí su centralidad, su constitucionalidad; y que puede, quizás, abrir la puerta a otro posible estudio futuro.

Para terminar, el autor, teniendo en cuenta los problemas que arrastraba la gobernanza económica europea desde la crisis de 2008 y los cambios de emergencia que se han puesto en marcha en los meses que llevamos desde marzo de 2020, acierta en señalar que el futuro de Europa se va a *jugar* en su capacidad de redireccionar un modelo económico que conjugue estabilidad presupuestaria, estrategia macroeconómica común a medio plazo y gasto público que haga efectivos los derechos sociales y los intereses públicos. Y para iluminar ese futuro inmediato, concluye extrayendo cuatro lecciones de todo ello: «Primera, la estrategia para afrontar la crisis del COVID-19 está siendo bien distinta a la utilizada

en la crisis de 2008»; «Segunda, se ha demostrado que, en situaciones de crisis y debilidad económica, el gasto público es una buena herramienta para mejorar la economía de los Estados y que los criterios de austeridad establecidos normativamente no hacen más que impedir o dificultar políticas expansivas en el gasto que ayuden a superar esos problemas»; «Tercera, la crisis del COVID-19 ha desatascado la reforma del sistema de fiscal europeo mediante una normativa para introducir nuevos ingresos propios», reforzando el pilar fiscal europeo; «Cuarta, el Plan de Recuperación económica que ha puesto la Unión Europea en marcha no solo ofrece un buen ejemplo de la necesidad de políticas públicas de inversión cuando la economía lo requiere, sino que se va a convertir en una oportunidad para reforzar los centros de decisión política de la Unión».

En definitiva, una obra de madurez, resultado de largos años de investigación sobre un tema complejo donde los haya, por múltiples y heterogéneas razones; una obra de gran calidad y profundidad, que supone una importante aportación científica a la cuestión y que, por consiguiente, es de lectura obligada para investigadores, expertos y estudiantes ocupados en, y/o preocupados por, la U.E. y su futuro.

Félix Vacas Fernández

Profesor Titular de Derecho Internacional Público
y Relaciones Internacionales Universidad Carlos III de Madrid

EN ESTE NÚMERO DE *ESTUDIOS DE DEUSTO*
COLABORAN / THIS ISSUE INCLUDES
CONTRIBUTIONS FROM:

Lorena ALEMÁN ARÓSTEGUI es Investigadora predoctoral contratada (FPU 18/04843) en Derecho penal en la Universidad Pública de Navarra (España).

Arnau ESTEBAN MIRALLES es Maestro del Departament d'Educació de la Generalitat de Catalunya en un Centro de Formación de Adultos/as ubicado en un Centro Penitenciario y Graduado en Derecho (UOC) (España).

Juan FRANCH FLUXÁ es Profesor contratado doctor de Derecho Mercantil en la Universitat de les Illes Balears (España).

Ana GALDÁMEZ MORALES es contratada predoctoral FPU en el Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad de Sevilla (España).

César GILO GÓMEZ es Profesor Asociado en la Universidad de Salamanca (España).

Milton César JIMÉNEZ RAMÍREZ es Abogado, Universidad de Caldas; Especialista en Derecho Constitucional, Universidad Nacional de Colombia; Magister en Derecho Público, Universidad Externado de Colombia; Doctor en Derecho, Universidad Carlos III de Madrid; docente investigador del Departamento de Jurídicas de la Universidad de Caldas (Colombia).

Paulo Bernardo ARBOLEDA RAMÍREZ es Abogado, Universidad de Medellín; Especialista en Derecho Público, Universidad Externado de Colombia; y, Magister en Derecho, Universidad de Medellín; docente del Departamento de Jurídicas de la Universidad de Caldas (Colombia).

Ciro MILIONE es Profesor Titular de Derecho Constitucional en la Universidad de Córdoba (España).

Biancamaria RAGANELLI es *Associate Professor of Economic Law* en la *University of Tor Vergata – Rome* (Italia).

Pierre de GIOIA CARABELLESE es *Fellow of Advance HE* (York, UK) y *Professor of Business Law and Regulation* (ECU, Australia).

Cecilia ROSADO-VILLAVERDE es Profesora Contratada Doctora de Derecho Constitucional en la Universidad Rey Juan Carlos (España).

Tiffany SÁNCHEZ-CABEZUDO RINA es Doctora en Derecho por la Universidad Rey Juan Carlos (España).

Adrián FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ es Graduado en ADE+Derecho de la Universidad de Deusto (España).

Lourdes CASTRO CRESPO es Graduada en Derecho económico de la Universidad de Deusto (España).

Fernando BABI RUIZ es Asistente honorario del Departamento de Filosofía del Derecho, Doctorando en Derecho en la Universidad de Sevilla (España).

Javier DORADO FERRER es Coordinador del Grado en Derecho en la ESERP Business & Law School (España).

Mónica MARTÍNEZ LÓPEZ-SÁEZ forma parte del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (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).

Clara SOUTO GALVÁN es Profesora Contratada Doctora de Derecho constitucional en la Universidad Rey Juan Carlos (España).

Félix VACAS FERNÁNDEZ es Profesor Titular de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales en la Universidad Carlos III de Madrid (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 2, July-December 2021
DOI: [https://doi.org/10.18543/ed-69\(2\)-2021](https://doi.org/10.18543/ed-69(2)-2021)

Table of contents

Studies

The exercise of fundamental Rights in Prison: the case of the Right to education in Catalan Prisons

LORENA ALEMÁN ARÓSTEGUI;
ARNAU ESTEBAN MIRALLES

Restrictions on the freedom of business and the market in the Urban Regulations applicable to Vacation Housing

JUAN FRANCH FLUXÀ

Right to the truth and canons of veracity

ANA GALDÁMEZ MORALES

Bankruptcy Prepack and Comparative Law

CÉSAR GILO GÓMEZ

The doctrine of Constitutional Substitution in Colombia: an approach to Constitutional Jurisprudence

MILTON CÉSAR JIMÉNEZ RAMÍREZ;
PAULO BERNARDO ARBOLEDA RAMÍREZ

**“La libertà è partecipazione”:
local political participation in Italy,
between laws and reality**

CIRO MILIONE

From the pandemic to the recovery: a legal analysis

BIANCAMARIA RAGANELLI;
PIERRE DE GIOIA CARABELLESE

The use of non-sexist language as a tool to achieve real and effective equality

CECILIA ROSADO-VILLAVERDE

The ponds of the Proces and the role of the King

TIFFANY SÁNCHEZ-CABEZUDO RINA

Juan Churruga Award

The European Response to the Covid-19 crisis: legal construction of Next Generation EU and Economic Governance of the Recovery and Resilience Mechanism

ADRIÁN FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ

The legitimacy of the group interest in Spanish Legislation

LOURDES CASTRO CRESPO

Book reviews