

Estudios de Deusto

Revista de Derecho Público

ISSN 0423-4847 (papel)

ISSN 2386-9062 (digital)

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

Vol. 70/1 enero-junio 2022

DOI: <https://doi.org/10.18543/ed7012022>

Sumario

Monográfico “Democracia, Estado de Derecho e independencia judicial en Europa”

Democracia iliberal, populismo y
Estado de Derecho

ASTRID BARRIO LÓPEZ

Estado de Derecho e independencia
judicial según la Comisión de
Venecia

JOSEP M^º CASTELLÀ ANDREU

Derecho al Derecho. Independencia
judicial y exclusiva dependencia a
la Ley (A propósito de la STEDH
Gudmundur Andri Astráðsson c.
Islandia)

FERNANDO ÁLVAREZ-OSSORIO MICHEO

La garantía de independencia del
juez europeo: Una revolución
encubierta del TJUE

NURIA MAGALDI MENDAÑA

Estado de Derecho, independencia
judicial y autonomía del Ministerio

Fiscal. Hacia un modelo europeo de
Fiscal

ANNAÍCK FERNÁNDEZ LE GAL

Democracia, Estado de Derecho e
independencia judicial en España:
un análisis en perspectiva europea

ANA CARMONA CONTRERAS

Estudios

La paz social como protección
objetiva de un posible derecho
constitucional al bienestar
emocional en el marco español y
europeo

ABDELHAMID ADNANE RKIOUA

La paz como instrumento para
lograr sociedades justas, pacíficas e
inclusivas (ODS 16 AGENDA 2030)

MANUEL ÁLVAREZ TORRES

Nuevos desafíos en el ámbito de la
videovigilancia por las fuerzas y
cuerpos de seguridad desde la
perspectiva de la LO 7/2021: El
difícil equilibrio entre la seguridad
y la protección de datos

SELENA CEBRIÁN BELTRÁN

La ejecución de las Sentencias del
TEDH y el actual recurso de revisión
penal: cinco años de vigencia

LUIS JUAN DELGADO MUÑOZ

La contratación temporal en la
reforma laboral: reflexiones críticas
sobre su conformación jurídica

GUILLERMO GARCÍA GONZÁLEZ

Los Acuerdos de Libre Comercio en
Estados Unidos. Su integración en
el sistema constitucional y la nueva
interpretación de la legitimidad
democrática en la resolución de
conflictos

JESÚS LÓPEZ DE LERMA GALÁN

El sistema legal sajón. Estructura
social, propiedad, cortes de justicia
y leyes

LUIS SÁNCHEZ QUIÑONES

La efectividad del Protocolo n.º 16
al Convenio Europeo de Derechos
Humanos y su potencial impacto
constitucional en España

BEATRIZ TOMÁS MALLÉN

Recensiones

Estudios de Deusto

Revista de Derecho Público

Estudios de Deusto

Revista de Derecho Público

Fundada en 1904 / Founded in 1904

Vol. 70/1 enero-junio 2022

DOI: <https://doi.org/10.18543/ed7012022>

Revista de la Facultad de Derecho

Incluida en los siguientes índices y bases de datos:

SCOPUS, 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. Revista de Derecho Público» 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. Revista de Derecho Público» are available in open access at the following web page: <http://revista-estudios.revistas.deusto.es/issue/archive>

Universidad de Deusto
Bilbao
2022

Estudios de Deusto

Revista de Derecho Público

Vol. 70/1 enero-junio 2022

DOI: <https://doi.org/10.18543/ed7012022>

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 General:

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:

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. Revista de Derecho Público está incluida en los siguientes índices y bases de datos: SCOPUS, DOAJ, FECYT, ÍndICES-CSIC, Dialnet, DULCINEA, Latindex, REDIB, RESH, MIAR, DICE, IBZ, PROQUEST PERIODICAL INDEX ONLINE, CIRC, CARHUS Plus+, Google Académico y WorldCat.

Scopus®



Estudios de Deusto

Revista de Derecho Público

Vol. 70/1 enero-junio 2022

DOI: <https://doi.org/10.18543/ed7012022>

Sumario

Monográfico “Democracia, Estado de Derecho e independencia judicial en Europa”

- Astrid BARRIO LÓPEZ, *Democracia iliberal, populismo y Estado de Derecho* 15
- Josep M^a CASTELLÀ ANDREU, *Estado de Derecho e independencia judicial según la Comisión de Venecia* 35
- Fernando ÁLVAREZ-OSSORIO MICHEO, *Derecho al Derecho. Independencia judicial y exclusiva dependencia a la Ley (A propósito de la STEDH Gudmundur Andri Astráðsson c. Islandia)* 55
- Nuria MAGALDI MENDAÑA, *La garantía de independencia del juez europeo: Una revolución encubierta del TJUE* 81
- Annaïck FERNÁNDEZ LE GAL, *Estado de Derecho, independencia judicial y autonomía del Ministerio Fiscal. Hacia un modelo europeo de Fiscal* 111
- Ana CARMONA CONTRERAS, *Democracia, Estado de Derecho e independencia judicial en España: un análisis en perspectiva europea* 141

Estudios

- Abdelhamid ADNANE RKIOUA, *La paz social como protección objetiva de un posible derecho constitucional al bienestar emocional en el marco español y europeo* 161

Manuel ÁLVAREZ TORRES, <i>La paz como instrumento para lograr sociedades justas, pacíficas e inclusivas (ODS 16 AGENDA 2030)</i>	193
Selena CEBRIÁN BELTRÁN, <i>Nuevos desafíos en el ámbito de la videovigilancia por las fuerzas y cuerpos de seguridad desde la perspectiva de la LO 7/2021: El difícil equilibrio entre la seguridad y la protección de datos</i>	221
Luis Juan DELGADO MUÑOZ, <i>La ejecución de las Sentencias del TEDH y el actual recurso de revisión penal: cinco años de vigencia</i>	253
Guillermo GARCÍA GONZÁLEZ, <i>La contratación temporal en la reforma laboral: reflexiones críticas sobre su conformación jurídica</i>	285
Jesús LÓPEZ DE LERMA GALÁN, <i>Los Acuerdos de Libre Comercio en Estados Unidos. Su integración en el sistema constitucional y la nueva interpretación de la legitimidad democrática en la resolución de conflictos</i>	315
Luis SÁNCHEZ QUIÑONES, <i>El sistema legal sajón. Estructura social, propiedad, cortes de justicia y leyes</i>	347
Beatriz TOMÁS MALLÉN, <i>La efectividad del Protocolo n.º 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos y su potencial impacto constitucional en España</i>	387

Recensiones

GONZÁLEZ GARCÍA, Ignacio, <i>La fusión de Comunidades Autónomas. A propósito de la no incorporación de Navarra al País Vasco</i> , por Alberto Oehling de los Reyes	423
RALLO LOMBARTE, Artemi, <i>Investiduras fallidas y Constitución ignota (2015-2020)</i> , por Jaime Clemente Martínez	429
ROCA, María J. (coord.) / MORENO FLÓREZ, Rosa María (dir.), <i>El centenario del Ordenamiento jurídico de Santi Romano</i> , por Ignacio Álvarez Rodríguez	435
SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo, <i>A vueltas con la Parte Especial (Estudios de Derecho penal)</i> , por Roberto Cruz Palmera	439

Estudios de Deusto

Revista de Derecho Público

Volume 70, Issue 1, January-June 2022
DOI: <https://doi.org/10.18543/ed7012022>

Table of Contents

Special Issue: “Democracy, the Rule of Law and Judicial Independence in Europe”

Astrid BARRIO LÓPEZ, <i>Iliberal Democracy, Populism and the Rule of Law</i>	15
Josep M ^a CASTELLÀ ANDREU, <i>Rule of Law and judicial independence according to the Venice Commission</i>	35
Fernando ÁLVAREZ-OSSORIO MICHEO, <i>Independence of the justice system. Rule of Law as Human Right (Case of Gudmundur Andri Astráðsson c. Islandia)</i>	55
Nuria MAGALDI MENDAÑA, <i>The European Judge’s Guarantee of Independence: A Covered Revolution of CJUE</i>	81
Annaïck FERNÁNDEZ LE GAL, <i>Rule of Law, judicial independence and autonomy of the Public Prosecutor’s Office. Towards a European model of prosecution</i>	111
Ana CARMONA CONTRERAS, <i>Democracy, Rule of Law and judicial independence in Spain: an Analysis from a European perspective</i>	141

Studies

Abdelhamid ADNANE RKIOUA, <i>Social peace as an objective projection of a possible constitutional right to emotional well-being in the Spanish and European framework</i>	161
---	-----

Manuel ÁLVAREZ TORRES, <i>Peace as an Instrument to achieve just, peaceful and inclusive societies (SGD 16 the 2030 Agenda)</i>	193
Selena CEBRIÁN BELTRÁN, <i>New challenges in the field of video surveillance by the security forces under Organic Law 7/2021: The difficult balance between security and data protection</i>	221
Luis Juan DELGADO MUÑOZ, <i>The execution of ECHR Judgments and the actually Criminal Judicial Review: five years in force</i>	253
Guillermo GARCÍA GONZÁLEZ, <i>Temporary Hiring in the Labour Reform: Critical Reflections on its legal shaping</i>	285
Jesús LÓPEZ DE LERMA GALÁN, <i>Free Trade Agreements in the United States. Its integration in the Constitutional System and the new interpretation of Democratic Legitimacy in Conflict Resolution</i>	315
Luis SÁNCHEZ QUIÑONES, <i>The Saxon legal system. Social Structure, property, courts of justice and laws</i>	347
Beatriz TOMÁS MALLÉN, <i>Effectiveness of Protocol No. 16 to the European Convention on Human Rights and its potential constitutional impact in Spain</i>	387

Book reviews

GONZÁLEZ GARCÍA, Ignacio, <i>La fusión de Comunidades Autónomas. A propósito de la no incorporación de Navarra al País Vasco</i> , by Alberto Oehling de los Reyes	423
RALLO LOMBARTE, Artemi, <i>Investiduras fallidas y Constitución ignota (2015-2020)</i> , by Jaime Clemente Martínez	429
ROCA, María J. (coord.) / MORENO FLÓREZ, Rosa María (dir.), <i>El centenario del Ordenamiento jurídico de Santi Romano</i> , by Ignacio Álvarez Rodríguez	435
SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo, <i>A vueltas con la Parte Especial (Estudios de Derecho penal)</i> , by Roberto CRUZ PALMERA	439

Monográfico: Democracia, Estado de Derecho e independencia judicial en Europa

Los trabajos que componen esta sección monográfica recogen las intervenciones realizadas por sus autores en las Jornadas “Democracia, Estado de Derecho e independencia judicial”, celebradas en la Universidad de Sevilla el 25 de junio de 2021, en el marco del Proyecto de investigación I+D «Desafíos del proceso de construcción de un espacio europeo de derechos fundamentales» (DER2017-83779-P).

DEMOCRACIA ILIBERAL, POPULISMO Y ESTADO DE DERECHO

Illiberal Democracy, Populism and the Rule of Law

Astrid Barrio López

Profesora Titular de Derecho Constitucional
Universitat de València

<https://doi.org/10.18543/ed.2493>

Recibido: 25.05.2022

Aceptado: 14.06.2022

Publicado en línea: junio 2022

Resumen

El artículo aborda la afectación de la democracia iliberal y del populismo sobre el Estado de Derecho. En primer lugar se discute acerca de la idoneidad de concepto de democracia iliberal que desde el punto de vista teórico y normativo resulta un oxímoron. En segundo lugar se aborda la vinculación entre la democracia liberal y el populismo asumiendo que el primero es un elemento consustancial. Por último se analizan las prácticas iliberales de algunas democracias modernas, sus pautas comunes y como ello incide en el Estado de Derecho

Palabras clave

Democracia iliberal, populismo, Estado de Derecho.

Abstract

The article addresses the impact of illiberal democracy and populism on the rule of law. In the first place, the suitability of the concept of illiberal democracy is discussed, which from the theoretical and normative point of view is an oxymoron. Second, the link between liberal democracy and populism is addressed, assuming that this one an inherent element. Finally, the illiberal practices of some modern

democracies, their common guidelines and how this affects the rule of law are analyzed.

Keywords

Illiberal democracy, populism, Rule of Law.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL CONTROVERTIDO CONCEPTO DE DEMOCRACIA LIBERAL. III. LA DEMOCRACIA ILIBERAL Y EL POPULISMO. IV. LA AMENAZA DE LAS DEMOCRACIAS ILIBERALES AL ESTADO DE DERECHO. V. CONCLUSIONES. VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La idea de democracia iliberal está cada vez más presente tanto en el debate académico como en el debate público a fin de describir una serie de prácticas que tienen lugar en sistemas políticos que cumplen muchos de los requisitos para ser considerados democráticos. Ello se explica porque a pesar de que no trata de un fenómeno nuevo, de hecho Faared Zakaria (1994) ya lo había detectado hace más de un cuarto de siglo, sobre todo en democracias recientes o en vías de consolidación, los métodos iliberales se han extendido incluso algunas de las democracias que parecían más asentadas. Tanto es así que, a pesar de que la democracia está más extendida que nunca, hay quien plantea que nos encontramos ante una tercera ola de autocratización (Lührmann y Lindberg, 2019) entendiéndose como tal el declive de los atributos democráticos y el alejamiento de la democracia plena. Y una ola además que, a diferencia de etapas anteriores en que las que democracia acostumbraba a verse interrumpida súbitamente por crisis o por golpes de estado, se caracteriza porque las democracias se ven erosionadas de una manera más gradual y sutil, siempre bajo la apariencia de legalidad y sin llegar a su completo colapso.

La evidencia empírica revela la existencia de unos sistemas políticos en los que se mantienen las formas democráticas pero en los que se ve erosionada la dimensión liberal que suele acompañarlos. Se constata una debilitación de la separación de poderes y de los pesos y contrapesos habituales en favor de un mayor protagonismo del ejecutivo que concentra poder, una reducción de los derechos y libertades de los ciudadanos, en particular de las minorías, un menoscabo a la libertad de prensa y una deslegitimación tanto de la fiscalización interna que puede ejercer la sociedad civil y las ONG como de la externa que es llevada a cabo por las organizaciones internacionales. Ante esta situación ha arreciado el debate en torno a la tipificación de este tipo de regímenes y hay quien discute la conveniencia de referirse a ellos como democracias iliberales al considerar que desde un punto de vista normativo este concepto es un oxímoron. La primera parte de este artículo da cuenta de este debate y trata de delimitar los contornos del fenómeno.

Se da la circunstancia, además, que buena parte de los países en los que se están observando prácticas iliberales son países en los que han accedido al poder líderes o partidos que pueden ser considerados populistas de

distinta tendencia ideológica. De ahí que resulte altamente conveniente explorar la vinculación que hay entre el populismo y la democracia iliberal. Al igual que con este último concepto también existe una gran discusión en torno a qué es el populismo y a cuáles son sus atributos. Sin embargo, hay bastante consenso acerca de que el populismo siempre se sustenta en una división dicotómica de la sociedad en dos bandos antagónicos con atributos morales opuestos, el pueblo, que personifica la virtud, y la élite que es el exponente de la corrupción, y en la asunción de que la política ha de ser el resultado de la voluntad general (Mudde, 2004). Pero también hay autores que consideran que su rasgo más distintivo es precisamente su concepción iliberal de la democracia (Kriesi y Pappas, 2015). Ello no quiere decir que todas las democracias iliberales sean populistas pero sí que todos los populismos comparten rasgos iliberales que derivan en todos los casos de la primacía otorgada a la voluntad del pueblo. El segundo apartado se dedica a abordar esta cuestión.

Finalmente en el tercer apartado se explora la afectación que tienen las prácticas iliberales sobre el estado de derecho a través del análisis de dos países, Hungría y Polonia, que se pueden considerar los mejores exponentes de la deriva iliberal en democracias recientes pero consolidadas.

II. EL CONTROVERTIDO CONCEPTO DE DEMOCRACIA LIBERAL

A pesar del creciente uso del concepto democracia iliberal no puede decirse que exista acuerdo acerca de la idoneidad del mismo. Esta adjetivación de la democracia surgió en oposición a la clásica idea de democracia liberal que está integrada por dos componentes que han tendido a ir asociados y a reconocerse como indisolubles. El primero de los componentes, la democracia, asume que la selección de un gobierno de mayoría se lleva a cabo a través de la representación y que para que ello tenga lugar deben darse ciertas condiciones: deben celebrarse elecciones libres y justas, ha de existir libre competencia entre distintas opciones políticas, debe haber medios de comunicación plurales, la limpieza del proceso debe estar garantizada así como la neutralidad de las autoridades electorales y el voto debe ser igual, universal, directo y secreto. Así solo es el ejercicio del voto sino las condiciones para el ejercicio del voto, algo que se encuentra muy vinculado al segundo de los componentes, el liberalismo constitucional. Este se concibe como un freno a la arbitrariedad del poder y a la tiranía de la mayoría sobre la minoría e implica por un lado, el imperio de la ley, es decir que tanto los ciudadanos como los poderes públicos estén sometidos a una misma ley y que ésta sea elaborada por un parlamento elegido democráticamente, y por el otro, que estén garantizados los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos. Asimismo también es preceptivo en el liberalismo constitucional que

existe una separación de poderes orgánica, funcional y personal entre poder legislativo, ejecutivo y judicial de acuerdo con la clásica fórmula del barón de Montesquieu.

Tras observar ya en la última década del siglo XX que muchos regímenes políticos cuyos representantes y gobiernos eran elegidos por medio de elecciones acababan no viéndose constreñidos por los límites constitucionales al poder y que tendían a restringir o sustraer a los ciudadanos algunos derechos y libertades básicos y así como de la constatación del crecimiento del número de presidentes que ignoraban o eludían a los parlamentos gobernando por decreto y que aprobaban leyes que atentaban contra las minorías o contra el ejercicio de las libertades Faared Zakaria acuñó el concepto de democracia iliberal, en su célebre ensayo *The Rise of Illiberal Democracy* (1997). De entrada, el autor, ya reconocía las dificultades para detectar esta problemática porque desde la democratización de los regímenes liberales en el mundo occidental a partir de finales del siglo XIX lo habitual era identificar la democracia con la democracia liberal, es decir con un sistema político en el que conviven la celebración de elecciones libres y justas con los principios del liberalismo constitucional, a saber, el imperio de la ley, la división de poderes y la protección de los derechos humanos, al menos los de primera generación.

Sin embargo y a pesar de que por su coincidencia en el tiempo siempre se ha tendido a vincular el liberalismo constitucional con el ascenso de la democracia lo cierto es que, si bien las prácticas democráticas como mecanismo de selección de gobernantes han ido en aumento como consecuencia de las últimas olas democratizadoras, por utilizar la terminología de Huntington (1991), ello no se ha producido necesariamente en paralelo con el asentamiento de las prácticas del liberalismo constitucional. Es decir, ha crecido el número de países en los que se celebran elecciones pero ello no ha dado lugar a un incremento del liberalismo constitucional por lo que ambos conceptos, empíricamente, han quedado disociados.

Porque si se interpreta que la democracia es, como lo hacen muchos de sus teóricos, eminentemente como un mecanismo de selección de gobernantes por medio de la competición por el voto, lo cual no implica por definición, que de esa selección de derive necesariamente un buen gobierno, la democracia fácilmente se puede deslindar del liberalismo constitucional, máxime cuando este sí lleva asociado, si no una idea de buen gobierno, sí como mínimo una concepción de cuales ser los objetivos del gobierno, esto es, proteger a los individuos de la tiranía por medio de la garantía de derechos y libertades, de la separación del poderes y de la existencia de tribunales imparciales, y todo ello regulado por una ley fundamental encargada de limitar a los poderes y de proteger a los ciudadanos frente a la arbitrariedad.

De acuerdo con ello, se puede hablar de democracia pero no necesariamente liberalismo constitucional, siempre y cuando no se establecen o cuando se rebajan los límites de las autoridades gubernamentales que concentran y amplifican su poder y lo hacen, en muchas ocasiones, en detrimento de las minorías y buscando legitimidad al amparo de la existencia de amplias mayorías que les dan apoyo. La evidencia empírica permite pues hablar de democracia iliberal, un concepto que analíticamente parte de la disociación de dos componentes que teóricamente parecían indisolubles, la democracia y el liberalismo constitucional y que enfatiza una concepción de democracia que prioriza la dimensión electoral y que es entendida únicamente como un mecanismo de selección de gobernantes y como la fuente de legitimidad de las decisiones pero que desecha aspectos fundamentales de las elecciones. En concreto no hay certeza acerca de la limpieza del proceso electoral, no hay garantías de la libre competencia entre las opciones políticas diversas, no hay una autoridad electoral neutral, no existe una pluralidad de fuentes de información fiables y el sufragio no es necesariamente igual, libre, directo y secreto y tampoco existen instituciones que garanticen que las políticas gubernamentales dependen de las preferencias de los ciudadanos a pesar de que se justifiquen y busquen legitimarse basándose en ello. Por estas ausencias este concepto de democracia liberal es controvertido y para muchos, desde un punto de vista normativo, un oxímoron.

No debe extrañar, por tanto, que existan muchas dudas acerca de la conveniencia de referirse a este fenómeno como democracia iliberal y que haya quien prefiera utilizar otros conceptos que puedan generar menos contradicciones desde un punto de vista teórico y normativo. Así en el campo de la ciencia política desde el momento en que, como consecuencia de la tercera ola democratizadora proliferaron los regímenes que no eran claramente democráticos pero tampoco eran netamente autoritarios, ha habido una notable profusión de términos para referirse a esta realidad, en muchos casos adjetivando la democracia (Collier y Levitsky, 1997) como ya hizo el propio Zakaria, y en otros optando por la más neutra denominación de regímenes híbridos (Diamond, 2002) para referirse a regímenes que cumplen con algunos de los requisitos de la democracia pero que también presentan algunos rasgos autoritarios. Todo ello no es más que una pequeña muestra de que el debate acerca de lo que es democracia y lo que no lo es sigue inacabado y de que los estudiosos siguen teniendo enormes dificultades para hacer clasificaciones en un repertorio cada vez más variado de regímenes políticos. Una solución, por ejemplo, que trata de superar esta lógica es hablar de variedades de democracia, como hace el proyecto V-Dem que incorpora las distintas concepciones de la misma y trata de dilucidar grados y tipos¹.

¹ Para más detalles véase <https://www.v-dem.net/es/>.

Por otra parte, en contra de lo que, a las puertas de la descomposición del bloque soviético y de la victoria de occidente, anticipa la famosa previsión de Fukuyama (1989) acerca de la inevitabilidad del liberalismo democrático como destino de la humanidad, la democracia liberal podía no ser el destino final de la vida democrática sino solo una de sus posibles salidas, algo de lo ya alertó el propio Zaakaria (1997). Ciertamente la presunción del triunfo de la democracia liberal se basaba no solo en la derrota del comunismo sino también en la inexistencia de cualquier opción alternativa mínimamente viable y extrapolable. Ni lo eran las teocracias de corte islámico ni lo era la vía china al capitalismo, que desde el punto de vista ideológico eran las únicas cosmovisiones alternativas, ni ningún otro tipo de régimen poseía ni la reputación ni la capacidad para contagiarse políticamente más allá de sus áreas de influencia. Y a pesar de que se asumía que la democracia liberal podía no triunfar de lo que había pocas dudas era acerca de su capacidad de supervivencia en los países con democracias liberales consolidadas e incluso a su irreversibilidad, algo que se vinculaba a determinados niveles de desarrollo y de bienestar y a una cultura política de naturaleza cívica (Almond y Verba, 1963). Pero se da la circunstancia de que incluso algunas de las democracias consideradas plenamente consolidadas han experimentado retrocesos y parecen no ser capaces de sustraerse a una cierta deriva iliberal. El caso estadounidense bajo la presidencia de Donald Trump sería el caso más paradigmático. Pero ello no sólo por la actividad de los gobiernos o por las actitudes de los gobernantes sino también porque en muchos sistemas políticos democráticos cada vez más ciudadanos se muestran descontentos con su funcionamiento y con sus rendimientos y empiezan a tener pulsiones autoritarias (Moghaddam, 2019), las mismas de las que ya habían alertado Eric Fromm y Theodor Adorno a propósito del ascenso del fascismo y del nazismo.

Así pues y aunque como se ha señalado desde un punto de vista teórico y normativo la idea de democracia iliberal presenta dificultades, la evidencia empírica pone de manifiesto y cada vez más la posibilidad de disociar sus dos componentes, la democracia y liberalismo razón por la cual se entiende por democracia iliberal aquella en la que el gobierno es elegido democráticamente pero que una vez en el poder tiende a ignorar los límites constitucionales y a no respetar los derechos y las libertades individuales. En la práctica iliberal se pueden distinguir dos tipos de actuaciones que están estrechamente vinculadas entre sí. Por un lado aquellas encaminadas a garantizar el dominio de las instituciones y por otro aquellas relacionadas con la limitación de los derechos y libertades fundamentales.

Uno de los principales rasgos distintivos de las democracias iliberales es su voluntad de hacerse con el máximo control de las instituciones. Una vez, conseguido el acceso al gobierno por medio de elecciones y por tanto tras haberse asegurado el control del poder ejecutivo, pero también gracias al

disfrute de la mayoría en el parlamento que le asegura el control del poder legislativo se impulsa legislación, en muchas ocasiones en forma de decreto, tendente a perpetuarse en el poder y a minimizar el poder o a hacerse con el control del resto de instituciones. Así abundan las reformas institucionales encaminadas a favorecer su permanencia en el poder mediante reformas electorales y también aquellas que buscan socavar la división de poderes, especialmente en relación con el poder judicial o con el órgano encargado de ejercer el control de la constitucionalidad. Suele hacerse por medio de la alteración de las normas a fin de garantizarse jueces afines al gobierno, bien sea por medio de su designación, bien sea por medio de la obstaculización de la tarea o de la destitución de los magistrados imparciales o no alineados con el gobierno. En paralelo y también gracias al control del ejecutivo y del legislativo se tienden a copar los cargos públicos y a situar a sus afines en puestos de responsabilidad y en todas las instituciones del Estado, de modo que en las democracias iliberales abundan las prácticas de patronazgo y de clientelismo que acaban por socavar los mecanismos de pesos y contrapesos. Igualmente y con el objetivo de evitar cualquier tipo de fiscalización los gobiernos iliberales reacios a someterse a control externo y suelen impugnar la legitimidad de los organismos e instituciones internacionales de los que forman parte, llegando en ocasiones a ignorar sus acuerdos y directrices y a desafiarlos abiertamente.

En cuanto a la limitación de derechos y libertades el acceso al poder y la adopción de lógicas mayoritarias avaladas, como veremos, por la asunción literal de la idea de la voluntad del pueblo, allana el camino para la aprobación de legislación contraria a los derechos de las minorías, siendo blanco habitual los colectivos LGTBI, los inmigrantes o las mujeres. Del mismo modo es habitual promover legislación que limita el pluralismo. Por un lado el pluralismo informativo, que se materializa sino directamente en una restricción de la libertad de prensa sí en la obstaculización de la capacidad de actuación de la prensa no subordinada al poder que puede ser criminalizada o perseguida persecución. Y esto en paralelo al desarrollo de un poderoso aparato de propaganda que en muchos casos se dedica a difundir noticias falsas para reforzar sus posicionamientos políticos. Por el otro también se limita el activismo cívico y en ocasiones político dificultando las actividades de los grupos de oposición. Como es fácilmente deducible esta es no es una agenda políticamente neutra y aunque se pueden identificar prácticas iliberales en gobiernos de signo político muy diverso lo cierto es que en los sistemas políticos considerados democráticos la deriva iliberal es atribuible casi en exclusiva a formaciones y de líderes situados a la derecha del espectro político y que se consideran populistas de derecha radical (Mudde, 2017).

III. LA DEMOCRACIA ILIBERAL Y EL POPULISMO

Del anterior apartado se deduce que la democracia iliberal y el populismo se encuentran estrechamente relacionados. De hecho, tanto que el aumento de las prácticas iliberales, sobre todo las que se manifiestan en las democracias hasta hace poco consideradas consolidadas, tiene mucho que ver con el crecimiento del populismo. Y aunque puede haber democracia iliberal sin populismo, el populismo suele llevar aparejadas derivas iliberales hasta el punto que en el profuso debate en torno a este concepto el iliberalismo, como veremos, es considerado por algunos de sus principales estudiosos su rasgo más distintivo.

Al igual que sucede con el concepto de democracia iliberal el concepto de populismo también es objeto de discusión. Y eso que no se trata de un nuevo vocablo utilizado para referirse solo a un fenómeno actual sino que al contrario, tiene una larga trayectoria y ha sido profusamente utilizado para denominar a una gran diversidad de movimientos, partidos, líderes e ideas políticas en distintos espacios geográficos y en distintas etapas históricas. Se trata de una palabra que en el ámbito académico y a pesar de la multiplicidad de acepciones y aproximaciones, tiene una dimensión eminentemente descriptiva y analítica pero que cada vez está más implantada en el lenguaje político cotidiano y que más que para describir neutralmente una realidad, su uso suele contener un juicio de valor y a asociarse, desde un punto de vista normativo, a un concepción negativa de la política. Tanto es así que las organizaciones o los líderes que son considerados populistas raramente aceptan reconocerse como tales.

El fenómeno populista ha sido abordado desde distintas aproximaciones y desde distintas disciplinas como la historia o la ciencia política y todas ellas, a pesar de las diferencias, se distinguen por tener en común, como consecuencia de la constatación de que en el populismo siempre se da una contraposición entre el constructo pueblo, que siempre tiene una naturaleza virtuosa, y la élite dirigente que siempre es de naturaleza corrupta, que el populismo se distingue por su dualismo. Sin embargo, hay poco consenso más allá de este común denominador, y tal como han sugerido Moffit y Torney (2014), a partir de aquí todo son divisiones entre quienes consideran que el populismo es una ideología, aquellos que lo ven como una lógica de funcionamiento, aquellos que sostienen que es un discurso o un estilo de comunicación y aquellos lo ven como una estrategia o como una forma de organización.

La consideración del populismo como una ideología emana de la asunción de que este contiene un conjunto coherente de ideas acerca de cómo organizar la sociedad y de cómo ejercer el poder. Sin embargo, se suele contemplar que, más que una ideología en sentido estricto con todos sus

componentes, el populismo es una “ideología delgada” (Stanley, 2008). Ello supone que necesita mezclarse con otras ideologías consideradas *gruesas* o con otras ideologías *delgadas* como el nacionalismo de modo que el populismo serviría completar a otras. En cambio los que asumen que el populismo es una lógica de funcionamiento buscan desmarcarse de las disputas semánticas y centrarse en la dimensión ontológica del fenómeno. En esta línea de interpretación se ubica uno de sus principales teóricos, Ernesto Laclau quien considera que el populismo es una lógica que estructura la vida política enmarcada en la lucha por la hegemonía (Laclau, 2005). De acuerdo con esta concepción un movimiento, un partido o un líder no deberían ser considerado populista porque sus políticas o su ideología contengan elementos que claramente puedan ser identificados como tales, sino porque muestra una particular lógica de articulación de los mismos. La aproximación del populismo entendido como un patrón discursivo o como un estilo de comunicación subraya la idea de que el pueblo es un ente virtuoso que ha sido traicionado por unas élites corruptas a las que hay que derrocar y hace de este su principal argumento comunicativo. Y por último el enfoque que percibe al populismo como una estrategia o una forma de organización por medio la cual los líderes personalistas tratan de ejercer el poder a través del apoyo directo, inmediato y no institucionalizado ni organizado de sus seguidores. A fin de superar las limitaciones de las distintas aproximaciones, Moffit y Torney (2014) plantean que el populismo sea considerado sobre todo un estilo político. Un estilo se caracterizaría en primer lugar por la apelación al pueblo como portador de la soberanía y por su oposición respecto a la élite corrupta, en segundo por la asunción de que la existencia de una situación de emergencia derivada de la una crisis o de una amenaza que puede ser real o percibida y por último por la utilización sistemática de los malos modos, es decir de la incorrección política. Estas diferencias han llevado a que algunos estudiosos a plantear la necesidad de reconciliar las diferentes tradiciones de investigación existentes y busquen un enfoque multidimensional que permita determinar una gama más amplia de atributos del populismo y facilitar la identificación de grados y variedades (Olivas Osuna, 2021)

Pero pesar de que persistan numerosas discrepancias en cuanto al enfoque mucha de la investigación politológica en torno al populismo se ha basado en aproximación ideacional y en la adopción de la definición de Cass Mudde, otro de los grandes exponentes en el estudio del populismo que considera el populismo es una ideología. Según dicho autor el populismo “*is an ideology that considers society to be ultimately separated into two homogeneous and antagonistic groups, ‘the pure people’ versus ‘the corrupt elite’, and which argues that politics should be an expression of the volonté générale (general will) of the people*” (Mudde, 2004: 543). Esta definición recoge buena parte de las aportaciones efectuadas distintas aproximaciones y contiene, tal y

como han apuntado Kriesi y Pappas (2015) sus elementos fundamentales: la asunción de la existencia de dos grupos homogéneos, el pueblo y la élite que mantienen relaciones antagónicas entre ellos; la concepción del pueblo como soberano; y, una perspectiva maniquea de la política basada en una concepción positiva del pueblo frente a una concepción negativa de la élite.

Sin embargo la aportación más novedosa de Kriesi y Pappas (2015), es la aseveración de que principal rasgo distintivo del populismo es la concepción iliberal de la democracia. Este iliberalismo se expresaría, en primer lugar, en la asunción literal de la idea de gobierno del pueblo y en el rechazo a los clásicos controles y equilibrios liberales, es decir a la idea de pesos y contrapesos que quedan sometidas a la lógica mayoritaria. En segundo término, se manifestaría en una enorme hostilidad hacia los intermediarios y en la preferencia por la vinculación directa de las masas con los líderes, lo que les llevaría a decantarse por mecanismos de democracia participativa. Y finalmente, en que se asumiría que la existencia de una voluntad del pueblo absolutamente monolítica que no dejaría resquicio alguno al pluralismo. Y es precisamente de esta concepción monolítica del pueblo de la que deriva no solo el antagonismo hacia las élites sino también la posibilidad de que existan antagonismos hacia otros colectivos que ni forman parte de la élite ni estarían incluidos en la categoría pueblo, que en muchos casos es definido en términos identitarios. De ahí surge la concepción nativista que incorporan algunos populismos, , en particular los partidos populistas de derecha radical sobre todo en Europa (Marzouki, McDonnell y Rey, 2016) y su fobia hacia los inmigrantes o hacia las minorías que pueden suponer una amenaza a su concepción monolítica de pueblo.

El surgimiento y el auge del populismo, en particular en el mundo occidental, se ha atribuido a razones económicas y a la percepción por parte de algunos colectivos de que la globalización es una amenaza pero también se debería a un problema políticos que vendrían gestándose desde hace tiempo y que habría provocado la erosión de los partidos tradicionales por las dificultades para ser su vez responsables y responsivos en situaciones de crisis habría debilitado el vínculo representativo (Mair,) y habría favorecido el ascenso del populismo. Su éxito, sin embargo a pesar de que las condiciones sean similares en las distintas sociedades, su éxito no es homogéneo sino que se halla sujeto a factores de distinta naturaleza. Por un lado aquellos vinculados a la cultura política (Norris y Inglehart, 2019) de modo que habría sociedades más o menos permeables a la pulsión populista. Por otro, a factores institucionales tales como el sistema electoral o las constricciones para el acceso de nuevas formaciones. Y por último a factores de tipo político como pueden ser la persistencia de las fracturas políticas tradicionales y el grado de institucionalización de los partidos y de los sistemas de partidos que dificultarían el surgimiento y enraizamiento del populismo. En cualquier caso el

común denominador que explica su ascenso suele ser el surgimiento de un líder que personifica al pueblo y cuyo acceso al poder tiene lugar con la promesa de dar cumplimiento a la voluntad del pueblo, algo que acaba sucediendo por medio de la abolición de los mecanismos institucionales que le impiden llevar a cabo la voluntad del pueblo. El populismo, por tanto, se puede considerar democrático en el sentido de que quiere llevar a cabo la voluntad del pueblo pero es iliberal porque no concibe que haya ningún límite esa voluntad. Como veremos en el siguiente apartado a propósito de los casos de Hungría y Polonia los líderes populistas llegan al poder por canales democráticos y lo utilizan para perpetuarse en él mediante prácticas iliberales. Lo hacen socavando la división de poderes, particularmente tratando de controlar a los tribunales y a las autoridades electorales, haciéndose con el control de los medios de comunicación y limitando la capacidad la oposición, cercenando los derechos de colectivos a los que consideran sus enemigos y tratando de obviar cualquier posibilidad de fiscalización interior y exterior.

IV. LA AMENAZA DE LAS DEMOCRACIAS ILIBERALES AL ESTADO DE DERECHO

Existe una gran pluralidad de países en los que tras la llegada al poder de líderes y partidos populistas han iniciado el tránsito hacia la democracia iliberal y prácticamente, no hay área geográfica del planeta que haya escapado a ello. Existen una gran diversidad de prácticas iliberales pero a pesar de esta diversidad todos los países tienen en común que ejecutivos electos socavan el estado de derecho bien sea mediante reformas institucionales destinadas a reforzar el poder del ejecutivo y a minimizar el del resto de poderes y su capacidad de control, bien sea limitando los derechos de los ciudadanos, la libertad de prensa y la libre competencia de opciones políticas o bien mediante una combinación de todo ello (Bermeo, 2016).

Estas prácticas iliberales que se han extendido por todo el globo. En Estados Unidos el mandato de Trump y su pésima relación con la prensa crítica y su afición por las noticias falsas y sobre todo su salida del poder tras el asalto al Capitolio con su beneplácito por parte de sus seguidores es el principal ejemplo de que las viejas democracias no son inmunes a la deriva populista e iliberal pero también dan cuenta de la importancia de que la solidez de los diseños institucionales y el mantenimiento de los pesos y contrapesos es un poderoso freno a las tendencias autocráticas. En América del Sur encontramos el caso de Brasil tras la llegada de Jair Bolsonaro en 2019 se ha caracterizado por sus constantes desafíos al Congreso, en el que no dispone de mayoría, o al Tribunal Supremo, dos instituciones que han logrado contener sus ambiciones mayoritarias y antipluralistas y sobretudo la Venezuela

bolivariana primero de Hugo Chaves y más tarde de Nicolás Maduro que no solo ha dejado de ser liberal sino también democrática incluso desde el punto de vista procedimental. El chavismo por medio de la reforma de la Constitución se ha hecho con el control de todas las instituciones del estado, ha penetrado en la sociedad civil y ha socavado la capacidad de la oposición y la de los medios de comunicación críticos y de modo que no solo es iliberal desde el punto de vista del liberalismo constitucional sino que tampoco es democrática porque a pesar de celebrar elecciones el proceso suscita muchas dudas. Asia, por su parte, no ha escapado a esta tendencia. En Turquía desde la victoria de Recep Tayyip Erdoğan se han restringido las libertades de prensa, de asociación y de reunión y se persigue a la oposición, al tiempo que se ha erosionado la separación de poderes y la independencia de la justicia. Igualmente la mayor democracia del mundo, la India, también ha experimentado una deriva iliberal desde la llegada de Narendra Modi al poder que se ha plasmado, entre otros, en la ley de ciudadanía que priva del acceso a la ciudadanía a los residentes musulmanes. La ola de iliberalismo también ha llegado a Filipinas a través de la guerra contra el crimen ajena al respecto por los derechos humanos emprendida por el presidente Rodrigo Duterte, y también a Singapur donde el largo mandato del primer ministro Lee Hsien Loong, que sistemáticamente es reelegido democráticamente, es compatible con amplias restricciones a la libertad prensa y a la libre competencia política.

Los comportamientos iliberales también han hecho su aparición en el seno la Unión Europa y aunque no de manera exclusiva los países donde más han aflorado ha sido en los países integrantes del grupo de Visegrado, a saber, Hungría, Polonia, Eslovaquia y la República Checa, todos ellos antiguos de países de la órbita soviética que habían abrazado la democracia liberal en la cuarta ola democratizadora. En la última década los diversas formaciones que han llegado al poder en todos estos países, en la mayor parte de casos pertenecientes a la familia de partidos populistas de derecha radical, han tratado de alterar la naturaleza de esos regímenes (Zielonka, 2018) llevando a cabo revisiones constitucionales que buscan modificar el funcionamiento de las distintas instituciones como el gobierno, el parlamento, los tribunales o los bancos centrales con el objetivo de reducir su independencia y de centralizar el poder. Algunas de estas decisiones, además, se han justificado como la vía para resolver los problemas estructurales que arrastran estos países y que se han tratado de vincular a la pérdida de soberanía derivada de su pertenencia a la Unión Europea o a otras instituciones internacionales cuya legitimidad ha sido cuestionada y cuyo poder ha sido desafiado.

De entre todos estos países destaca Hungría que se puede considerar el decano del iliberalismo europeo no solo por haber sido el primero en llevar a cabo prácticas iliberales sino también por haber sido el primero en reconocer sin ningún tipo de rubor esta adjetivación. Su primer ministro, Victor Orban,

en 2014, pronunció un célebre discurso, en el que no dudó en defender la conveniencia y las bondades del iliberalismo afirmado “*We needed to state that a democracy is not necessarily liberal. Just because something is not liberal, it still can be a democracy. Moreover, it could be and needed to be expressed, that probably societies founded upon the principle of the liberal way to organize a state will not be able to sustain their world-competitiveness in the following years, and more likely they will suffer a setback, unless they will be able to substantially reform themselves*”² y en reafirmar la senda illiberal de Hungría anunciando que “*we have to abandon liberal methods and principles of organizing a society, as well as the liberal way to look at the world*”³.

Desde su segundo acceso al poder en 2010, Orban, que ya había sido primer ministro entre 1998 y 2002, la democracia húngara se ha ido deteriorando. Gracias a una amplia mayoría parlamentaria emprendió una serie de reformas institucionales que afectaron a la división de poderes, a la libre competencia política, a la pluralidad de los medios de comunicación y a los derechos de los minorías. Orban ha reformado la Constitución hasta en diez ocasiones y ha elaborado una nueva ley electoral con el objetivo de favorecer a su partido, el FIDESZ. Asimismo ha reformado el Tribunal Constitucional y el poder judicial para forzar la jubilación de los jueces críticos con el gobierno con el objetivo de controlar su composición y de situar a jueces afines cuyo nombramiento ha pasado a depender del poder ejecutivo. Del mismo modo ha impulsado una ley de medios de comunicación que coarta la libertad de expresión y que limita la capacidad de los medios críticos con el gobierno, al tiempo que ha restringido los derechos de las minorías, en particular de los inmigrantes y de las personas LGTB, todo ello a raíz de una concepción de matriz católica. Una de las decisiones más controvertidas ha sido la relativa al trato de las ONG y a la Universidad Centroeuropea de Budapest fundada por el magnate George Soro a través de la Ley de Educación Superior no solo limitaba la autonomía universitaria sino también la presencia de instituciones de educación superior de origen extranjero que eran obligadas a disponer de una sede en sus respectivos países de origen, un requisito que Soros no cumplía razón por la cual la institución se vio obligada a trasladar su sede a Viena. En el fondo esta actitud hacia la Universidad Centroeuropea era un ejemplo de la voluntad de limitar la autonomía de la sociedad civil así como todas las vías que pudieran suponer el menor atisbo de fiscalización externa. Esta conducta se ha exacerbado hasta el punto de que la Hungría de Orban ha descatado las decisiones del Tribunal de Justicia de la Unión

² Véase <https://budapestbeacon.com/full-text-of-viktor-orbans-speech-at-baile-tusnad-furdo-of-26-july-2014/>. Consultado 15 de noviembre de 2021.

³ Idem.

Europea. Su creciente actitud de desafío a la Unión Europea, le ha valido reproches y advertencias por parte de instituciones y autoridades comunitarias aunque sin llegar a ejecutar sanciones aunque el FIDESZ sí que ha abandonado el Partido Popular Europeo tras una reforma de los estatutos que allanaba su expulsión.

Al igual que en Hungría el comportamiento de Polonia desde 2016 ha levantado todas las alarmas en el seno de la Unión Europea. El gobierno del Partido Ley y Justicia liderado por Jarosław Kaczyński ha tratado fraudulentamente de llevar a cabo reformas constitucionales por medio cambios legislativos impulsados por el ejecutivo con el aval del parlamento con el objetivo de condicionar funcionamiento del Tribunal Constitucional, de limitar su independencia y subordinarlo al resto de poderes (Natirski, 2016). El Tribunal Constitucional declaró nulos los cambios al considerarlos inconstitucionales e invalidó el nombramiento de los nuevos jueces desatando un enfrentamiento con el jefe de Estado, el gobierno y la mayoría parlamentaria que se negaron a acatar la decisión, un desacato que provocó quejas por parte de la UE y del Consejo de Europa. En consecuencia y de manera no solo ilegítima sino también ilegal se han designado más jueces que los que correspondía y han introducido modificaciones en los plazos para dilatar la toma de decisiones como mecanismo para dilatar los procesos de fiscalización y de control constitucional. Con ello se trataba de evitar que el Tribunal Constitucional actuase como contrapeso ante una agenda política muy conservadora que aspira a limitar los derechos de las minorías, en especial de la comunidad LGTBI y de los inmigrantes. Estas actuaciones fueron el prelude de restricciones a la independencia y libertad de expresión de los medios de comunicación así como del intento de prohibir la propiedad extranjera de los medios de comunicación. Del mismo modo se ha producido una reducción de las garantías de los ciudadanos frente a las fuerzas de seguridad y se han subordinado los derechos individuales a principios religiosos, por ejemplo en cuestiones como el aborto. El colofón a todo ello ha sido el cuestionado y dividido Tribunal Constitucional polaco ha decretado que diversos aspectos de los tratados de la Unión Europea son incompatibles con la Constitución polaca y que no es competente para evaluar la justicia polaca provocando un enfrentamiento con el Parlamento Europea que con un amplísimo apoyo (502 votos a favor frente a 153 en contra y 16 abstenciones) aprobó una resolución que establecía que en esas condiciones el Tribunal Constitucional carecía de independencia y de validez jurídica y que por tanto no estaba cualificado para interpretar la Constitución.

Como señala Bień-Kacała (2021) tanto Polonia como Hungría han desarrollado un constitucionalismo que puede ser etiquetado como iliberal, un tipo de constitucionalismo que no es completamente opuesto al constitucionalismo liberal y que no equivale a autoritarismo pero que se se aparta del

primero y tiende hacia el segundo. Asimismo constata que la democracia todavía existe, al igual que los derechos humanos y que el estado de derecho existe y son observables, pero ninguno prevalece en su totalidad.

En todos los países en los que hay conductas iliberales por parte del poder ejecutivo el estado de derecho se resiente. Desde el punto de vista institucional la división de poderes se ve amenazada y los pesos y contrapesos se ven invalidados, muy especialmente a través de los intentos de intervenir el poder judicial y los órganos de vigilancia de la constitucionalidad cuyo control resulta fundamental para eludir la fiscalización, en muchos casos, de la legislación restrictiva con los derechos fundamentales. Esta limitación de derechos que suelen promover estos regímenes y que afecta a las minorías también lamina el estado de derecho porque puede llegar a socavar el principio de igualdad ante la ley. Y por último lado la penetración y la patrimonialización de las instituciones que llevan a cabo los líderes y partidos populistas dificulta las garantías de legalidad y neutralidad de la administración así como su transparencia y capacidad para rendir cuentas. El estado de derecho no desaparece en su totalidad pero se ve seriamente amenazado hasta el punto de que su capacidad de supervivencia se ve cuestionada. Pero el iliberalismo no solo afecta la dimensión liberal y que se asocia al Estado de Derecho sino también dimensión democrática dado que se la libre competencia política se ve cuestionada, se producen limitaciones en la libertad de prensa y el proceso electoral no siempre tiene garantías de neutralidad.

V. CONCLUSIONES

La democracia iliberal está cada vez más extendida como pone de manifiesto la evidencia de múltiples regímenes en los que, como se ha visto se produce una disociación de dos ideas, la democracia y el liberalismo que desde un punto de vista teórico se concebían como indisolubles. Esta constatación ha dado lugar a una discusión en torno a la idoneidad del concepto de democracia liberal y ha llevado a algunos autores a sugerir otras denominaciones para este fenómeno que estén desprovistos de criterios normativos. Sin embargo, el concepto se ha asentado tanto en la jerga académica como en el lenguaje común y se usa para referirse a sistemas políticos en los que el gobierno es elegido democráticamente pero que una vez en el poder tiende a ignorar los límites constitucionales y a no respetar los derechos y las libertades individuales.

Se da la circunstancia, además, de que muchos de los líderes y partidos que promueven la democracia liberal reúnen las condiciones para considerar populistas, de ahí la pertinencia de abordar la relación entre la democracia iliberal y el populismo. Sobre este concepto existe un profuso debate pero hay acuerdo acerca de la asunción maniquea de la existencia de dos grupos

homogéneos, el pueblo, que se concibe como un ente virtuoso, y de una élite corrupta, que mantienen relaciones antagónicas entre ellos. Asimismo el populismo se distinguiría por una concepción iliberal de la democracia basada principalmente en la exaltación de la idea de gobierno del pueblo y en el consecuente rechazo a los clásicos controles y equilibrios liberales.

Y este es precisamente el comportamiento que se observa en las democracias iliberales que se distinguen por tener un patrón de actuación bastante uniforme. Tras el acceso al poder de líderes y partidos populistas y gracias a la obtención de sólidas mayorías que le permiten invocar la idea de la voluntad del pueblo sin límites promueven reformas que socavan la división de poderes dando una gran preeminencia al ejecutivo. Tratan especialmente de controlar los tribunales ordinarios y los órganos de control de la constitucionalidad introduciendo a jueces afines o dificultando el papel de los jueces que presentan resistencias por medio, por ejemplo de traslados o jubilaciones forzadas. Asimismo el intento de controlar de los distintos organismos estatales por medio de prácticas clientelares y acaba socavando el sistema de pesos y contrapesos. Del mismo modo impulsan legislación contra las minorías o los extranjeros que limitan los derechos y libertades individuales, cuya defensa ya no pueden ser garantizada por los tribunales. Ello provoca la condena por parte de las organizaciones internacionales u ONG que denuncian las violaciones de los derechos humanos contra opositores, minorías y extranjeros, ante lo cual las autoridades políticas suelen reaccionar tratando de deslegitimar a esas instituciones acusándolos de violentar su soberanía. Y por último se intenta controlar los medios de comunicación y las fuentes de pensamiento así como de imponer un relato oficial plagado de noticias falsas. Todo ello, en muchos casos intensificando la represión, restringiendo el papel de la sociedad civil y de los partidos de la oposición aunque sin abolir las elecciones con formato competitivo que permiten mantener la apariencia de democracia aunque minimizando sus rasgos liberales.

Fruto de todo ello la calidad del estado de derecho se ve amenazada. La división de poderes y los pesos y contrapesos quedan en entredicho al igual que las garantías de legalidad y neutralidad de la administración a causa de la colonización de las instituciones y los derechos de los ciudadanos, sobre todo de las minorías son laminados. La dimensión liberal de la democracia se ve mermada y aunque los gobernantes son elegidos por medio de elecciones, estas restricciones también acaban afectando a la dimensión democrática que ve cuestionada su calidad.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ALMOND, Gabriel A. y Sidney VERBA, eds. *The Civic Culture*. Princeton: Princeton University Press, 1963.

- BERMEO, Nancy. "On Democratic Backsliding". *Journal of Democracy* 27, no. 1 (2016): 5–19.
- BIEŃ-KACAŁA, Agnieszka. "Legislation in Illiberal Poland". *The Theory and Practice of Legislation*, 2021. DOI: 10.1080/20508840.2021.1942364, on-line first.
- BÍRÓ-NAGY, András. 'Illiberal democracy in Hungary: the social background- And practical steps of building an Illiberal state'. *En Illiberal democracies in the EU: The Visegrad Group and the risk of desintegration* editado por Pol Morillas, 31-44. Barcelona: CIDOB Edicions, 2017.
- BOGAARDS, Matthijs. 'How to classify hybrid regimes? Defective democracy and electoral authoritarianism'. *Democratization* 16, no 2, (2009): 399-423. DOI: 10.1080/13510340902777800
- COLLIER, David, y Steven LEVITSKY. 'Democracy with Adjectives: Conceptual Innovation in Comparative Research'. *World Politics* 49, no 3 (1997): 430–51.
- COMAN, Ramona y Clara VOLINTIRU. 'Anti-liberal ideas and institutional change in Central and Eastern Europe'. *European Politics and Society*, 20021. DOI: 10.1080/23745118.2021.1956236, on-line first.
- DIAMOND, Larry. 'Thinking About Hybrid Regimes'. *Journal of Democracy* 13, no. 2 (2002): 21–34.
- DIAMOND, Larry. 'Democratic regression in comparative perspective: scope, methods, and cause'. *Democratization*, 28, no 1 (2021): 22-42. DOI: 10.1080/13510347.2020.1807517
- FUKUYAMA, Francis. 'The End of History?'. *The National Interest*, 16 (1998): 3–18.
- HUNTINGTON, Samuel P. *The Third Wave: Democratization in the Late Twentieth Century*. Norman: University of Oklahoma Press, 1991.
- KRIESI, Hanspeter y Takis S. PAPPAS. *European Populism in the Shadow of the Great Recession*. Colchester: European Consortium for Political Research, 2015.
- LACLAU, Ernesto. *La razón populista*. México: Fondo de Cultura Económica, 2005.
- LÜHRMANN, Anna y Staffan I. LINDBERG. 'A third wave of autocratization is here: what is new about it?, Democratization' 26, no 7 (2019): 1095-1113. DOI: 10.1080/13510347.2019.1582029
- MARZOUKI, Nadia, Duncan McDONNELL y Olivier REY eds. *Saving the People*. London: C. Hurst & Co, 2016.
- MOFFIT, Benjamin y Simon TORMEY. 'Rethinking Populism: Potitics, Mediatization and Political Style'. *Political Studies*. 62, no 2 (2014): 381- 397.
- MOGGHADAM, Fathali.M. *Threat to Democracy: The Appeal of Authoritarianism in a Age of Uncertainty*, Washington, DC: American Psychological Association, 2019.
- MUDDE, Cass. 'The Populist Zeitgeist'. *Government and Opposition* 39, no 4 (2004): 542-563.
- . *The populist radical right: a reader*. London/New York: Routledge, 2017
- NATORSKI, M 'La encrucijada polaca como advertencia para las democracias liberales', Opinión CIDOB 433, 2016.
- NORRIS, Pippa y Ronald INGLEHART. *Cultural backlash. Trump, Brexit, and authoritarian populism*. Cambridge, New York: Cambridge University Pres, 2019.
- OLIVAS OSUNA, José Javier. 'From chasing populists to deconstructing populism: a new multidimensional approach to understanding and comparing populism?.'

European Journal of Political Research. 202.1 DOI: 10.1111/1475-6765.12428, on-line first

STANLEY, Ben. 'The thin ideology of populism', *Journal of Political Ideologies*. 13, no 1 (2008): 95-110.

ZAKARIA, Faared. (1997). 'The Rise of Illiberal Democracy'. *Foreign Affairs*, 76 no 6 (1997): 22-43 .

ESTADO DE DERECHO E INDEPENDENCIA JUDICIAL SEGÚN LA COMISIÓN DE VENECIA¹

Rule of law and judicial independence according to the Venice Commission

Josep M^a Castellà Andreu

Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Barcelona

Miembro de la Comisión de Venecia del Consejo de Europa

<https://doi.org/10.18543/ed.2494>

Recibido: 25.05.2022

Aceptado: 14.06.2022

Publicado en línea: junio 2022

Resumen

En este trabajo se lleva a cabo un acercamiento a la doctrina de la Comisión de Venecia sobre la independencia judicial en el contexto de la preservación del Estado de Derecho, la separación de poderes y la garantía de los derechos. En particular, nos hemos centrado en la composición y elección del Consejo Judicial, como solución por la que aboga la Comisión con carácter general, sin perjuicio de las particularidades que existen en las viejas democracias consolidadas. La Comisión de Venecia exige una composición plural, con una mayoría elegida por los propios jueces y el resto por el Parlamento, con mayorías cualificadas. De este modo se evita tanto el corporativismo como la politización de la institución.

¹ Este trabajo se inserta en las actividades del Grupo de Estudios sobre Democracia y Constitucionalismo (GEDECO), grupo consolidado por la Generalitat (2017). En concreto forma parte de los proyectos Horizon 2020 de la UE núm. 822590 “Democratic Efficacy and the Varieties of Populism in Europe” (DEMOS) y del proyecto “Instrumentos contramayoritarios en el Estado constitucional” del Ministerio de Ciencia e Investigación (PID2019-104414GB-C32).

Palabras clave

Estado de Derecho, independencia del Poder Judicial, Consejo de Gobierno del Poder Judicial, Comisión de Venecia.

Abstract

This article deals with the Venice Commission doctrine on the independence of the judiciary in the context of the Rule of law, separation of powers and rights' guarantees. In particular, the text focuses on the composition and appointment of the Judicial Council members. In new democracies the Venice Commission is in favour of these organs, aware that this might not be necessary in consolidated old democracies. The Venice Commission urges for a plural composition, with a majority of its members selected by the very same judges and the rest by the Parliament, with qualified majorities. This is how the Venice Commission intends to avoid both corporatism and politization.

Keywords

Rule of Law, Independence of the Judiciary, Judicial Council, Venice Commission.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. RENOVADA ATENCIÓN CONSTITUCIONAL POR EL ESTADO DE DERECHO Y APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE ESTADO DE DERECHO DE LA COMISIÓN DE VENECIA. III. INDEPENDENCIA JUDICIAL, CON PARTICULAR ATENCIÓN AL ÓRGANO DE GOBIERNO DEL PODER JUDICIAL. IV. REFLEXIONES FINALES. V. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Con ocasión de la debida pero retrasada renovación del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) se han producido una serie de sucesos novedosos respecto a similares situaciones anteriores de demora y bloqueos en la elección de los vocales por las Cortes Generales. Dos de ellos merecen ser destacados: Primero, la intervención del legislador para buscar un mecanismo antibloqueo y con el que presionar a la oposición para alcanzar un acuerdo la renovación del órgano constitucional. A ello responde, por un lado, la proposición de ley de los dos grupos parlamentarios que apoyan al gobierno (PSOE y Unidas Podemos) para reducir la mayoría necesaria para la elección de los 12 vocales jueces de tres quintos a mayoría absoluta en la segunda votación de las Cámaras (admitida a trámite por la Mesa del Congreso el 20 de octubre de 2020, posteriormente retirada)² y, por el otro lado, la aprobación de otra proposición de ley de los mismos grupos sobre la reducción de las funciones del Consejo una vez se haya agotado el periodo de su mandato, de cinco años (LO 4/2021, de 29 de marzo).

Y segundo, también es novedosa la intervención en este debate de algunos órganos de la Unión Europea y del Consejo de Europa, que han mostrado su alarma ante la primera proposición de ley citada, logrando su desactivación, y han invitado tanto a la renovación del órgano constitucional, así como al cambio legislativo de la forma de elección del CGPJ. En este sentido, merecen citarse, en primer término, la carta del presidente de GRECO (Grupo de Estados contra la corrupción del Consejo de Europa) a la Jefa de la Delegación de España ante el GRECO, del Ministerio de Justicia, en la que se advierte, en relación con la primera de las reformas propuestas, que *“This legislative initiative departs from the Council of Europe standards concerning the composition of judicial councils and election of their members and may result in a violation of the Council of Europe anti-corruption standards”*³.

² BOCG, Congreso de los Diputados, XIV Legislatura, Serie B, 23 de octubre 2020, núm. 120-1. La retirada fue instada públicamente por el Ministro de Justicia el 20 de abril de 2021, tras la entrevista con la vicepresidenta de la Comisión Europea, Vera Jourová.

Ver <https://www.elmundo.es/espana/2021/04/20/607eb9defc6c83b12d8b4638.html>

³ Carta fechada en Estrasburgo el 14 de octubre de 2020 y firmada por el Presidente del GRECO, Marin Mrcela. En ella se recuerdan los estándares europeos sobre la compo-

Esta carta se suma a varios pronunciamientos de GRECO, anteriores y posteriores, sobre el mismo asunto⁴.

En segundo término, los informes sobre el Estado de Derecho relativos a España de 2020 y 2021, elaborados por la Comisión Europea, inciden, en un tono más diplomático que los anteriores del GRECO, en las deficiencias del Estado de Derecho. Hay una alusión a la composición del CGPJ en el informe de 2021 y a la no renovación del mismo desde diciembre de 2018. Así, se afirma, que “[p]ersisten las preocupaciones por la falta de renovación del Consejo del Poder Judicial, mientras que, a raíz de algunos acontecimientos recientes, se ha exigido que sean sus homólogos quienes designen a los jueces miembros.” y, con cita de la carta del Presidente de GRECO que se acaba de mencionar, añade que “[a]lgunas asociaciones de jueces reclamaron que los doce jueces miembros del Consejo fuesen nombrados directamente por sus homólogos, de conformidad con las normas del Consejo de Europa, y este último recordó que las normas europeas establecen que al menos la mitad de los miembros del Consejo han de ser jueces nombrados por sus homólogos de todos los niveles del poder judicial. Es importante que se tengan en cuenta estas normas europeas y se consulte a todas las partes interesadas pertinentes”⁵.

Todo ello tiene lugar en el marco de una preocupación europea por la percepción de la justicia por la ciudadanía, la no renovación del Consejo, la independencia del Poder Judicial en España y, en última instancia, por el sistema de elección enteramente parlamentaria de los veinte miembros del

sición del CGPJ, sobre lo que volveremos luego. Ver <https://rm.coe.int/letter-to-spain-14-10-2020/1680a010c8>

⁴ Ver el trabajo de Ana Carmona en este mismo número. En el segundo informe de cumplimiento de España, Cuarta Ronda de Evaluación, de 25 de marzo de 2021, tras recordar lo sostenido desde el informe de evaluación de la Cuarta Ronda de Evaluación de 2013 (V recomendación) se concluye “GRECO solo puede lamentar la falta de un avance positivo tangible en este ámbito. GRECO insta a las autoridades a que apliquen sin demora la recomendación v. Al hacerlo, es sumamente importante que se consulte al poder judicial y que tenga voz en las decisiones clave relativas a su funcionamiento y a sus prioridades...” (GrecoRC4(2021)3. pár. 43).

Ver <https://rm.coe.int/cuarta-ronda-de-evaluacion-prevencion-de-la-corrupcion-con-respecto-a-/1680a3fd52>

⁵ *Informe sobre el Estado de Derecho en 2021. Capítulo sobre la situación del Estado de Derecho en España*. Comisión Europea, 20.7.2021, SWD(2021)710 final, págs. 3 y 5. En el informe de 2020, se señala, también con cita de informes de GRECO, de forma más sucinta y suave (es anterior a la presentación de la primera proposición de ley orgánica citada): “El Consejo de Europa ha señalado que estos hechos confirman la importancia de velar por que el Consejo no sea percibido como una institución expuesta a influencia política”, *Informe sobre el Estado de Derecho en 2020. Capítulo sobre la situación del Estado de Derecho en España*. Comisión Europea, 30.9.2020, SWD(2020)308 final, pág. 3.

CGPJ, producida por la LO 6/1985, del Poder Judicial. De entonces son las advertencias formuladas por la STC 108/1986, que, junto con declarar constitucional la nueva regulación sobre la elección del Consejo, alertaba ya de los peligros –inmediatamente confirmados- de politización del mismo y propugnaba por su sustitución⁶. Sin embargo, este sistema de elección se ha mantenido en lo esencial invariable desde entonces con algunas reformas menores. El PP nunca ha abandonado su oposición programática a dicho modelo, lo que, junto con la oposición de las principales asociaciones de jueces, ha servido para mantener vivo el debate político y social. Pero en la práctica los dos grandes partidos han ido renovando el Consejo, a través del sistema vigente: elección de los veinte miembros por 3/5 del Congreso y del Senado, ni se ha planteado una reforma legislativa para cambiar el sistema de elección⁷ o vuelta al modelo inicial de 1980: 12 vocales jueces elegidos por los propios jueces y magistrados, y 8 juristas elegidos la mitad por cada Cámara de las Cortes por mayoría de 3/5.

La preocupación europea y su llamada de atención más contundente sobre el caso español tiene lugar en un contexto en que la Unión Europea y el Consejo de Europa siguen muy atentos la erosión de la independencia judicial y de los contrapoderes constitucionales en general en Estados del centro y este de Europa, cuyos gobiernos acostumbra a ser calificados

⁶ FJ 13: “Ciertamente, se corre el riesgo de frustrar la finalidad señalada de la Norma constitucional si las Cámaras, a la hora de efectuar sus propuestas, olvidan el objetivo perseguido y, actuando con criterios admisibles en otros terrenos, pero no en éste, atiendan sólo a la división de fuerzas existente en su propio seno y distribuyen los puestos a cubrir entre los distintos partidos, en proporción a la fuerza parlamentaria de éstos. La lógica del Estado de partidos empuja a actuaciones de este género, pero esa misma lógica obliga a mantener al margen de la lucha de partidos ciertos ámbitos de poder y entre ellos, y señaladamente, el Poder Judicial. La existencia y aun la probabilidad de ese riesgo, creado por un precepto que hace posible, aunque no necesaria, una actuación contraria al espíritu de la Norma constitucional, parece aconsejar su sustitución, pero no es fundamento bastante para declarar su invalidez, ya que es doctrina constante de este Tribunal que la validez de la ley ha de ser preservada cuando su texto no impide una interpretación adecuada a la Constitución. Ocurriendo así en el presente caso, pues el precepto impugnado es susceptible de una interpretación conforme a la Constitución y no impone necesariamente actuaciones contrarias a ella, procede declarar que ese precepto no es contrario a la Constitución.”

⁷ Salvo un conato de reforma, anunciado por el ministro de Justicia Alberto Ruíz Gallardón, el 22 de diciembre de 2011, en su discurso de toma de posesión al inicio de la X Legislatura, en la que el PP contaba con mayoría absoluta, y que dio lugar al Acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de marzo de 2012, para la creación de una Comisión institucional para la reforma de la LOPJ (Resolución de 8 de marzo, publicada en el BOE de 13 de marzo de 2012), pero que no tuvo ningún efecto en lo relativo al cambio del sistema de elección del CGPJ.

como populistas (Polonia y Hungría), y en el último caso, su primer ministro Victor Orbán tiene a gala calificar como “democracia iliberal” su modelo constitucional⁸.

Ante esta situación, parece oportuno indagar en la doctrina de la Comisión de Venecia sobre la independencia judicial, situándola en el marco del respeto al Estado de Derecho. La Comisión para la Democracia a través del Derecho (nombre oficial de la Comisión de Venecia) es un órgano consultivo del Consejo de Europa para asuntos relacionados con la democracia, el Estado de Derecho y los derechos humanos, pilares básicos de dicha organización internacional. La Comisión ha cumplido ya treinta años desde que fue creada en 1990 en el contexto de la caída del Muro de Berlín y sirvió entonces para asesorar sobre las reformas constitucionales y legislativas de los Estados del Este de Europa que permitieran una transición a la democracia pluralista y constitucional. A lo largo de estos años la cuestión de la independencia judicial y la composición de su órgano de gobierno ha sido un asunto prácticamente constante en los informes y opiniones emitidos por la Comisión de Venecia. Baste ver como en las dos últimas sesiones plenarias (octubre y diciembre de 2021) ha estado presente en relación con dos opiniones urgentes sobre la reforma constitucional en Serbia (CDL-AD(2021)032 y CDL-AD(2021)019rev). Dicha reforma tiene que ver con la candidatura de Serbia a la Unión Europea y a la necesaria adaptación del ordenamiento jurídico serbio a los principios de la Unión (resumidos en el art. 2 TUE). Parecida situación se ha producido anteriormente con otros Estados candidatos, que ha obligado a emprender reformas institucionales en dichos países, y en particular de su sistema judicial, con la creación de un Consejo Judicial. En cambio, no ha habido hasta ahora ningún pronunciamiento de la Comisión de Venecia sobre el CGPJ en España.

La Comisión de Venecia no es el único órgano del Consejo de Europa que se ha ocupado de la independencia judicial y su garantía a través de un Consejo Judicial. También lo han hecho el Comité de Ministros, el Grupo Anticorrupción GRECO o el Consejo Consultivo de Jueces Europeos. Últimamente la Unión Europea se ha sumado a estas intervenciones, en el contexto del reforzamiento y supervisión del Estado de Derecho en los Estados miembros y, al hacerlo, ha hecho suyos los criterios fijados por el Consejo de Europa.

⁸ Sobre la erosión constitucional ver T. Gisburg and A.Z. Huq, *How to save a Constitutional Democracy*, Chicago U. Press, 2018, especialmente pp. 43-45. En relación con el caso español, ver recientemente N. González Campaña, “Constitutional erosion in Spain: from the Catalan proIndependence crisis to the (intended) judiciary reforms”, en J.M. Castellà y M.A. Simonelli (eds.), *Populism and contemporary democracy in Europe: old problems and new challenges*, Palgrave, 2022 (en prensa).

II. RENOVADA ATENCIÓN CONSTITUCIONAL POR EL ESTADO DE DERECHO Y APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE ESTADO DE DERECHO DE LA COMISIÓN DE VENECIA

La atención al Estado de Derecho en los últimos años contrasta con el menor estudio doctrinal y político de los años previos. El Estado de Derecho define la forma de Estado de forma expresa ya desde el constitucionalismo de la II postguerra (arts. 20.3 y 28 Ley Fundamental de Bonn, aunque a diferencia del segundo relativo a los *Länder*, el art. 20.1 no lo incluye en la definición de la forma de Estado) y de los años setenta (“Estado social y democrático de Derecho” en el art. 1.1 CE, “Consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular” en el Preámbulo). En tales constituciones se trataba de un elemento no cuestionado, por lo que se le prestó menor atención que a los principios del Estado democrático (legitimación del poder) y del Estado social (tareas y fines del Estado): su contenido y alcance era indiscutido en términos teóricos y políticos en el constitucionalismo liberal-democrático, racional-normativo y de consenso, por más que la lucha contra las inmunidades del poder nunca sea una tarea culminada del todo.

Sin embargo, en los últimos tiempos, las amenazas populista y neautoritaria en diversos Estados europeos o de otros continentes afecta frontalmente al Estado de Derecho y la democracia constitucional y, en particular, a la separación de poderes y a la independencia judicial. Por ello se ha vuelto a poner el foco teórico y político en la necesaria defensa del Estado de Derecho. Así pues, su cuestionamiento y descuido ha provocado que se instale en el primer plano de la preocupación de organizaciones supra e internacionales como la UE o el Consejo de Europa y del debate académico y en la opinión pública⁹. En el caso del Tratado de la Unión Europea, el art. 2 menciona el Estado de Derecho como uno de los valores que fundan la UE. Y en el Estatuto del Consejo de Europa, desde el preámbulo se menciona el “Imperio del Derecho” como uno de los principios sobre los que se funda toda “auténtica democracia”.

Por lo que respecta a la UE, cabe destacar que en 2014 la Comisión Europea aprobó la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo “Un nuevo marco de la UE para reforzar el Estado de Derecho”

⁹ La publicación del *Rule of Law Index* por el *World Justice Forum* desde 2015 muestra esta atención. En este ranking se analizan 44 ítems agrupados en 8 grandes secciones. En ellos se observan tanto elementos normativos como empíricos (corrupción), y suponen una visión más amplia de Estado de Derecho que la comúnmente considerada por la doctrina constitucionalista o en documentos internacionales como los que se citan en el texto (por ej. la participación cívica o los derechos laborales).

Ver el de 2021 en <https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/global/2021/>

(COM(2014)158. Dicho documento comienza señalando, a modo de declaración de principios, que “[e]l Estado de Derecho es la columna vertebral de toda democracia constitucional moderna” y se justifica la aprobación del documento para los casos en que exista “una amenaza sistémica” en los Estados, la cual afecta también a la UE como “espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores”, lo que habilita a la UE a actuar para proteger el Estado de Derecho “como valor común de la Unión” (p. 5). Se emplean no solo aspectos formales sino también sustantivos para la definición del Estado de Derecho (p. 4). La misma Comunicación cita expresamente al Consejo de Europa y la Comisión de Venecia a la que se “recabará el asesoramiento” (p. 10). Últimamente, es sabido que la UE ha ligado el pago de los fondos europeos al cumplimiento del Estado de Derecho con el Reglamento 2020/2092, del PE y del Consejo, de 16 de diciembre de 2020.

Como ha subrayado Paloma Biglino, la Unión Europea y la Comisión de Venecia hablan con diferentes voces, más diplomática y técnica la primera, más política la segunda, en relación con el Estado de Derecho, pero ambas coinciden en subrayar la importancia del mismo¹⁰. Así, la Comisión de Venecia ha dedicado dos estudios generales de gran relevancia al Estado de Derecho, como síntesis de tradiciones distintas (la anglosajona, la germánica y la francesa), uno de 2011 y el *Checklist* o criterios de verificación de 2016¹¹. En ellos la Comisión adopta, por un lado, un criterio sustantivo y no formal de Estado de Derecho, por considerarlo insuficiente. El *Rule of law* no es simplemente la existencia de un ordenamiento jurídico o “*Rule by law*” sino el imperio de la ley, lo que es inseparable de la defensa de unos valores sustantivos ligados a la separación de poderes y a la garantía de los derechos fundamentales, como Elías Díaz ya tuvo ocasión de mostrar ante la concepción positivista de Kelsen y ante las consideraciones efectuadas desde el franquismo sobre la vigencia del Estado de Derecho en España, a finales de los cincuenta, obra de las leyes administrativas aprobadas¹². Se asume, por otro lado, el Estado constitucional de Derecho frente al Estado legal de Derecho

¹⁰ P. Biglino Campos, “La Comisión de Venecia y el patrimonio constitucional común”, *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 28, 2018, p. 21.

¹¹ *Report on the Rule of Law* (CDL-AD(2011)003) y *Rule of Law Checklist* (CDL-AD(2016)007). Existe traducción al español de este último documento.

¹² E. Díaz, “Introducción”, a *Estado de Derecho y Sociedad democrática*, Cuadernos para el Diálogo, Madrid, 1975: “No todo Estado es Estado de Derecho; la existencia de un orden jurídico, de un sistema de legalidad, no autoriza a hablar sin más de un Estado de Derecho...” Cfr. H. Kelsen, *Teoría General del Estado*, Ed. Nacional, México DF, 1983, p. 57: “...desde el punto de vista del positivismo jurídico, todo Estado es una Estado de Derecho, en el sentido de que todos los actos estatales son actos jurídicos, porque y en tanto que realizan un orden que ha de ser calificado de jurídico.”. Nos ocupamos del origen y evolución del concepto así como de sus elementos configuradores, de forma exten-

del s. XIX. Así, el Estado de Derecho entronca con la democracia constitucional, con la constitución como norma suprema y la legitimación democrática del poder.

De este modo, el Estado de Derecho cuenta, como principales elementos configuradores, según sintetiza la Comisión de Venecia en el *Checklist* o criterios de verificación del Estado de Derecho de 2016: “(1) Legalidad, que incluye un proceso democrático transparente y políticamente responsable de la formación de la ley; (2) Certeza jurídica; (3) Interdicción de la arbitrariedad; (4) Acceso a la justicia ante tribunales independientes e imparciales, incluyendo la impugnación judicial de los actos administrativos; (5) Respeto de los derechos humanos; y, (6) No discriminación arbitraria y la igualdad ante la ley” (pár. 18).

El *Checklist* recuerda asimismo la vinculación del Estado de Derecho con la democracia y los derechos humanos (pilares del Consejo de Europa): “El Estado de Derecho se preocupa de la limitación y de la revisión independiente del ejercicio de los poderes públicos. El Estado de Derecho promueve de este modo la democracia al establecer mecanismo de control y responsabilidad del poder público que tiendan a la salvaguarda de los derechos fundamentales, la protección de las minorías frente a la tiranía de las mayorías.” (pár. 33).

La Comisión de Venecia se ha referido a la observancia del Estado de Derecho en múltiples contextos, entre los que merecen citarse por su relevancia objetiva y/o actualidad, el cambio y la reforma constitucionales (como en el caso de la convocatoria de Asamblea Constituyente en Venezuela¹³), o la secesión de un territorio y el referéndum para alcanzarla¹⁴, esto es, incluso en los momentos de invocación máxima al principio democrático; o en relación con los Estados de emergencia¹⁵. Entre tales temas está también la independencia del poder judicial.

sa, en J.M. Castellà Andreu, “Tema 4. El Estado de Derecho”, en M.A. Aparicio Pérez (dir.), *Temas de Derecho Constitucional*, Cedecs, Barcelona, 1998.

¹³ CDL-AD(2017)024: “*the constitutional procedure to renegotiate the foundational pact should establish mechanisms to guarantee that such renegotiation takes place within the boundaries of democracy and the rule of law*”, pár. 15.

¹⁴ *Revised Guidelines on the holding of referendums* (CDL-AD(2020)031: el referéndum “*can also address territorial issues, such as the creation or merger of subnational entities as well as secession, in the rare cases here it is allowed by the national Constitution.*”, pár. 13. Las *Guidelines* incluyen el principio de Estado de Derecho en relación con todo referéndum, p. 10.

¹⁵ Cfr. *Respect for democracy, human rights and rule of law during States of Emergency. Reflexions* (CDL-PI(2020)005: “*even in a state of public emergency the fundamental principle of the rule of law must prevail*”, pár. 9.

III. INDEPENDENCIA JUDICIAL, CON PARTICULAR ATENCIÓN AL ÓRGANO DE GOBIERNO DEL PODER JUDICIAL

En la Comunicación de la Comisión Europea sobre un nuevo marco de la UE para reforzar el Estado de Derecho de 2014 se incluye, entre los principios que caracterizan al Estado de Derecho, “unos tribunales independientes e imparciales” (p. 4). En efecto, la independencia judicial aparece como un elemento fundamental del Estado de Derecho.

También el Consejo de Europa, a través de distintos órganos, se ha referido a esta cuestión en numerosas ocasiones. Baste ahora recordar la recomendación del Consejo de Ministros (CM/Rec(2010)12), que establece que “*not less than half the members of such councils should be judges chosen by their peers from all levels of the judiciary and with respect for pluralism inside the judiciary*” (pár. 27).

La Comisión de Venecia ha abordado en números informes la independencia del poder judicial. Lo hace siempre en el contexto de la protección del Estado de Derecho. Como ya se ha recordado, en los criterios de verificación del Estado de Derecho de 2016 sitúa, entre los “*core elements*”, el acceso a la justicia ante tribunales independientes e imparciales (pár. 18). La Comisión vincula el Estado de Derecho a la separación de poderes o sistema de *checks and balances* y al control de los actos de los demás poderes: “[I]a distribución de poderes entre las distintas instituciones del Estado también tiene la capacidad de afectar el contexto en el cual este “checklist” es considerado. Debe ser correctamente ajustado a través de un sistema de frenos y contrapesos. La constitucionalidad y legalidad de los actos del legislador y del poder ejecutivo deben poder ser revisados por tribunales imparciales e independientes. Un buen sistema judicial, cuyas decisiones sean debidamente implementadas, es de fundamental importancia para el mantenimiento y protección del Estado de Derecho.” (pár. 39). Y más adelante añade, precisando el sentido de la independencia: “La independencia significa que la judicatura se encuentre libre por presiones externas, y que no se encuentre sujeta a influencias políticas o manipulaciones de ningún tipo, en particular de parte del poder ejecutivo. Este requerimiento es una parte integral del principio democrático fundamental de separación de poderes. Los jueces no deben estar sujetos a la influencia o manipulación política.” (pár 74). De este modo, se advierte la relación medio-fin entre el principio de independencia judicial y el Estado de Derecho y la separación de poderes. También de la garantía de los derechos, como a continuación se verá.

La Comisión de Venecia ha adoptado una visión amplia de la independencia judicial en su *Report on the Independence of the Judicial system. Part I: the Independence of the judges* (CDL-AD(2010)004. Al hablar de independencia judicial podemos distinguir dos grandes perspectivas: la

independencia de cada juez y cada tribunal, por un lado, y la independencia del poder judicial en cuanto tal respecto a los demás poderes del Estado, el Legislativo y “especialmente” el Ejecutivo, por otro (*Rule of Law Checklist*, pág. 86).

El Informe sobre la Independencia judicial de 2010 alude a ambas dimensiones de la independencia judicial y su conexión con la tutela de los derechos de las personas: “La independencia del poder judicial tiene un componente objetivo, como calidad indispensable del sistema judicial como tal, y un componente subjetivo, como el derecho de toda persona a que un juez independiente establezca sus derechos y libertades. Si no existen jueces independientes, los derechos y libertades no pueden aplicarse de una manera correcta y legal. Por lo tanto, la independencia del poder judicial no es un fin en sí mismo. No es un privilegio del que gozarían los jueces a título individual, sino que se justifica por la necesidad de permitir que los jueces cumplan su misión de guardianes de los derechos y las libertades de las personas.” (pág. 6).

La primera dimensión o subjetiva, sobre la que no vamos a entrar en estas páginas, se garantiza a través de múltiples mecanismos que van desde la determinación del estatuto de los jueces a los derechos relacionados con la tutela judicial y el debido proceso, así como las garantías procesales.

La segunda dimensión u objetiva, esto es, la independencia del poder judicial, como poder del Estado, ofrece a su vez varias vías de garantía en derecho comparado, de las que se hace eco la Comisión de Venecia, para sacar importantes consecuencias. En este punto distingue las “viejas democracias” de las “nuevas” (CDL-AD(007)028, *Report on Judicial Appointments*, párs. 44-50, reiterados literalmente en el pág. 31 del Informe sobre la independencia judicial de 2010. Respecto a las viejas democracias o democracias consolidadas, se adopta una posición deferente acerca de las soluciones que siguen, de acuerdo con su “cultura legal y tradiciones”. En estas, el poder ejecutivo suele intervenir –incluso tener “una influencia decisiva”– en los nombramientos de los jueces, pero ello no es óbice para que en la práctica el poder judicial sea independiente, precisamente por las restricciones derivadas de dicha cultura legal y tradiciones (pág. 45).

En cambio, las nuevas democracias, como no han desarrollado estas tradiciones, requieren “previsiones explícitas constitucionales y legales” para prevenir el “abuso político en el nombramiento de los jueces” (pág. 46). Y se añade, en lo que constituye el punto crucial de nuestro interés, que “un método apropiado para garantizar la independencia judicial es el establecimiento de un consejo judicial”, dotado de garantías constitucionales respecto a su composición, atribuciones y autonomía (pág. 48). Esto es, se propugna, primero de todo, la creación de un Consejo judicial, así como una reserva constitucional de los elementos fundamentales del régimen jurídico del Consejo judicial para preservarlo de la decisión mayoritaria del Parlamento.

En el Informe de 2010, la Comisión de Venecia resume su posición sobre la garantía de la independencia judicial a través de los consejos judiciales: “a juicio de la Comisión de Venecia, es apropiado, con el fin de garantizar la independencia del poder judicial, que **un consejo judicial independiente desempeñe un papel determinante en las decisiones** relativas al nombramiento y a la carrera de los jueces. Debido a la riqueza de la cultura jurídica en Europa, que es valiosísima y debe conservarse, no existe un modelo único aplicable a todos los países. **Al tiempo que respeta la diversidad de sistemas jurídicos existentes, la Comisión de Venecia recomienda a los Estados que aún no lo han hecho que contemplen la posibilidad de crear un consejo judicial independiente o un organismo similar. En todos los casos, la composición de este consejo debería tener un carácter pluralista, ya que los jueces representan una parte importante, si no la mayoría, de sus miembros. Salvo los miembros ex officio, estos jueces deberían ser elegidos o nombrados por sus homólogos.**”¹⁶.

De los párrafos reproducidos o resumidos hasta aquí y de las consideraciones efectuadas en múltiples opiniones e informes de la Comisión con posterioridad se puede deducir la posición de la Comisión de Venecia sobre dichos consejos judiciales. De entrada, la Comisión opta, como regla general, por la instauración del conocido como “modelo mediterráneo” de gobierno judicial, el cual fue instaurado en el constitucionalismo de la postguerra en Francia (1946) e Italia (1947) y posteriormente en la V República francesa, en las constituciones de los setenta (caso de España) y de allí tanto en los Estados del centro y el este de Europa como en algunos iberoamericanos (como Argentina o Perú). Existen diferencias notables entre los distintos casos en cuanto a la composición y funciones, pero la Comisión de Venecia las sintetiza en algunas características fundamentales. Aunque al principio la Comisión de Venecia es cauta a la hora de proponer dicho modelo (“respeta la diversidad de sistemas jurídicos existentes”, “recomienda”, “a los Estados que aún no lo han hecho”...), con el tiempo la opción por este modelo se vuelve más clara y precisa. Es uno de los casos en que se demuestra como la Comisión de Venecia adopta un determinado criterio de política constitucional¹⁷.

Aunque en el Informe sobre la independencia judicial de 2010 se aluda literalmente a “órganos consultivos” (*consultative bodies*), las atribuciones que se les encomiendan son de gobierno y administración y obviamente no

¹⁶ Cursiva en el original. Traducción no oficial al español, pero es la que consta en la misma pág. Web de la Comisión de Venecia. Lo mismo en relación con otros documentos cuyos fragmentos aparecen traducidos en estas páginas.

¹⁷ S. Bartole, *The internationalization of Constitutional Law. A view from the Venice Commission*, Hart, Oxford, 2020, p. 74 ss

jurisdiccionales. Así, identificando el núcleo de ellas, señala que “[d]icho Consejo debería tener una influencia decisiva en el nombramiento y la promoción de los jueces y en las medidas disciplinarias contra ellos” (pár. 31, en el que reproduce el pár. 49 del Informe de 2007 citado).

Respecto a la composición y elección de sus miembros, la Comisión de Venecia aboga por una composición mixta entre jueces y juristas, así como por una elección doble, en la que intervienen los propios jueces y el Parlamento, como es rasgo característico del modelo mediterráneo. Con ello se trata de evitar tanto el corporativismo –que resultaría de una elección solo entre los jueces del Poder judicial- como la politización –de elegir a todos sus miembros el Parlamento. De este modo, con esta “composición pluralista” se garantiza a la vez la independencia del órgano, competencia técnica y legitimidad democrática: “[p]ara dotarlo de legitimidad democrática, otros miembros deberían ser elegidos por el Parlamento entre las personas que tengan las competencias jurídicas apropiadas.” (pár. 50, Informe de 2010).

La Comisión da un paso más al precisar la proporción de miembros elegidos por los jueces y por el Parlamento: “Una parte importante o la mayoría de los miembros del Consejo Judicial debería ser elegida por el poder judicial propiamente dicho.” (pár. 50). También aparece a veces “al menos la mitad” elegidos por los pares (por ej. en la *Opinion on the draft Act to amend and supplement the Constitution (in the field of Judiciary) of the Republic of Bulgaria* CDL-AD(2015)022, pár. 39)¹⁸. Además, no pocos estados prevén que formen parte del Consejo Judicial algunos miembros por razón del cargo que ostentan (como presidentes del Tribunal Supremo u otros). En tal caso, la Comisión no cuenta tales miembros dentro de los elegidos por los propios jueces.

Con posterioridad, sucesivos informes y opiniones, concretarán los criterios de elección por el Parlamento y las mayorías cualificadas requeridas, así como establecerán mecanismos antibloqueo, para el caso de que la oposición impida el nombramiento en plazo de los miembros del Consejo Judicial.

En relación con la elección de los miembros del Consejo Judicial por el Parlamento, la Comisión de Venecia aboga por lo que podríamos denominar “desgubernamentalizar” el Consejo. Esto es, dejarlo fuera del alcance de la mayoría de turno. Ello es distinto en sentido estricto de despolitizar el Consejo, para lo que sirve que una parte sustancial del mismo no sea elegida por el Parlamento. Esta distinción entre desgubernamentalizar y despolitizar no queda clara en los términos utilizados por la Comisión. Así, el Informe

¹⁸ En el mismo sentido, ver, entre otros, el Informe *Parameters on the Relationship between the Parliamentary Majority and the Opposition in a Democracy: a checklist* (CDL-AD(2019)015, nota 94. Se recoge de este modo lo dispuesto por la Recomendación del Consejo de Ministros del Consejo de Europa de 2010, citado.

Parameters on the Relationship between the Parliamentary Majority and the Opposition in a Democracy: a checklist (CDL-AD(2019)015), en el contexto de la participación de la oposición en el nombramiento de ciertos cargos, habla de “despolitizar” para referirse al procedimiento de selección basado en “el consenso entre partidos” (pár. 139). Con la desgubernamentalización o o desapoderamiento de la mayoría de la capacidad de elección de los miembros del Consejo, se pretende alcanzar el objetivo de la “neutralidad política” de estos cargos. Ello, a través de varios mecanismos, el más “evidente” de los cuales es la exigencia de mayoría cualificada para la elección (pár. 141), la cual variará según el contexto político de cada país.

Con carácter general se indica que una mayoría de 2/3 es la adecuada¹⁹. El propósito de la exigencia de una mayoría cualificada es claro: “el sistema de nombramientos a un órgano colegiado debe garantizar que sus miembros sean nombrados sobre la base de un compromiso razonable entre las diversas fuerzas políticas y otras partes interesadas, o sobre la base de una representación proporcional.” (CDL-AD(2019)015, pár. 143). Sin embargo, si el bloque de la mayoría tiene la mayoría cualificada requerida, entonces el criterio no basta ya que en tal caso “la regla de la mayoría cualificada coadyuvaría a cimentar la influencia de la mayoría gobernante actual” (pár. 142). Ante este riesgo, se mencionan otros mecanismos que procuren el “compromiso razonable entre las diversas fuerzas políticas”: el reparto proporcional entre los distintos grupos de la mayoría y la oposición, o que la oposición pueda controlar hasta cierto punto el proceso de selección de candidatos (pár. 143).

Otro criterio que sirve para despolitizar el órgano es que los miembros que elija el Parlamento sean “*legal professionals*”, aunque reconoce que en algunos sistemas pueden ser parlamentarios (CDL-AD(2007)028, pár. 31).

La elección de “*lay members*” o miembros no jueces por el Parlamento, como hemos visto, trata de evitar el corporativismo de los jueces: “*the risk that the Judicial Council become a self-regulatory body of the judiciary*”. Para ello, en algunas regulaciones, como la de Montenegro, se prevé que el presidente del Consejo sea elegido por miembros no jueces (art. 127 Constitución) o que las comisiones disciplinarias sean presididas por alguno de estos miembros (*Opinion on the draft law on the Judicial Council and Judges of Montenegro*, CDL-AD(2018)015, pár. 22). Se sigue en esto último el ejemplo francés.

La Comisión de Venecia presta particular atención al riesgo de bloqueo en el nombramiento de los miembros del Consejo por el Parlamento de no

¹⁹ Así, entre muchas, en la *Opinion on the Draft Amendments to the Organic Law on Courts of General Jurisdiction of Georgia* (CDL-AD(2013)007, párs. 52-53); *Bulgaria - Opinion on the Judicial System Act*, (CDL-AD(2017)018, pár. 16).

alcanzarse la mayoría cualificada requerida para ello, sea por parte de la oposición o de la mayoría de gobierno, que no alcance la mayoría cualificada. La Comisión exige que en correspondencia con la protección de las minorías del Parlamento que entraña la exigencia de mayoría cualificada, aquellas deben actuar con responsabilidad y lealtad al sistema, lo que es una “obligación moral”.

Los mecanismos antibloqueo tratan de “disuadir a la oposición de comportarse irresponsablemente”, pero sin dar a la mayoría oportunidades “con propuestas imposibles que lleven a la necesidad de aplicar tales mecanismos” (*Opinion on the draft law on the Judicial Council and Judges of Montenegro*, CDL-AD(2018)015, párs. 11-15). Ello puede provocar, además, la parálisis de la institución, sobre todo cuando se reducen las funciones del órgano en funciones o prórroga. Se proponen diferentes mecanismos para evitar el bloqueo, desaconsejando otras. Así, estas no deberían consistir en reducir la mayoría cualificada requerida, pues en tal caso se estaría desincentivando la búsqueda de compromiso político y así se vacía de sentido a la razón de ser de tal exigencia: “[e]n un Estado constitucional, la democracia no puede ser reducida a la regla de la mayoría, sino acompañarse asimismo con medidas de garantía de la oposición” (*Ibidem*, pár. 18). En el caso de Montenegro, se admite bajar de 2/3 a 3/5 la mayoría requerida pero no una mayoría absoluta de todos los miembros de la Cámara, porque supone un desincentivo, para la mayoría, a lograr un acuerdo en la primera votación (CDL-AD(2013)028, párs. 5-8, 12)²⁰.

Resultan “preferibles” otro tipo de soluciones como la intervención del presidente de la República o la propuesta de candidatos por órganos neutrales (*Opinion on the draft Act to amend and supplement the Constitution (in the field of Judiciary) of the Republic of Bulgaria* CDL-AD(2015)022, párs. 46-51).

Últimamente, la Comisión de Venecia ha vuelto en dos opiniones de 2021, sobre la reforma constitucional en Serbia, a abordar la composición y elección de los consejos judiciales con ocasión de un proyecto de reforma constitucional en Serbia que afecta, entre otros, al High Judicial Council (art. 151 de la Constitución). Como “diálogo” entre la Comisión y las autoridades serbias, tras la emisión de la primera opinión, las citadas autoridades aceptaron algunas recomendaciones y otras no, lo que dio lugar a una segunda opinión. Esta reforma hay que situarla en el contexto de las negociaciones para el ingreso en la UE. Veámoslo más detenidamente.

En la propuesta de reforma se apunta un Consejo formado por 11 miembros: 6 jueces elegidos por sus pares y 5 por la Asamblea Nacional entre

²⁰ Ello se repite en muchas opiniones: por ej. para Albania (CDL-INF(1998)009, pár 19); o para Polonia (CDL-AD(2017)031, párs. 21-22).

prominentes juristas con 10 años de antigüedad. Alternativamente, una segunda propuesta establece, en lugar de 6 miembros elegidos por los jueces, 5 más el Presidente del Tribunal Supremo. Esto último significaría que menos de la mitad de los miembros del Consejo serían jueces, en el sentido de elegidos por sus pares, ya que el Presidente del Tribunal Supremo es elegido por la Asamblea Nacional. La Comisión de Venecia opta, en la primera opinión, por la primera opción y concluye sobre la segunda alternativa que: “This is not to be recommended, even if the Venice Commission is of the view that the National Assembly should not be excluded from the appointment procedure for members of the HJC nor that the President of the Supreme Court would be a member. GRECO goes even further in this respect; in its fourth evaluation round (corruption prevention in respect of members of parliament, judges and prosecutors) adopted on 29 October 2020, in its Recommendation iv. *It provides that: “(i) changing the composition of the High Judicial Council, in particular by excluding the National Assembly from the election of its members, providing that at least half its members are judges elected by their peers and abolishing the ex officio membership of representatives of the executive and legislative powers; [...]”*” (CDL-AD(2021)032, p. 66, destacado en el original). Se vislumbra aquí un criterio no del todo idéntico con el de GRECO, como luego se verá. Ante estas consideraciones de la primera opinión de la Comisión de Venecia, las autoridades serbias proponen introducir un tercer criterio alternativo, en lugar del segundo que había sido rechazado por la Comisión: de los 11 miembros del Consejo, 6 elegidos por jueces, 4 por la Asamblea y el Presidente del Tribunal Supremo. La Comisión, en la segunda opinión, considera que esta tercera opción cumple con los requisitos de la Recomendación del Comité de Ministros citada (CDL-AD(2021)19rev, p. 22).

Respecto a los cinco miembros de elección parlamentaria, la propuesta de reforma constitucional incluye el procedimiento de elección: competencia pública, *short list* o selección de 10 candidatos por la Comisión parlamentaria correspondiente con un criterio de “amplia representación”, y elección definitiva por la Asamblea Nacional por 2/3. En caso de no alcanzar este quorum todos o alguno de los cinco miembros, se prevé un mecanismo subsidiario antibloqueo, también objeto de comentario por parte de la Comisión. Se trata de dejar la elección a una comisión especial formada por los presidentes de la Asamblea Nacional, del Tribunal Constitucional, del Tribunal Supremo, el Fiscal General y el Defensor del Pueblo, por mayoría simple de ellos. La Comisión considera que debería exigirse un mayor consenso en esta comisión tan reducida (CDL-AD(2021)032, p. 70).

Finalmente, en el contexto serbio, con un bloque o partido dominante que alcanza los dos tercios de la Asamblea, la Comisión considera insuficiente el requisito de 10 años de experiencia de los juristas y sugiere que se

introduzcan requisitos de inelegibilidad para conseguir una mayor distancia de los elegidos respecto a los partidos, para que sean políticamente más neutrales y eviten conflictos de intereses (CDL-AD(2021)032, p^{ar}. 69). En la segunda opinión de la Comisión de Venecia, tras la respuesta de las autoridades serbias a lo indicado en la primera, la Comisión de Venecia considera sustancialmente cumplida la recomendación con la inclusión de la prohibición de militancia de los miembros del Consejo en partidos, así como la remisión a la ley orgánica correspondiente de otras medidas de inelegibilidad (CDL-AD(2021)19rev, párs. 24 y 25). Y con respecto al mantenimiento de los cinco miembros de la Comisión especial, la Comisión señala que no es contrario a los estándares europeos pero sugiere que se utilicen mecanismos antibloqueo que se perciban como más neutrales políticamente: “17...*as four out of the five members of this commission are currently elected by the National Assembly (and not all with a qualified majority), for the Commission it is not impossible that the proposed antideadlock mechanism might “lead to politicized appointments”, at least until such time as these constitutional amendments enter into force and produce their effects (for example, the President of the Supreme Court will no longer be elected by parliament, and the Prosecutor General will be elected with a qualified majority and will enjoy other guarantees of independence - see para 33 of the October opinion) and the composition of parliament will be more pluralistic.*

18. *The Commission acknowledges that there is no prescriptive or detailed standard as to the composition of such an antideadlock mechanism, and therefore cannot conclude that the proposed mechanism is not in line with international standards and must be changed.*

19. *Nonetheless, the Commission encourages the Serbian authorities to explore the possibilities for an alternative antideadlock mechanism which may alleviate the concern that it may not be, or may be perceived not to be, politically neutral.”* (CDL-AD(2021)019-rev.

Por último, cabe añadir a todo lo anterior la recomendación por la Comisión de Venecia de ciertas medidas adicionales para garantizar mejor la independencia de los consejos judiciales: en primer lugar, una referida al momento de la aprobación de leyes relativas a la composición de los consejos judiciales: la consulta a los propios jueces (como han resaltado tanto GRECO como el Informe de la Comisión Europea sobre el Estado de Derecho en España para 2021). Segunda, con relación al proceso de toma de decisiones dentro de este organismo, el cual “debe organizarse de tal manera que estimule el diálogo interno y el acuerdo de miembros de diferentes procedencias y colores políticos” (CDL-AD(2019)015, p^{ar}. 143). Por último, la Comisión de Venecia, apoya la prórroga de los mandatos de los miembros de estos consejos “*as a tool to preserve the functioning the democratic institutions of the state*” (CDL-AD(2018)015, p^{ar}. 25).

IV. REFLEXIONES FINALES

A lo largo de las páginas anteriores hemos llevado a cabo un acercamiento a la doctrina de la Comisión de Venecia sobre la independencia judicial en el contexto de la preservación del Estado de Derecho, la separación de poderes y la garantía de los derechos. En particular, nos hemos centrado en la composición y elección del Consejo Judicial, como respuesta por la que, con carácter general, aboga la Comisión, sin perjuicio de las particularidades de las viejas democracias. La Comisión de Venecia exige una composición plural de los consejos judiciales, con una mayoría de miembros elegida por los propios jueces y el resto por el Parlamento, con mayorías cualificadas. De este modo se evita tanto el corporativismo como la politización y la gubernamentalización de la institución.

Los criterios ahora resumidos vienen a concretar la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 2010, citada, pero introducen algunos matices respecto a otros órganos del propio Consejo de Europa. Así, el Consejo Consultivo de los Jueces Europeos (CCJE, según las siglas en inglés), ha elaborado varias opiniones, en las que, además de recomendar la previsión de rango constitucional de los principios fundamentales sobre la independencia judicial y de la creación de un órgano independiente del gobierno y la administración para la selección y promoción de los jueces, se indica que *“The Council for the Judiciary can be either composed solely of judges or have a mixed composition of judges and non judges. In both cases, the perception of self-interest, self protection and cronyism must be avoided.”* Y también: *“In the CCJE’s view, such a mixed composition would present the advantages both of avoiding the perception of self-interest, self protection and cronyism and of reflecting the different viewpoints within society, thus providing the judiciary with an additional source of legitimacy. However, even when membership is mixed, the functioning of the Council for the Judiciary shall allow no concession at all to the interplay of parliamentary majorities and pressure from the executive, and be free from any subordination to political party consideration, so that it may safeguard the values and fundamental principles of justice”* (Opinion núm. 10 CCJE, párs. 16 y 19). De este modo, se considera incluso la opción de una composición enteramente judicial. La posición de la Comisión de Venecia, como se ha visto, es más matizada y flexible respecto a la composición del Consejo Judicial, recomendando una composición plural del mismo. Lo mismo ocurre respecto a GRECO, como se ha visto con anterioridad.

Los criterios de la Comisión de Venecia comentados han adquirido una relevancia mayor, en el ámbito de los Estados de la Unión Europea, desde el momento en que la Comisión Europea menciona a dicho órgano consultivo del Consejo de Europa para la determinación de los criterios sobre el Estado

de Derecho cara a la evaluación a llevar a cabo en el marco del Nuevo Marco para reforzar el Estado de Derecho de 2014. Estamos ante un nuevo caso de colaboración entre las dos organizaciones internacionales, y un supuesto evidente de lo que el prof. Sergio Bartole ha denominado la “estrategia de condicionalidad” a la que sirve la Comisión de Venecia para la evaluación de las candidaturas de nuevos miembros a la UE (como el caso de Serbia mencionado más arriba) o para la supervisión del cumplimiento del Estado de Derecho por parte los Estados miembros²¹. De este modo, la influencia de la Comisión de Venecia va más allá de la emisión de criterios meramente consultivos cuya fuerza jurídica reside en la *auctoritas* de la institución, o *soft law*. La relevancia de estos criterios está, por último, en que suponen indicaciones para la mejora del Estado de Derecho y de las democracias constitucionales ante las persistentes amenazas populistas.

V. BIBLIOGRAFIA

- BARTOLE, S. *The internacionalization of Constitutional Law. A view from the Venice Commission*, Hart, Oxford, 2020.
- BIGLINO CAMPOS, P. “La Comisión de Venecia y el patrimonio constitucional común”, *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 28, 2018, p. 21.
- CASTELLÀ ANDREU, J.M. “Tema 4. El Estado de Derecho”, en M.A. Aparicio Pérez (dir.), *Temas de Derecho Constitucional*, Cedecs, Barcelona, 1998.
- DÍAZ, E. “Introducción”, a *Estado de Derecho y Sociedad democrática*, Cuadernos para el Diálogo, Madrid, 1975.
- GISBURG, T. and HUQ, A.Z. *How to save a Constitutional Democracy*, Chicago U. Press, 2018.
- GONZÁLEZ CAMPAÑA, N. “Constitutional erosion in Spain: from the Catalan proIndependence crisis to the (intended) judiciary reforms”, en J.M. Castellà y M.A. Simonelli (eds.), *Populism and contemporary democracy in Europe: old problems and new challenges*, Palgrave, 2022 (en prensa).
- KELSEN, H. *Teoría General del Estado*, Ed. Nacional, México DF, 1983.

²¹ S. Bartole, *The internacionalization of Constitutional Law. A view from the Venice Commission*, cit., p. 74 ss.

DERECHO AL DERECHO. INDEPENDENCIA JUDICIAL
Y EXCLUSIVA DEPENDENCIA A LA LEY
(A propósito de la STEDH Gudmundur Andri Astráðsson c.
Islandia)

*Independence of the justice system.
Rule of Law as Human Right
(Case of Gudmundur Andri Astráðsson c. Islandia)*

Fernando Álvarez-Ossorio Micheo
Profesor Titular de Derecho Constitucional
Universidad de Sevilla

<https://doi.org/10.18543/ed.2495>

Recibido: 29.05.2022

Aceptado: 14.06.2022

Publicado en línea: junio 2022

“No importa lo que digas.
Voy a colgarte porque yo soy la ley
y la ley es el brazo fuerte de la justicia.
¡Coged una cuerda!”
(The life and times of Judge Roy Bean)

Resumen

La independencia judicial como valor y principio del sistema jurídico se reviste de derecho subjetivo para que cualquier ciudadano pueda salir en su defensa. Las afrentas a la independencia de los jueces y magistrados, externas o internas, pueden ser alegadas ante los tribunales sin necesidad de demostrar un daño específico o concreto, es decir, incluso en situaciones en que la actuación de la justicia no haya dado muestras de parcialidad. Este derecho individual a un juez independiente tiene como objeto la protección de la confianza que los ciudadanos han de tener en la justicia, es

decir, la salvaguarda del poder del Estado que se ocupa de garantizar la *indemnidad* del ordenamiento jurídico en el momento de su aplicación frente a presiones ilegítimas. En estas páginas analizaremos, a partir de una sentencia piloto del TEDH, como la independencia judicial es un derecho subjetivo pensado para la defensa del Estado de Derecho.

Palabras clave

Independencia judicial, derecho a un tribunal independiente, Estado de Derecho, imperio de la ley, división de poderes.

Abstract

Judicial independence as a value and principle of the legal system becomes a subjective right so that any citizen can come to its defense. Offenses to the independence of judges and magistrates, external or internal, can be alleged before the courts without the need to demonstrate specific or concrete damage, that is, even in situations in which the actions of the justice system have not shown partiality. This individual right to an independent judge is intended to protect the trust that citizens must have in justice, that is, to safeguard the power of the State that is responsible for guaranteeing the indemnity of the legal system at the time of its application from unlawful pressure. In these pages we will analyze, based on a pilot judgment of the ECHR, how judicial independence is a subjective right designed to defend the rule of law.

Keywords

Judicial independence, right to an independent court, rule of law, Independence of the justice system, separation of powers.

SUMARIO: I. INDEPENDENCIA JUDICIAL: LA DEPENDENCIA EXCLUSIVA DE LA LEY. II. LA INDEPENDENCIA JUDICIAL Y SU SALTO HACIA LOS DERECHOS. III. DISECCIÓN DEL CASO GUDMUNDUR ANDRI ASTRÁDSSON. 1. Los sucesos de Reikiavik. *Tempus regit actum*/el tiempo lo cura todo. 2. La doctrina de Estrasburgo: preeminencia del Derecho y solo jueces para la preeminencia del Derecho. IV. EPÍLOGO: EN DEFENSA DE LA INDEPENDENCIA JUDICIAL. V. BIBLIOGRAFÍA.

I. INDEPENDENCIA JUDICIAL: LA DEPENDENCIA EXCLUSIVA DE LA LEY

Los jueces y magistrados han de ser independientes incluso de sí mismos. Tienen que procurar que, cuando juzguen y hagan ejecutar lo juzgado, no sea su justicia la que quieran impartir y sí, como debe ser, otra distinta que no les pertenece. Sin embargo, demostrar que esto es así, porque ha de serlo, es empresa difícil. Resulta imposible meterse en el vientre de un juez¹ cuando ejerce su tarea de interpretar la norma, de comprender y subsumir los hechos en sus pronunciamientos y de, acto seguido, dictar la resolución que su juicio le marca. ¿Hemos dicho su juicio?, un *lapsus mentis*, disculpen. Las ciencias del comportamiento, la psicología e incluso la psiquiatría entiendo que deberían jugar aquí un papel principal, pero tampoco creo que nada de esto pueda aclararnos mucho². Por eso, para nuestra tranquilidad pública, nos decimos con cierta pompa y solemnidad que todo juez, a la hora de ejercer la función que las vestes de su poder le atribuyen, debe abandonarse y apartarse de su propia voluntad para aplicar la de otro, una voluntad que además puede que no coincida con la suya propia o que incluso esté en sus antípodas. Con todo, cuánto de su propia idea de la justicia pueda de forma callada introducirse en esa toma de decisión es un misterio insondable, un algoritmo oscuro del que desconocemos sus últimas entrañas. Es por eso que recurrimos a las apariencias, a revestir su función jurisdiccional de los atributos y ropajes que los escalan en la posición social, que los apartan del mundo y su ruido. Los jueces son independientes y nada ni nadie debe perturbar su importante quehacer, es lo convenido y lo conveniente.

A los jueces, por su parte, corresponde parecer que lo son, que responden a ese arquetipo funcional y personal. Así, por ejemplo, se enturbia su imagen

¹ Cfr., y oígame Wim Mertems y su banda sonora para la película *El vientre de un arquitecto*, de Peter Greenaway, 1987.

² Es de obligada lectura el ensayo de Simon, D., *La independencia judicial*, Barcelona, Ariel, 1985. Si no concluyo mal, para Simon la independencia judicial es un imposible que, sin embargo, no se puede eludir.

cuando se habla con extraña naturalidad de jueces conservadores o progresistas. Por el contrario, la idea de un juez plenamente consciente de su función nos debe aproximar a la idea moral y ética del juez de virtudes republicanas: un juez que se sale de la melé social y política por propia voluntad para atender como se debe a la que es su misión constitucional y que solo a él le ha sido atribuida. Un juez, pues, que no opina públicamente, que reduce sus derechos fundamentales de participación a la mínima expresión y que solo se pronuncia hacia fuera, hacia la sociedad a la que se debe, cuando dicta una sentencia o emite cualquier otro tipo de resolución en el curso de los procesos que dirige. El juez debe ser independiente y debe perseguir aparentarlo. Hay en esta operación de significarse frente al resto de ciudadanos algo de encumbramiento de los miembros del Poder Judicial, la independencia como germen de una deferencia social hacia quienes tienen depositada en sus manos la función de impartir justicia. Esta veneración puede, sin embargo, ser fuente de malos entendidos. Sin llegar a la idea del juez irresponsable, porque no lo son, sí se puede caer en la tentación de pensar que es al juez y solo al juez al que corresponde hacer justicia desde su propia idea de la misma y nada más lejos está esta idea de lo que *debe ser*.

La independencia que se reclama de los jueces tiene un sentido último y profundo, y este no es otro que el de señalar y poner a resguardo de cualquier presión su auténtica y única dependencia: el sometimiento absoluto de los integrantes del poder judicial a la ley, a la voluntad del legislador³. La indemnidad del derecho es el objetivo único y exclusivo de la función jurisdiccional. Apartando su propia voluntad tanto cuanto sea posible, el juez debe jugar y hacer ejecutar lo juzgado desde el imperio exclusivo de la ley. De ahí que sea tan importante su formación jurídica como su apariencia de quedar al margen de los conflictos sociales. De la antigua justicia del Rey a la moderna justicia en y desde la ley, de la vieja arbitrariedad a la bienvenida razón jurídica, hay un largo trecho histórico cargado de reclamos por parte de una sociedad que se quiere libre y que para conseguirlo implora seguridad jurídica. Una de las ramas en que se trocea el poder del Estado debe configurarse, diseñarse, para que su único cometido sea el de imponer la fuerza del derecho, es decir, la coacción jurídica legítima en aquellas situaciones en que pueda surgir una controversia. La perfección del derecho en su extremo más concreto y real debe quedar libre de cualquier interferencia. Es por eso que resulta aberrante la idea del “juez justo” que reclama de súbito la sogá, pues la justicia es un valor subjetivo y, por lo tanto, de existencia múltiple,

³ Sigo aquí, y muy de cerca, los como siempre excelentes trabajos del profesor Requejo Pagés, J. L., “Dependencias y servidumbres del juez independiente”, REDC, 76, 2006, pp. 75-94. Asimismo, su monografía *Jurisdicción e independencia judicial*, Madrid, CEC, 1989.

habiendo tantas justicias como individuos sean miembros de la comunidad. Lo que debe quererse es un juez de la ley, jueces a esta únicamente sujetos, en exclusividad, y que, jurídicamente formados, sepan interpretarla y aplicarla con el método jurídico adecuado.

Las comunidades de derecho sitúan a las normas como la razón de ser de su convivencia. Normas que en su elaboración, mientras son tramitadas, son permeables a todas las influencias. Con más razón si cabe en las sociedades democráticas avanzadas, pues en estas el pluralismo político y social es la razón dialéctica de las leyes que se aprueben. Pero una vez aprobadas, preñadas como lo han sido del sentido de justicia que la sociedad en ese instante tiene, a quien corresponde aplicarlas y de este modo finalizar su perfeccionamiento, no debe añadir cualquier otra voluntad externa que el legislador pudo bien haber rechazado expresamente, obligándose por tanto a aplicar tan solo la voluntad que emana de la propia norma jurídica, la que ha de emplear en la resolución del caso concreto.

El juez en este sentido republicano del que hablábamos más arriba se construye desde su propio comportamiento⁴, al tiempo que desde el propio ordenamiento jurídico se le pueden acotar la panoplia de derechos de la que son titulares como ciudadanos⁵. En cualquier caso, corresponde a los jueces en gran medida crearse social y políticamente la apariencia de “funcionarios” independientes, devotos de la función constitucional que encarnan. Para esta independencia personal, sin embargo, es difícil pensar en algo más allá de lo expresado, pues se trata de la imagen que el juez dé frente al resto de la sociedad en el combate entre su voluntad personal, su cosmovisión, y la voluntad ajena que debe aplicar cuando ejerza como magistrado e imparta justicia, la que dimana en exclusiva de la ley. Esta concepción de un juez próximo a la virtud republicana lo baja del pedestal en el que pudiéramos haberlo situado. No es su justicia la que aplica, pues su boca tan solo reproduce lo que viene prescrito en la ley aplicable al caso. Cosa distinta es que sea esa propia ley aplicable la que recurra a términos abiertos como por ejemplo el de equidad, pero incluso en este caso es la propia ley la que le pide al juez, y a los demás intérpretes jurídicos implicados en el caso concreto, que sea él el que aporte lo que la ley no quiso concretar y dejó para una valoración en la terminación del proceso normativo, para el momento de aplicación de la norma.

⁴ Oí decir en una ocasión a un antiguo magistrado del Tribunal Constitucional que mientras lo fue no ejerció su derecho de sufragio activo. En la medida en que era juez de la constitucionalidad de la ley no creía oportuno formar parte del proceso electoral que decanta la mayoría política que elaborará las leyes. Sin que su derecho de sufragio estuviese limitado o restringido, su conciencia le pedía mantenerse al margen del juego político.

⁵ Vid., art. 127.1 CE.

Si resulta, sin embargo, más sencillo elucubrar sobre las “dependencias externas” a las que los jueces pueden verse arrastrados indebidamente, interfiriendo de este modo su quehacer jurisdiccional⁶. Por esa misma razón de sencillez no se encuentra dificultad a la hora de bocetar las contramedidas necesarias para que, en el acto de juicio, los titulares de la función jurisdiccional no se vean sometidos a otras voluntades externas distintas a las de las leyes que deben aplicar. Jueces y magistrados, integrantes del Poder Judicial, orgánica, funcional y presupuestariamente independientes del resto de poderes del Estado, este sería fundamentalmente el objetivo a alcanzar en el diseño de un poder integrado por miles de jueces y diseminado por todo el territorio estatal⁷. Influencias externas que, en el imaginario colectivo, tienen al poder ejecutivo como el depredador más insaciable de la independencia que se debe preservar para garantizar la indemnidad del derecho y con él la libertad de la entera comunidad que convive a su través⁸.

Cualquier hilo de presión que pueda existir entre alguno de los poderes del Estado y el poder judicial debe ser disuelto y sus nudos, si quedase algún vestigio, desamarrados. Conviene aquí señalar la profundidad que debe tener la operación de diseño de la arquitectura judicial. Las apariencias aquí cuentan mucho, pues lo que está en juego es un intangible de mucho valor, la confianza que los ciudadanos tienen depositada en la justicia. Una confianza que debe sostenerse en el tiempo y ser sólida si no se quiere incurrir en el desmontaje del propio Estado de Derecho. Una desconfianza al alza en los jueces es el principio de un movimiento giratorio que aumenta la revoluciones de la desafección para con el Estado. De este modo, habrá que pensar que los pilares de la independencia deben comenzar a colocarse desde el principio del montaje jurisdiccional, es decir, desde el momento de nombramiento de los jueces, y deben llegar hasta el instante en que los jueces dejan de serlo. En medio queda toda la vida de un juez y todo lo que a ella es relativo: si puede

⁶ Art. 14.1 LOPJ: “Los Jueces y Magistrados que se consideren inquietados o perturbados en su independencia lo pondrán en conocimiento del Consejo General del Poder Judicial, dando cuenta de los hechos al Juez o Tribunal competente para seguir el procedimiento adecuado, sin perjuicio de practicar por sí mismos las diligencias estrictamente indispensables para asegurar la acción de la justicia y restaurar el orden jurídico”.

⁷ Una idea de la independencia que se alarga como sombra bajo la que cobijarse frente al asalto de los otros poderes que no son del Estado. Pensamos por ejemplo en la prensa, en los medios de comunicación, y en su capacidad para influir en la acción de la justicia.

⁸ Cabe añadir que la capacidad de influencia del poder legislativo no es desdeñable. Piénsese, por ejemplo, en las validaciones legislativas como una forma de burla de los dictados judiciales, por no mencionar las reformas legislativas que afectan directamente al estatuto jurídico de los jueces. Asimismo, debemos hacer mención de los juicios paralelos en prensa (el denominado cuarto poder) y la influencia que estos pueden tener en la función jurisdiccional.

ser removido de su puesto y en qué circunstancias, si puede ser sancionado y en virtud de qué proceso y causa, si puede ser trasladado y por qué razones, y, en fin, cualquier otra circunstancia en la que poderes externos al judicial puedan colocar al juez en una situación de dependencia que pudiera nublar su voluntad de someterse exclusivamente a la voluntad de la ley⁹. Con estos mimbres debe poder armarse un cesto de confianza lo suficientemente denso como para evitar la más mínima duda de interferencia.

“El TEDH ha declarado reiteradamente que, para determinar si un tribunal puede ser calificado de independiente a efectos del artículo 6, apartado 1, del CEDH, debe tenerse en cuenta, en particular, la forma de nombramiento de sus miembros y la duración de su mandato, la existencia de garantías frente a las presiones externas y si el órgano presenta una apariencia de independencia”¹⁰.

La independencia judicial, con este sentido de dependencia exclusiva a la ley y como garantía de la indemnidad del ordenamiento jurídico, es el principio sobre el que van a girar el resto de principios que habitualmente sostienen el entramado judicial y que se reconocen históricamente en las Constituciones nacionales¹¹: “La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por jueces y magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley”, art. 117.1 CE¹². Y a su vez, todos ellos, el principal y los accesorios, en función de una finalidad principal: la vinculación de todos los poderes y todos los ciudadanos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (art. 9.1 CE).

II. LA INDEPENDENCIA JUDICIAL Y SU SALTO HACIA LOS DERECHOS

No hay derechos sin garantía, eso dice la máxima jurídica de forma simplificada. Los derechos pierden toda su juridicidad si no hay juez al que

⁹ Art. 15 LOPJ: “Los Jueces y Magistrados no podrán ser separados, suspendidos, trasladados ni jubilados sino por alguna de las causas y con las garantías previstas en esta Ley”.

¹⁰ Conclusiones del Abogado General E. Tanchev en el caso A.K. (C-585/18) c. Krajowa Rada Sadownictwa, de 27 de junio de 2019, párr. 119.

¹¹ Un principio estructural que se traslada al mundo de los derechos en el marco del derecho internacional: “Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella”, art. 6.1 CEDH.

¹² Art. 117.2 CE: “Los jueces y magistrados no podrán ser separados, suspendidos, trasladados ni jubilados, sino por alguna de las causas y con las garantías previstas en la ley”.

acudir para instar su protección. Solo con juez es posible hablar de derechos. De modo que la tutela judicial y los derechos van de la mano, pues la primera sólo tiene sentido para la defensa de los segundos y estos solo pueden ser tenidos como tales, como verdaderos derechos subjetivos, si hay una instancia que los pueda garantizar llegado el caso. Pero tras lo expresado párrafos arriba, quizás sea demasiado reductor el que se circunscriba la idea de juez al exclusivo mundo de los derechos. Tal vez las cosas cobren su sentido completo si del plural, derechos, pasamos a expresión en singular, derecho. Porque tan verdad como lo anterior es que, en realidad, “no hay derecho sin garantía”, es decir, sin una instancia de poder que diga, con carácter definitivo, cuál es el derecho para cada situación de la realidad. Es decir, una instancia de poder que lo determine y aplique y cuya decisión no pueda ser revisada, por más que se encuentren en ese proceso de determinación del derecho aplicable y sus efectos varias instancias y que incluso estas se contradigan entre sí, pues siempre habrá una última (la jurisprudencia, en este sentido, no es fuente de derecho, sino razón de eficiencia). Y esto es lo importante, que exista una última instancia (suprema) y que tenga además la última palabra, y que nadie la pueda discutir. La creación de la normas es un tracto continuo que concluye con su aplicación a los casos concretos por parte de los jueces y tribunales, siendo estos los últimos en la larga cadena de decisiones de la creación normativa.

La tutela judicial deviene por esta razón y antes que nada un elemento objetivo del propio sistema, pues sin su existencia la producción normativa en el seno de la comunidad jurídica sería un proceso inacabado, carente de todo sentido. Sin un poder que pueda afirmar el derecho aplicable a los casos que así lo requieran de nada servirían los sistemas jurídicos. Un factor este, el de la tutela judicial, que muta en derecho subjetivo con ánimo redundante, pues su existencia es consustancial al propio sistema jurídico. Y además, como se puede colegir, como derecho autónomo, independiente por lo tanto del objeto o causa que se traiga a conocimiento del juez o tribunal. Es el ordenamiento jurídico en toda su extensión el que busca su indemnidad en sede judicial.

Pero si la existencia de un juez para el derecho deviene derecho subjetivo, ese devenir arrastra consigo las características intrínsecas con las que ha de involucrarse a los miembros del poder judicial. Si hay derecho a un juez, que este sea como debe ser. La configuración del poder judicial como poder independiente tanto interna como externamente se comprime dentro del derecho genérico a la tutela judicial en defensa de los derechos y de cualquier otro interés legítimo. Y a la independencia van aparejados los demás elementos que le sirven y que antes hemos señalado. De modo que el derecho al juez se completa con el derecho a un determinado tipo de juez. Un juez partisano o vicario del poder al que se pretende controlar deja de ser juez para

convertirse en brazo armado del poder al que se debe. El derecho es a un juez independiente, lo que es lo mismo que decir al juez que en un Estado de Derecho debe ser.

“Por lo tanto, en el supuesto contemplado en el apartado 160 de la presente sentencia, el órgano jurisdiccional nacional está obligado a garantizar, de acuerdo con sus competencias, la protección jurídica para los justiciables derivada de lo dispuesto en el artículo 47 de la Carta¹³ y en el artículo 9, apartado 1, de la Directiva 2000/78 y a asegurar la plena eficacia de dichos artículos, dejando sin aplicar, en caso necesario, cualquier norma nacional que los contradiga (véase, en este sentido, la sentencia de 17 de abril de 2018, Egenberger, C-414/16, EU:C:2018:257, apartado 79). Pues bien, una disposición nacional que otorgase competencia exclusiva para conocer de un litigio en el que un justiciable alegue, como en el caso de autos, una violación de derechos derivados de normas del Derecho de la Unión a un determinado órgano que no reúna las exigencias de independencia e imparcialidad derivadas del artículo 47 de la Carta privaría al interesado de toda tutela judicial efectiva, en el sentido de este artículo y del artículo 9, apartado 1, de la Directiva 2000/78, y vulneraría el contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 47 de la Carta (véase, por analogía, la sentencia de 29 de julio de 2019, Torubarov, C-556/17, EU:C:2019:626, apartado 72)”, STJUE A.K. (Independencia de la Sala Disciplinaria del Tribunal Supremo), de 19 de noviembre de 2019, ECLI:EU:C:2019:982, apartados 164 y 165.

Como corolario a todo lo dicho, recordaremos lo prevenido en el artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, un artículo que en pocas líneas resume esta idea que engarza el derecho a la tutela judicial con la formulación de la separación de poderes y la sitúa como eje central del nuevo orden constitucional, el origen del Estado moderno: “Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n’est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n’a point de Constitution”¹⁴. La independencia de los jueces y

¹³ Art. 47 CDFUE: Derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial. Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley. Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar. Se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia.

¹⁴ En la misma Declaración se contiene en su art. 6 la idea de la ley, vale decir la del derecho, como fuente legítima y exclusiva de todo el deber ser, la ley como expresión de la voluntad popular a cuya formación los ciudadanos pueden concurrir por sí mismos o por medio de representantes.

magistrados pivota ahora entre lo estructural y lo subjetivo. Los integrantes del poder judicial deben ser independientes y parecerlo, la justicia debe ser hecha y parecerlo y, además, hay derecho, del que todas las personas dependientes de la jurisdicción del Estado son titulares, a que cuando reclamen la aplicación de la ley a una disputa, cuando exijan justicia, quien ejerza esa función jurisdiccional sea un servidor con exclusivo apego a la voluntad del legislador, es decir, que sea impartida por un funcionario o “funcionarios sin jerarquía” cuya única misión sea la de garantizar la indemnidad del ordenamiento.

En lo que sigue trataremos de exponer, a partir de una sola sentencia del TEDH, cómo la protección del derecho a la tutela judicial en esta vertiente estructural, a que la justicia sea impartida por jueces independientes, tiene mucho de defensa objetiva del ordenamiento. Dicho sea con sencillez, lo de menos es quién sea la presunta víctima de la lesión, toda vez que el recurrente pudiera ser cualquier persona cuyo pleito haya sido sustanciado ante el órgano jurisdiccional del que su independencia puede ser cuestionada. Así pues, la consecuencia más importante de haber mutado en derecho subjetivo una característica intrínseca del Estado de Derecho, como es la separación de poderes y la necesaria independencia del poder judicial (incluso en sus formas aparentes), no es otra que la de la transformación de esa acción en defensa de derechos subjetivos en auténtica acción pública en interés del propio sistema jurídico. Las demandas individuales que reclaman la independencia del tribunal que debe impartir justicia en un pleito determinado tienen efectos expansivos, pues sus consecuencias, al desbordar los límites del caso concreto, lo son para la entera configuración del poder judicial. Esta *actio popularis*, con elemento particular que la legitima, en defensa de la independencia del poder judicial, diferencia estos casos de aquellos otros en los que se discute la imparcialidad que, asimismo, se debe presumir de los jueces y magistrados. La imparcialidad responde a la garantía de neutralidad que los jueces deben acreditar y granjearse ante las partes en el proceso. En estos supuestos sí resulta importante saber quién es quién en el concreto juicio y cuáles sean o hayan podido ser sus relaciones con algunos de los intervinientes en el mismo o el conocimiento que sobre el asunto se haya podido tener ex ante de la celebración del proceso, en definitiva, el conjuro frente a los prejuicios extra sistémicos que impliquen una denegación de recta justicia. La cuestión a resolver en los casos de ausencia de imparcialidad se encierra en la propia sala en la que se sustancia el asunto, siendo sus efectos, por consiguiente, limitados, sin afectación para la propia configuración del estatuto judicial. La independencia, por contra, si bien no siempre es así, como venimos diciendo, tiene efectos que van más allá del caso concreto, y esto, como se está pudiendo comprobar en estas fechas¹⁵, hace del

¹⁵ El TEDH ya tiene acumulados varios casos contra Polonia en los que se pone en cuestión el desmontaje del Estado de Derecho por parte del Gobierno y su mayoría parla-

derecho subjetivo a un tribunal independiente un útil muy adecuado para, desde un caso concreto, intentar salvaguardar al Estado democrático de Derecho de su desmontaje por las fuerzas políticas populistas hoy presentes en los gobiernos de los varios Estados europeos.

III. DISECCIÓN DEL CASO GUDMUNDUR ANDRI ASTRÁDSSON

Permítaseme que empiece por el final del caso que va a servir de columna vertebral de las páginas que siguen, por las consecuencias que se derivan de la declaración por parte del TEDH de una violación del derecho a un tribunal independiente y establecido por la ley. El Tribunal de Estrasburgo considera que tal declaración debe llevar al Estado defensor a extraer las conclusiones que se imponen y a tomar las medidas generales necesarias y adecuadas que permitan solucionar los problemas que están en el origen de la constatación de la violación y de esta forma impedir que casos parecidos vuelvan a producirse en el futuro. Asimismo, concluye el Tribunal, la presente sentencia no implica que el Estado se vea en la obligación de reabrir todos los asuntos similares al enjuiciado y sobre los han recaído los efectos de la cosa juzgada, es decir, cuyas sentencias son firmes. Como adelanto, diremos que la independencia en origen, en el momento de nombramiento de los jueces, no implica que los jueces nombrados no hayan impartido recta justicia en los casos de que hayan podido conocer.

La razón de empezar por donde la sentencia termina, más allá de lo que tiene de licencia del autor, no es otra que la de enlazar con todo lo que veníamos diciendo. Cuando lo que se discute es la posible dependencia de los jueces y magistrados de poderes extraños a los de la ley, el Tribunal que así lo declara tiene o debe tener puesta la vista más allá del caso concreto. Las deficiencias sistémicas que puedan salir a la luz tras el estudio de un caso deben preocupar tanto o más que la reposición del demandante en su derecho. De hecho, en el asunto que ahora expondremos, y en virtud del art. 41 CEDH (satisfacción equitativa), el recurrente obtuvo como único resarcimiento la declaración de la violación de su derecho a un tribunal establecido por la ley (art. 6 CEDH), negándosele la satisfacción pecuniaria que solicitaba por daños morales. Así las cosas, la demanda individual del Sr. Goumundur Andri Astraosson fue reconvertida por el TEDH en una acción de naturaleza pública, pues lo que se enjuiciaba era la forma de elección de los miembros

mentaria, desmontaje que ha comenzado por el Poder Judicial. Vid., STEDH Xero Flor w Polsce sp. z o.o. c. Polonia, de 7 de mayo de 2021, un caso donde se pone en cuestión la elección *contra legem* de tres jueces del Tribunal Constitucional. Asimismo, el caso Advance Pharma sp. z o.o c. Polonia, de 3 de febrero de 2022, igualmente sobre el nombramiento de magistrados en la sala civil del Tribunal Supremo.

de las salas que habían de integrar el recién creado Tribunal de Apelación islandés¹⁶, una cuestión de orden general con consecuencias para un abanico amplio de ciudadanos, pero no, mejor dicho, para la defensa del Estado de Derecho. Aún así, no por ello se pierde en ningún momento su carácter de demanda individual en el sentido del art. 34 CEDH, precepto que exige la cualidad de víctima para poder acceder a la jurisdicción de derechos humanos europea.

1. *Los sucesos de Reikiavik. Tempus regit actum/el tiempo lo cura todo*

Los hechos del caso deben ponerse en un contexto de reestructuración del poder judicial en Islandia y que afectaban tanto a su organización como a ciertos problemas de fondo que tenían que ver con la excesiva influencia que el poder ejecutivo ejercía sobre el judicial, concretamente en la fase de selección de los magistrados que deben integrar los tribunales más elevados de la planta judicial. Quedó como hecho probado en la sentencia que comentamos la preocupante desconfianza que los islandeses tenían ante su sistema judicial, así como también las advertencias contenidas en los informes de agencias evaluadoras externas del sistema judicial islandés y los propósitos de enmienda y acciones que el gobierno de la isla había puesto en marcha para limpiar la imagen de la justicia. Distintas leyes, desde 1989, habían tenido como finalidad la de ir reduciendo la influencia del gobierno en la elección de los jueces y magistrados. La creación de una comisión de expertos independiente con competencia para proponer la nómina de jueces candidatos fue el primer paso. Si la nómina de esta comisión de evaluación no era vinculante en principio, una reiterada jurisprudencia obligaba al Ministro responsable que se separase de la misma a dar públicamente las razones de su apartamiento, a motivar su decisión contraria. Tiempo después (2010), una nueva reforma obligaría a solicitar el plácet del Parlamento si el Ministro de Justicia se obstinaba en no asumir la propuesta de la comisión de evaluación. Todas estas reformas, así constaba en los preámbulos de esta diversa legislación, se hacían con el propósito de reforzar la independencia del poder judicial, haciendo en su descargo referencias a distintos instrumentos jurídicos internos y a recomendaciones de fuentes internacionales en lo que concierne al nombramiento de jueces y magistrados. Un procedimiento regular y objetivo

¹⁶ STEDH Gudmundur Andri Astradsson c. Islandia, de 1 de diciembre de 2020, Gran Sala. Un pronunciamiento que la Secretaría de TEDH va a seleccionar como caso faro de ese año por ocuparse de un asunto del que hasta la fecha no había conocido el Tribunal. Mas también es verdad que aunque la distancia que separa Reikiavik de Varsovia es mucha, no se debe desaprovechar la ocasión para trazar puentes que permitan llegar con más rapidez y mayor argumentario al lugar donde el viajero sabe que tendrá que llegar.

para el nombramiento de magistrados era, a decir del Parlamento, una pieza clave para la defensa del Estado de Derecho, para la garantía de los derechos, para la equidad en los procesos judiciales y para proteger el juego de los pesos y contrapesos entre los distintos poderes del Estado.

Con la creación de un nuevo tribunal de apelación mediante ley de 2016, este procedimiento vigente se pone en marcha para elegir a los 15 magistrados que debían integrarlo. La comisión de evaluación, cuya composición, competencia y funcionamiento habían sido regulados mediante decreto ministerial en 2010, activó el procedimiento abriendo un plazo de solicitudes. 33 fueron los candidatos que la Comisión tuvo que evaluar y, como convenido, así lo hizo, con entrevista personal incluida. La comisión de evaluación elaboró un baremo objetivo que, tras el estudio de los méritos de los aspirantes, permitió seleccionar a 15 candidatos que, según dicho baremo, habían obtenido mayor puntuación. Los 18 restantes, habiendo satisfecho todos ellos el mínimo requerido para poder ocupar uno de los puestos vacantes, quedaron como no propuestos, de tal forma que a la entonces Ministra de Justicia se le hizo llegar una lista cerrada y motivada con los 15 candidatos que a juicio de la Comisión reunían mayores méritos. A partir de aquí empiezan las cosas a torcerse.

La Ministra se dirige a la comisión pidiéndole explicaciones sobre lo cerrado que se le daba el asunto, pues no se le dejaba margen alguno de maniobra. Exige la Ministra documentación complementaria y solicita informes a los miembros de su gabinete sobre la posibilidad de apartarse de la propuesta de la comisión. Unos informes que *grosso modo* vienen a indicarle que si el acto de propuesta se alterase, como acto administrativo que es, esa alteración debe ser motivada y que, en el caso de que se modificasen las calificaciones por alteración del baremo, todos los aspirantes deberían ver sus calificaciones aumentadas o minoradas en función de los nuevos criterios empleados en sede ministerial.

La Ministra de Justicia, pese a que trató de justificar su decisión, presentó al Parlamento una lista de candidatos en la que cuatro de los quince propuestos finalmente no procedían de los propuestos inicialmente por la comisión de evaluación. La justificación que se dio, pública y publicada, venía a decir que, a diferencia de la comisión que les otorgó el mismo valor, a juicio del Ministerio de Justicia debía darse mayor peso a la experiencia judicial que a la administrativa, sobre todo teniendo presente la naturaleza de los puestos vacantes. Asimismo se empleó la discriminación entre sexos como argumento para justificar la sustitución. En su favor, y casi como una atenuante, hacía constar el ministerio que todos los aspirantes, los 33, cumplían los requisitos para cubrir las plazas del tribunal de apelación de nueva planta. Lo que no se dijo, porque tampoco podía decirse abiertamente, es que una de las candidatas propuestas en la nómina de la ministra, la jueza A.E., era la esposa

del presidente de la comisión de asuntos constitucionales del Parlamento, Sr. B.N., y que con este diputado la ministra tenía viejos y nuevos favores que saldar¹⁷. Una vez renunciando éste a su puesto de presidente por un obvio conflicto de intereses, la comisión de asuntos constitucionales decide por mayoría dar por válida la propuesta y la redirige al pleno de la asamblea para su aprobación. Por 31 votos contra 30, en una votación en bloque, la propuesta fue aprobada. La mayoría política que sostenía al gobierno no tuvo fisuras, mientras que la oposición no dio ningún voto favorable a la propuesta presentada por la responsable del departamento de justicia. Días después el Presidente de la República firmaría los decretos correspondientes de nombramiento de los jueces electos, dando por bueno el procedimiento actuado, incluida la alteración que de la nómina de candidatos propuestos por la comisión hizo la Ministra de Justicia.

Dos de los jueces excluidos en sede ministerial presentaron recurso ante el tribunal de distrito competente, pero fue el tribunal supremo quién concluiría que la actuación de la Ministra había viciado el procedimiento de elección de los nuevos magistrados. Sin embargo, tal decisión no tuvo mayores consecuencias, los cuatro magistrados que la responsable del departamento de justicia incluyó entre los quince primeros mantuvieron sus cargos, así que solo hubo compensación económica monetaria por el daño moral ocasionado a los candidatos excluidos, en particular, solo a los dos que recurrieron la decisión final.

Al TEDH no llegó el asunto a partir de esta última decisión interna definitiva, sino por vía muy distinta. El recurrente, Sr. Andri, fue acusado de conducir un vehículo a motor sin licencia y bajo los efectos de sustancias psicotrópicas, y condenado en primera instancia (diecisiete meses de prisión y retirada de por vida del permiso de circulación). Planteado recurso ante el nuevo tribunal de apelación, su letrado, solicitó que la jueza A.E. fuese apartada del mismo por considerar que se violaba su derecho a un tribunal independiente y establecido de conformidad con la ley¹⁸. Confirmada la condena e inatendida su demanda de que la jueza en cuestión fuese apartada del proceso, el recurrente instó ante el Tribunal Supremo la nulidad de la sentencia

¹⁷ Según se narra en la sentencia, el recurrente hacía ver que el diputado Sr. B.N. había cedido su puesto de cabecera a la Ministra en la lista electoral de la circunscripción por la que ambos se presentaban. Paradójicamente, ambos eran miembros del partido político denominado “independencia”.

¹⁸ Art. 70 Cis: “Toute personne a droit à un procès équitable et dans un délai raisonnable devant un tribunal indépendant et impartial qui statuera sur ses droits et obligations ou sur toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Les audiences sont publiques, sauf si le juge en décide autrement dans les cas que la loi prévoit en vue d’assurer le respect des bonnes mœurs, de l’ordre public ou de la sécurité de l’État, ou de préserver l’intérêt des parties”.

condenatoria por haber sido dictada, a su entender, por un tribunal ilegalmente conformado y, en consecuencia, por haberse menospreciado de forma flagrante sus derecho a que su causa fuese conocida por un tribunal independiente y establecido por la ley (con expresa invocación de los arts. 59 de la Constitución islandesa¹⁹ y 6 CEDH).

Los argumentos del Tribunal Supremo para rechazar el recurso pueden resumirse de forma simplificada en dos: A) Respecto de las dudas sobre el proceso de elección, el Tribunal Supremo, pese a reiterar la mala praxis de la Ministra de Justicia, vuelve a insistir en que los treinta y tres candidatos reúnan, a juicio de la comisión de evaluación, méritos suficientes para ocupar uno de los puestos vacantes. Si a esta constatación se añade que, según dicho Tribunal, los vicios detectados no eran significativos, la legitimidad de la jueza A.E. para formar parte de la sala no podía ser puesta en cuestión ni por esta razón declararse nulo su nombramiento. B) En la medida en que era una realidad que la jueza A.E. había sido nombrada para un puesto de una duración indeterminada, por el hecho de que, tras su nombramiento, tanto la jueza A.E. como el resto de jueces de Tribunal de Apelación ejercen su función sin que puedan ser removidos de sus puestos (inamovilidad)²⁰, por la obligación constitucional de que los jueces solo estén sometidos al imperio de la ley y por las garantías de independencia que rodean a los miembros del poder judicial, teniendo en cuenta todos estos elementos, no hay fundamento suficiente para dudar de que el recurrente no haya disfrutado de un juicio justo ante un tribunal integrado por jueces independientes e imparciales, “a pesar de las irregularidades detectadas en el procedimiento seguido por la Ministra de Justicia”²¹.

Esta larga exposición de los hechos del caso resulta necesaria para centrar el problema que nos ocupa. Nadie puede negar que el Tribunal Supremo islandés puede tener razón. El Sr. Andri pudo muy bien haber tenido un juicio justo en el amplio sentido de la expresión. También tiene razón el Supremo islandés cuando asevera que nada del caso permite abonar la idea de que los magistrados que conformaban la sala se hayan dejado llevar por otras “fuerzas” distintas a la de la ley aplicable al caso, por presiones externas que hubiesen podido desnaturalizar el ejercicio recto de la función jurisdiccional. Lejos queda

¹⁹ Art. 59 CIs: “L’organisation de la justice relève du seul domaine de la loi”

²⁰ Art. 61 CIs: “Dans l’exercice de leurs fonctions officielles, les juges ne sont guidés que par la loi. Les juges n’exerçant aucune fonction administrative ne peuvent être révoqués que par une décision de justice et ils ne peuvent être mutés contre leur gré, sauf en cas de réorganisation de la justice (...)”.

²¹ STEDH Gudmundur Andri Astradsson c. Islandia, de 1 de diciembre de 2020, Gran Sala, pár. 90, (en adelante, y por economizar, usaremos exclusivamente su primer apellido, Andri).

también, ni siquiera se plantea, el que los jueces hubiesen actuado desde prejuicios que afectasen a su imparcialidad. ¿Entonces, de qué nos estamos ocupando? ¿Qué es lo que nos preocupa? ¿De qué hablamos cuando hablamos de derecho a un tribunal independiente?

2. *La doctrina de Estrasburgo: preeminencia del Derecho y solo jueces para la preeminencia del Derecho*

La independencia de la justicia es un principio estructural del Estado de Derecho que, al reconocerse como derecho subjetivo, como derecho fundamental y humano, otorga a los ciudadanos la potestad de salir en su defensa. No se habla aquí, pues, de un daño concreto y actual en la libertad o patrimonio de la presunta víctima, acabamos de verlo, sino de un daño general al entero sistema jurídico para el que se nos ofrece una acción procesal individual para salir en su defensa. En este caso concreto, así como en los otros muchos que están por venir, el nombre del recurrente y sus circunstancias son un elemento accesorio del decorado. Podría haber sido el Sr. Andri u otro cualquiera el que plantease la grave cuestión. La independencia, tal y como aquí la tratamos, nada tiene que ver con un interés particular, sino colectivo. Pero aún así hay daño personal, legitimación para que los individuos particulares puedan ejercer su acción, pues todos tenemos derecho a que las causas en defensa de nuestros derechos o intereses legítimos sean sustanciadas por tribunales que aparenten, en el sentido más fuerte del término, independencia respecto de los otros poderes del Estado²². Si no hay acción para impugnar el acto de nombramiento de los jueces partisanamente nombrados, habrá que esperar el día en que ese tribunal conozca de una causa en la que estemos implicados, eso es todo, al modo de lo que ocurre, *mutatis mutandi*, con el amparo frente a leyes reconocido en el art. 55.2 LOTC.

La independencia del poder judicial se reclama para su vida entera, desde su gestación hasta la terminación del mandato de los jueces que integran los distintos tribunales. Hay que pensar en consecuencia en todos aquellos factores que puedan mermar la confianza que los ciudadanos deben tener en la

²² “(L’)indépendance judiciaire découle du principe selon lequel nul ne peut être son propre juge. Ce principe a aussi une importance qui va bien au-delà des parties en litige. Il faut que non seulement les parties au litige, mais aussi la société dans son ensemble puissent avoir confiance dans le système judiciaire. Un juge doit donc non seulement être libre de toute relation, parti pris ou influence abusifs, mais il doit aussi apparaître comme libre de ceux-ci à un observateur avisé faute de quoi la confiance en l’indépendance du pouvoir judiciaire peut être ébranlée”, del Informe nº1 (2001) del Consejo Consultivo de los Jueces Europeos (CCJE), pár. 12, que se puede consultar en la propia STEDH Andri, citada, pár. 124.

justicia: nombramiento, procesos disciplinarios, traslados, periodo de mandato y, por cerrar la lista sin ánimo de exhaustividad, la forma en la que se regula la terminación de la función jurisdiccional de los jueces y magistrados (jubilación o fin legal del mandato). De lo que no hay dudas es de que el momento de constitución de planta judicial resulta clave, pues si allí hubiese pecado original puede que este se arrastre como larga penitencia. En los fundamentos del TEDH en el caso que comentamos es esta la primera cuestión que se plantea. La preeminencia del derecho, evocada en el preámbulo del Convenio Europeo de Derechos Humanos, se ve afectada si en el proceso de constitución de los tribunales esa influencia de los terceros poderes que participan en el alumbramiento deja un regusto permanente y amargo de que su influencia no terminará con el nombramiento de los jueces²³. Para el TEDH, aún a sabiendas de que no existe en Europa un patrón para nombrar a los jueces y magistrados²⁴, la exigencia de que los tribunales sean establecidos por la ley (general) supone una primera garantía, como así reconoce el propio Convenio: “Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, (...)”. Aunque nada de esto quiera decir que estas leyes deban impedir a toda costa la participación del poder ejecutivo en los nombramientos. Lo que sí deben hacer es objetivar en la mayor medida posible cuál deba ser el papel del poder cuyo control corresponde a los jueces y tribunales.

“La seule préoccupation ici consiste à veiller à ce que le droit interne pertinent en matière de nomination des juges soit, dans la mesure du possible, libellé en des termes non équivoques, de manière à empêcher toute ingérence arbitraire dans le processus de nomination, notamment de la part du pouvoir exécutif”²⁵.

²³ El TEDH citará jurisprudencia del TJUE: “Il découle de la jurisprudence citée aux points 71 et 73 du présent arrêt qu’une irrégularité commise lors de la nomination des juges au sein du système judiciaire concerné emporte une violation de l’article 47, deuxième alinéa, première phrase, de la Charte, notamment lorsque cette irrégularité est d’une nature et d’une gravité telles qu’elle crée un risque réel que d’autres branches du pouvoir, en particulier l’exécutif, puissent exercer un pouvoir discrétionnaire induisant en péril l’intégrité du résultat auquel conduit le processus de nomination et semant ainsi un doute légitime, dans l’esprit des justiciables, quant à l’indépendance et à l’impartialité du ou des juges concernés, ce qui est le cas lorsque sont en cause des règles fondamentales faisant partie intégrante de l’établissement et du fonctionnement de ce système judiciaire”, STJUE Simpson y HG, de 26 de marzo de 2020, C-542/18 RX-II y C-543/18 RX-II.

²⁴ La exigencia de ley se amortigua y exige en aquellos sistemas donde una fuerte cultura jurídica circumscribe de manera férrea la capacidad del poder ejecutivo, obligándolo a elegir jueces con alta autoridad moral y reconocida competencia, bajo la atenta mirada de la comunidad política.

²⁵ Pár. 230.

Este mandato de ley implica un modo de lección y un cierto contenido cualitativo en su proceder, que debe ser atendido igualmente. La ley de tribunales implica que las personas seleccionadas para el ejercicio de la magistratura deben serlo en función de sus propios méritos, incluyendo aquí el de su integridad moral. Para el TEDH, asimismo, esta exigencia conlleva que sean conocidos los méritos evaluables y que se observe el principio de transparencia en la acreditación y en la valoración que se otorga a los mismos.

“De l’avis de la Cour, pareille sélection fondée sur le mérite ne garantit pas seulement la capacité professionnelle d’un organe juridictionnel à rendre la justice en tant que « tribunal » : elle est cruciale aussi pour préserver la confiance du public dans la justice et sert de garantie supplémentaire à l’indépendance personnelle des juges”²⁶.

La intimación de que sea la ley la que establezca la composición de los tribunales tiene la finalidad de evitar que la organización del sistema judicial, en una sociedad democrática, se deje a la sola discreción del poder ejecutivo²⁷. Además, los jueces y magistrados investidos de conformidad con la ley disfrutan de la autoridad y la legitimidad constitucional que esta les confiere. *A sensu contrario*, abunda el TEDH, un juez nombrado con menosprecio de lo dispuesto en la ley se vería desprovisto de la legitimidad necesaria para el ejercicio de sus funciones.

Sin embargo, no todo quebranto de la ley implica necesariamente violación del derecho a un tribunal legalmente establecido y, por extensión, del derecho a un tribunal independiente. Se requerirá para que esto ocurra que se alcance un determinado nivel de gravedad. Se plantea asimismo el TEDH dos reservas, previa afirmación, como decimos, de que no de cualquier irregularidad en los nombramientos de los jueces cabe extraer siempre la conclusión de que la preeminencia del derecho pueda verse afectada. La primera se refiere al principio de seguridad jurídica en su vertiente procesal, es decir, que la solución firme dada a un litigio por los tribunales no sea susceptible de ser revisada. Este principio, el de la cosa juzgada, resulta imprescindible para la estabilidad del sistema jurisdiccional y favorece la confianza del público en la justicia. Puesto en conexión con el derecho a un tribunal independiente, solo las violaciones graves a este último deberían poder suponer el desplazamiento del principio de seguridad jurídica mencionado. La segunda resistencia se refiere al principio de inamovilidad de los jueces en el curso de sus

²⁶ Pár. 222.

²⁷ “Cette exigence reflète le principe de la prééminence du droit et vise à préserver le pouvoir judiciaire de toute influence extérieure irrégulière émanant en particulier du pouvoir exécutif (paragraphe 211 ci-dessus), bien qu’il ne soit pas exclu que le pouvoir législatif, voire le pouvoir judiciaire lui-même, puissent exercer une telle influence”, STEDH *Andri c. Islandia*, ídem, pár. 226.

mandatos, que forma parte a su vez del art. 6 CEDH como garantía de la tutela judicial. La constatación de una irregularidad en el nombramiento de los jueces no debe perder de vista cual puede ser su consecuencia más extrema, la remoción del juez indebidamente nombrado, precisamente al objeto de evitar que el sacrificio de la inamovilidad genere más dudas respecto de la impermeabilidad de los jueces frente al poder ejecutivo que las que se pretenden disipar.

Con estos dos contrapesos, corresponde al TEDH determinar, y desde qué lógica y criterios, el nivel de gravedad requerido para que el nombramiento de un juez o magistrado pueda ser entendido como afectación grave del principio de independencia. La fuerte relación que existe entre el principio de independencia judicial y la garantía de que los tribunales estén creados de conformidad por la ley, llevan al TEDH a fijar como primer test de este suelo de gravedad el hecho de si ha habido o no desconocimiento flagrante por parte de los otros poderes del Estado de lo dispuesto en las leyes de creación de los juzgados y tribunales, o sea, violación manifiesta del derecho interno que corresponde en primera instancia a los tribunales estatales declarar. De ese modo quedarían por debajo de la gravedad exigida los meros defectos formales o circunstanciales, pero no así los desconocimientos graves y patentes de las leyes.

Sin embargo, apunta el TEDH, incluso cuando no se detecte una violación manifiesta del derecho interno en materia de nombramientos judiciales no debe excluirse la posibilidad de la violación del derecho a un tribunal independiente establecido por la ley. Para estos casos, se apuntan un segundo y un tercer test. En primer lugar, debe analizarse si, más allá de las apariencias, los defectos en el nombramiento han podido originar un riesgo real de que los otros poderes del Estado hayan hecho un uso injustificado de sus prerrogativas con daño severo al proceso de selección de jueces y magistrados y, como consecuencia, provocado con ello un sentimiento general de desconfianza pública respecto del mismo proceso. En segundo lugar, debe tenerse en cuenta el control operado por las instancias internas y, especialmente, las consecuencias que hayan podido desprenderse de ese control. Para el TEDH, el derecho a un tribunal independiente establecido por la ley quedaría vacío de contenido si su control convencional tuviese que conformarse con comprobar que a nivel interno se ha llevado a cabo una verificación judicial de las dudas planteadas en torno a la operación de nombramiento de los jueces, con abstracción de las consecuencias que ese control, de ser positivo, hubiese podido arrojar. Los tribunales nacionales, atendiendo a sus normas constitucionales y al Convenio, vienen obligados a analizar las consecuencias jurídicas que la declaración de ilegalidad en los nombramientos debe acarrear, ponderando en su caso la gravedad de la lesión con el principio de seguridad jurídica (cosa juzgada) y con la garantía de la inamovilidad de los jueces y

magistrados. En ausencia de este grado de control a nivel interno, y en virtud del principio de subsidiariedad, será el TEDH el que tenga que colmar la inactividad de los tribunales nacionales.

Un cuarto elemento a tener presente tiene que ver con el paso del tiempo. Los vicios en la fase de nombramiento de los jueces y tribunales se arrastran durante el tiempo que dure la presencia de estos jueces en los tribunales para los que fueron nombrados. Sin embargo, afirma el TEDH, “plus le temps s’écoulera, plus la préservation de la sécurité juridique jouera en faveur du droit du justiciable à un « tribunal établi par la loi » dans la mise en balance à opérer. Il faudra évidemment tenir compte aussi des difficultés en matière de preuve que ferait naître l’écoulement du temps ainsi que des délais légaux pertinents dont le droit interne des Parties contractantes pourrait assortir les constatations de cette nature”²⁸.

La subsunción de los hechos ocurridos en Islandia antes brevemente relatados en este cuerpo doctrinal acarrearán la declaración de violación del art. 6 CEDH y, en concreto, de su garantía a un tribunal independiente establecido por la ley. De entrada, se constata de los propios datos que el proceso de nombramiento de los nuevos magistrados del Tribunal de Apelación se había realizado con desconocimiento de las leyes que configuraban el procedimiento. Así lo confirmaban las sentencias del Tribunal Supremo islandés de 19 de diciembre de 2017 y de 24 de mayo de 2018. Para saber si las violaciones de derecho interno afectan o no a una de las reglas fundamentales del procedimiento de nombramiento de jueces, el TEDH tira de la historia que se esconde detrás de las reformas legislativas que se han ido produciendo en Islandia desde varias décadas atrás. Si el objeto de esas reformas era el de arrinconar definitivamente la discrecionalidad (cuando no arbitrariedad) del poder ejecutivo en el nombramiento de los jueces (la creación de una comisión de evaluación con capacidad para hacer recomendaciones cuasi obligatorias al Ministro de Justicia y la obligación para este de justificar objetivamente ante el Parlamento la alteración de dicha propuesta respondían esta finalidad²⁹), es indudable que los hechos ocurridos con la elección de los

²⁸ STEDH Andri c. Islandia, cit. supra, par., 252.

²⁹ “Dans le rapport qu’il a communiqué en 2010 au Comité des droits de l’homme concernant l’application du PIDCP, le gouvernement islandais a expressément déclaré que les réformes législatives en question répondaient aux craintes de plus en plus nombreuses qui avaient été exprimées dans le pays quant au risque que les règles relatives à la sélection et à la nomination des juges ne garantissent pas suffisamment l’indépendance de la magistrature, compte tenu du rôle qu’exerçaient les ministres dans le processus de nomination. De même, dans son rapport d’évaluation relatif à l’Islande qu’il a publié en 2013, le GRECO a dit qu’« avant l’entrée en vigueur du nouveau système [de nomination], le ministre n’était pas tenu de suivre l’avis des organes judiciaires pertinents pour les nominations à des fonctions judiciaire[s] et qu’il était de fait arrivé par le passé que des nominations [eus-

magistrados del Tribunal de Apelación afectaban a ese propósito nuclear. Ítem más, cuando el TEDH se interroga sobre el grado de gravedad de este desconocimiento de la ley en relación con la protección de la preeminencia del Derecho y de la independencia de poder judicial tanto en sede ministerial³⁰ como parlamentaria³¹, llega a la conclusión de que, tanto en una sede como en la otra, el procedimiento ha estado viciado y no precisamente por un defecto de forma o procedimental, sino materialmente, en su sustancia más íntima³². Y por último, respecto del control efectuado por las instancias internas y la profundidad de ese control, el TEDH hará uso de una expresión demoledora, imputando el Tribunal Supremo islandés haberse resignado a unos hechos que él mismo Tribunal había calificado como viciados de ilegalidad, sin extraer de ahí mayores consecuencias³³.

sent] été faites de manière arbitraire, donnant lieu à des critiques au sujet de l'influence politique qui aurait infiltré le processus", STEDH Andri, cit. supra., p. 257.

³⁰ "De l'avis de la Cour, cette incertitude qui entourait les motivations de la ministre suscite de sérieuses craintes quant à l'exercice par celle-ci d'une ingérence abusive dans le pouvoir judiciaire et met ainsi en cause la légitimité de toute la procédure, d'autant plus que la ministre adhérerait à l'un des partis politiques qui composaient la majorité du gouvernement de coalition, grâce aux seuls votes desquels sa proposition a été adoptée devant le Parlement. De plus, la Cour ne saurait faire abstraction, à cet égard, des allégations que le requérant formule au sujet du contexte politique général dans lequel la ministre avait présenté ses propositions (paragraphe 46 et 89 ci-dessus). Si elle n'est pas en mesure de dire que, comme l'affirme le requérant, la ministre a agi pour des raisons politiques, elle considère que l'action de cette dernière était de nature à faire naître des préoccupations objectivement justifiées sur ce point, ce qui suffit aussi à discréditer la transparence du processus de sélection », STEDH Andri, cit. supra, p. 265.

³¹ "Or, méconnaissant l'esprit de l'obligation de préserver la légitimité du processus de nomination que la loi faisait peser sur lui, le Parlement a choisi de fermer les yeux sur cette importante irrégularité. Partant, ainsi que la Cour suprême l'a dit, les irrégularités qui avaient entaché la procédure suivie par la ministre de la Justice avaient en conséquence vicié la procédure que le Parlement avait adoptée puisqu'elles n'avaient pas été redressées lorsque la question avait été soumise au vote devant ce dernier", STEDH Andri, cit. supra, par. 269.

³² La carga de profundidad al Parlamento y a su función de control rompe con el actual esquema de gobierno/mayoría parlamentaria vs. minoría, instaurando, vía derechos fundamentales, la responsabilidad del legislador en la defensa de los derechos: "Partant, la Cour considère que si la procédure parlementaire spéciale de vote prévue par la nouvelle loi sur la justice visait à renforcer la légitimité des nominations à la Cour d'appel nouvellement instaurée (voir la thèse que le Gouvernement défend sur ce point, exposée au paragraphe 189 ci-dessus), l'intervention du Parlement n'a pas eu l'effet escompté en l'espèce – autrement dit, il n'a pas accompli sa mission de garant de la légalité de la procédure de nomination pour ce qui est des quatre candidats en question", STEDH Andri, cit. supra, p. 271.

³³ "La Cour estime que la manière dont la Cour suprême a structuré son arrêt et la façon dont elle a en particulier souligné que la nomination des quinze juges, parmi lesquels figurait

El TEDH constata que para esta inacción del TS islandés se llegan por parte de este a confundir las cosas. Es claro que la independencia nada tiene que ver con la imparcialidad, por más que ambas estén llamadas al mismo fin de garantizar la indemnidad del ordenamiento a través de la función jurisdiccional³⁴. En este caso no se discute el que los jueces hayan podido tener prejuicios contra el Sr. Andri. De lo que se habla es del derecho del Sr. Andri a disfrutar de un tribunal independiente, un tribunal en el que, por la forma en que ha sido creado, se pueda confiar desde la posición de ciudadano de una comunidad regida por el derecho. Es este salto por elevación lo que el TS islandés no llega a comprender y lo que le permite no extraer consecuencias del hecho de que el Tribunal de Apelación, por la forma en que fue creado, se recubrió de una nebulosa que impedía atribuirle las apariencias necesarias de independencia. El objeto del proceso es el derecho a que las causas civiles y penales sean conocidas por tribunales independientes, un valor muy superior al interés de las partes afectadas, pues alcanza a la comunidad en su conjunto. Es el ciudadano en defensa del Estado de Derecho para proteger sus propios derechos, es el Estado de Derecho como derecho subjetivo lo que está en juego, o, dicho más simplemente, el derecho que todo tenemos al Derecho. Y esto solo es posible alcanzarlo si la apariencia de independencia de los jueces y tribunales queda configurada de tal forma que el acto de confianza pública en la justicia no devenga fe del carbonero.

« La Cour constate dès lors que la retenue dont a fait preuve la Cour suprême lorsqu'elle a examiné la présente affaire – et le fait qu'elle n'ait pas ménagé un juste équilibre entre, d'une part, la préservation du principe

A.E., « était devenue une réalité dès la signature de leurs lettres de nomination », indique que la haute juridiction avait admis qu'elle n'avait plus guère voix au chapitre en la matière une fois les nominations officialisées, voire qu'elle s'était résignée», STEDH Andri, cit. supra, pár. 282. En un párrafo anterior: “Néanmoins, elle a jugé que la nomination de l'ensemble des quinze juges de la Cour d'appel pour une durée indéterminée était « devenue une réalité » dès la signature par le président islandais de leurs lettres de nomination et que, à partir de ce moment-là, les intéressés n'étaient tenus de suivre que la loi dans l'exercice de leurs fonctions et d'accomplir celles-ci de manière indépendante. Dans ces conditions, la Cour suprême n'a vu aucune raison suffisante de douter légitimement que le requérant avait bénéficié d'un procès équitable devant des juges indépendants et impartiaux, malgré les irrégularités dans la procédure qui étaient imputables à la ministre de la Justice”, pár. 275.

³⁴ “La Cour n'a aucune raison de douter que, d'un point de vue formel, les nominations en cause n'étaient pas entachées de nullité (« *markleysa* ») au regard du droit islandais ni que, dès leur nomination, chacun de ces juges s'efforceraient de respecter les exigences d'un procès équitable. Cependant, aucun de ces constats ne répond en tant que tel à la question de savoir si les irrégularités dans le processus à l'origine de la nomination d'A.E. ont, en elles-mêmes et par elles-mêmes, porté atteinte au droit du requérant à un « tribunal établi par la loi », considéré en tant que garantie spécifique découlant de l'article 6, telle qu'interprétée par la Cour”, STEDH Andri, cit. supra, pár. 280.

de la sécurité juridique en particulier et, d'autre part, le respect de la loi – ne sont pas propres aux faits de l'espèce mais qu'il s'agissait de la pratique constante de la Cour suprême. Pour la Cour, cette pratique pose problème pour deux raisons principales. En premier lieu, elle porte atteinte au rôle important que le pouvoir judiciaire exerce dans le maintien des freins et contrepoids qui sont inhérents à la séparation des pouvoirs. En second lieu, compte tenu de l'importance et des implications des violations en question – telles qu'évoquées ci-dessus –, et du rôle éminemment important que le pouvoir judiciaire joue dans une société démocratique régie par la prééminence du droit, ces violations peuvent très bien emporter des conséquences qui ne se limitent pas aux candidats qui ont été individuellement lésés par leur non-nomination : elles touchent forcément le justiciable en général. La Cour a souligné à maintes reprises le rôle particulier que le pouvoir judiciaire exerce dans la société : comme garant de la justice, valeur fondamentale dans un État de droit, il doit jouir de la confiance de chacun pour mener à bien sa mission (voir, par exemple, *Morice c. France* [GC], n° 29369/10, § 128 CEDH 2015, *Baka*, précité, § 164, et *Denisov c. Ukraine* [GC], n° 76639/11, § 63, 25 septembre 2018). Elle se réfère sur ce point à l'avis n° 1 du CCJE, selon lequel *[i]l faut que non seulement les parties au litige, mais aussi la société dans son ensemble puissent avoir confiance dans le système judiciaire* », STEDH Andri c. Islandia, par. 283, (cursiva nuestra).

IV. EPÍLOGO: EN DEFENSA DE LA INDEPENDENCIA JUDICIAL

Tras la sentencia de Sala en el caso Andri³⁵ el Gobierno islandés fue sometido a una moción de censura, dimitió la Ministra de Justicia y, por su parte, los cuatro jueces que no estaban en la lista elaborada por la comisión de evaluación dejaron vacantes sus puestos en el Tribunal de Apelación. Poco tiempo después saldría la convocatoria para cubrir esas bajas, siguiéndose el mismo procedimiento que contemplaban las leyes entonces vigentes. La jueza A.E. concurrió a las mismas y su candidatura, tras ir pasando los filtros oportunos, resultó exitosa, volviendo en consecuencia a ocupar su puesto en el Tribunal de Apelación.

Formalmente todo impoluto, materialmente la semilla de la duda queda sembrada. Ser juez y parecerlo, esa es la cuestión. Una jueza que se presta a estos juegos de favores y servidumbres, ¿reúne las condiciones para ser juez y ejercer correctamente su función? Por su preparación no tenemos porque inquietarnos, seguro que aprobó con solvencia las duras oposiciones, sin embargo, es su autoridad moral la que nos preocupa, la que nos coloca como observadores imparciales en posición de defensa. ¿Sabrá resistirse a las

³⁵ STEDH Gudmundur Andri Astráðsson c. Islandia (Sala), de 12 de marzo de 2019.

presiones? ¿Gustará de que se la presione y pasar a formar parte del club de los jueces estrella?

El TEDH llega en el caso Andri, preparando la andanada polaca³⁶, lo más lejos que en principio podía llegar: declarar los principios que se extraen del derecho a tribunal independiente y dar las pautas para que el proceso de selección de los jueces sea objetivo, transparente y controlable. Además por supuesto de escribir negro sobre blanco que la independencia judicial, como valor que es del entero sistema jurídico, es derecho subjetivo de los ciudadanos y como tal susceptible de ser alegado ante los tribunales nacionales e internacionales sin necesidad de demostrar un daño específico o concreto, sino por el contrario general, como derecho subjetivo mediato en favor de la entera comunidad. Asimismo, el TEDH ofrece un método en tres pasos para controlar los actos de los otros poderes del Estado que, en el nombramiento de jueces y magistrados, puedan afectar a su independencia: la existencia de ley que regule el procedimiento y el control de su infracción, el escrutinio de la intención última que resulta de la actuación de esos poderes ajenos al poder judicial y, por último, las consecuencias concretas que haya podido tener la constatación de esos actos que laminan la apariencia de independencia de los integrantes del poder judicial. La confianza de los ciudadanos en la justicia es el valor a proteger. Un bien intangible que tiene en la apariencia su fiel, pero que ni va desnuda ni se vista sola, y que por lo mismo puede ser controlada desde parámetros objetivos. Aún así, ¿no cabría o debería llegarse más lejos?

Jueces que entran y salen de la política, magistrados que opinan de todo y de todos en redes sociales y medios de comunicación, letrados de órganos jurisdiccionales que no esconden sus preferencias políticas, politización de los órganos de gobierno de los jueces, prórrogas *sine die* de magistrados que deben ser renovados³⁷, en fin, miembros del poder judicial que hacen parte del ruido público con descaro, mermando con ello sin duda la confianza que les prestamos y que afecta a la que debemos tener en la justicia. No reivindicamos aquí un juez monacal, pero sí un juez consciente de su papel trascendente en el entramado jurídico, político y social. Meternos en el vientre de los

³⁶ Al respecto, el excelente trabajo de Magaldi, N. en este mismo volumen y su artículo: “Una nueva advertencia a Polonia sobre la (in)dependencia de su poder judicial a propósito de la Sentencia del TJUE de 26 de marzo de 2020, Miasto Łowicz y otros”, Revista General de Derecho Europeo, 52, 2020. Asimismo, el trabajo de Ugartemendia, J.I., “Tutela judicial efectiva y Estado de Derecho en la UE y su incidencia en la administración de justicia de los Estados miembros”, TRC, 46, 2020, pp. 309-341.

³⁷ La situación en nuestro país resulta preocupante. Con un CGPJ cuya renovación lleva casi cuatro años paralizada se está resquebrajando el velo de confianza que los ciudadanos podemos tener en los tribunales y órganos jurisdiccionales cuyos miembros dependen de los nombramientos que este órganos decida.

jueces resulta imposible, pero pudiera pensarse en un decálogo de virtudes al que los “funcionarios” de la ley deberían adherirse³⁸. Sería esta también una forma de generar una cierta cultura democrática en torno a la figura de un juez con conciencia republicana. Asimismo, la transparencia de los sistemas de elección y nombramiento de los jueces y tribunales, especialmente la de aquellos que han de ocupar las jurisdicciones más elevadas, deben fundarse en un principio de selección al que solo puedan llegar los mejores, y este término creo que aquí tiene un significado muy profundo. No hay mayor servidumbre que la de la propia ignorancia, oí decir a un antiguo magistrado del Tribunal Constitucional al que añoramos. Un alto grado de formación y una intachable integridad moral son dos variables imprescindibles en el proceso de creación de una apariencia que debe aproximarse todo cuanto más pueda a la realidad. Por último, dignificarnos como ciudadanos, acrecentar nuestra cultura democrática individual y colectiva.

La independencia judicial no es un valor que esté terminado ni todos sus extremos escritos. Puede incluso que haya retrocesos en su concepción actual. Resignarnos o claudicar ante los nuevos retos a los que se enfrenta el poder judicial es entregar las armas a quienes les estorba el Estado de Derecho. El que la Unión Europea pueda estar pudriéndose por las raíces de sus jueces y tribunales debería hacernos pensar que el derecho es la forma más acabada de civilización y que sin independencia judicial Behemot puede despertarse de su tranquilo sueño³⁹.

V. BIBLIOGRAFIA

- MAGALDI, N., “Una nueva advertencia a Polonia sobre la (in)dependencia de su poder judicial a propósito de la Sentencia del TJUE de 26 de marzo de 2020, Miasto Łowicz y otros”, *Revista General de Derecho Europeo*, 52, 2020.
- REQUEJO PAGÉS, J.L., *El mundo de Norma. La amenaza de Behemot*, Oviedo, KRK, 2022.
- , “Dependencias y servidumbres del juez independiente”, *REDC*, 76, 2006.
- , *Jurisdicción e independencia judicial*, Madrid. CEC, 1989.
- SIMON, D., *La independencia judicial*, Barcelona, Ariel, 1985.
- UGARTEMENDIA, J.I., “Tutela judicial efectiva y Estado de Derecho en la UE y su incidencia en la administración de justicia de los Estados miembros”, *TRC*, 46, 2020.

³⁸ Véanse los principios de Bangalore sobre la conducta judicial aprobados como resolución del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas en 1985.

³⁹ Requejo Pagés, J.L., *El mundo de Norma. La amenaza de Behemot*, Oviedo, KRK, 2022.

LA GARANTÍA DE INDEPENDENCIA
DEL JUEZ EUROPEO: UNA REVOLUCIÓN
ENCUBIERTA DEL TJUE

*The European Judge's Guarantee of Independence:
A Covered Revolution of CJUE*

Nuria Magaldi Mendaña
Profesora Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Córdoba

<https://doi.org/10.18543/ed.2496>

Recibido: 25.05.2022

Aceptado: 14.06.2022

Publicado en línea: junio 2022

Resumen

El TJUE ha afirmado, a partir de una inédita interpretación del artículo 19.1 2º TUE, la existencia de un Poder Judicial Europeo único, compuesto tanto por los jueces del Tribunal de Justicia, como por aquellos jueces nacionales que puedan pronunciarse sobre la aplicación o interpretación del derecho de la Unión. En tanto que poder judicial único, unos y otros quedan sometidos a las mismas reglas y a los mismos principios, incluyendo la garantía de su independencia. Una garantía de independencia que se proyecta sobre los procedimientos de nombramiento de jueces, sobre el ejercicio mismo de la función jurisdiccional (sin presiones internas ni externas), así como sobre las excepcionales condiciones que permiten la remoción del puesto de juez.

Palabras clave

Poder Judicial Europeo, independencia judicial, inamovilidad, régimen disciplinario de los jueces, nombramiento de jueces, Unión de Derecho.

Abstract

Following an unprecedented interpretation of article 19.1 2° TEU, the ECJ has stated the existence of a single European Judiciary. This is composed not only of members of the ECJ but also of national courts and tribunals which may be called upon to rule on questions concerning the application or interpretation of European Union Law. Since it is a single Judiciary, both national and European courts are subject to the same rules and principles, including the guarantee of independence. This guarantee of judicial independence covers the procedure for appointment to a position as judge, the task of adjudication itself (without neither internal nor external pressures) as well as the exceptional conditions that may allow the dismissal of judges.

Keywords

European Judiciary, judicial independence, irremovability, disciplinary regime for judges, appointment to a position as judge, Union based on the Rule of Law.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: NO SON JUECES POLACOS, SON JUECES EUROPEOS. II. JUECES FUNCIONALMENTE EUROPEOS Y ORGÁNICAMENTE NACIONALES. 1. La interpretación del artículo 19.1 2º TUE. 2. La confirmación de un Poder Judicial Europeo único: la aplicación a los jueces nacionales de la jurisprudencia *Simpson*. III. LA GARANTÍA DE INDEPENDENCIA DEL JUEZ EUROPEO. 1. Las garantías en el acceso al puesto: los procedimientos de nombramiento de jueces. 2. Las garantías en el puesto: la posibilidad de juzgar sin presiones. 3. Las garantías de inamovilidad en el puesto y la prohibición de remoción. IV. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN: NO SON JUECES POLACOS, SON JUECES EUROPEOS

En los últimos años los estudiosos del derecho público de la Unión Europea hemos observado cómo el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) se ha pronunciado, de forma reiterada, sobre la garantía de independencia de los poderes judiciales de los Estados miembros. Una garantía de independencia que el TJUE ha proyectado sobre tres momentos distintos.

En primer lugar, sobre las garantías que rodean el acceso al ejercicio de la función jurisdiccional en las más altas magistraturas nacionales. Así, el TJUE ha enjuiciado procedimientos de nombramiento de jueces de los Tribunales Supremos de los Estados miembros, analizando, por ejemplo, hasta dónde puede llegar la intervención, en dichos procedimientos, del poder ejecutivo¹, las condiciones en que el órgano de gobierno de los jueces de un Estado miembro puede proponer candidatos para ocupar puestos en dichos órganos jurisdiccionales o si tales propuestas deben ser susceptibles de control judicial².

En segundo lugar, también ha sido objeto de enjuiciamiento por parte del TJUE todo un conjunto de garantías durante el ejercicio de la función jurisdiccional. En este sentido, el TJUE se ha pronunciado sobre los salarios de los miembros del poder judicial, y sobre si estos pueden verse transitoriamente reducidos de forma unilateral sin afectar a su independencia³. Asimismo, se ha ocupado también con especial detalle del régimen disciplinario de los jueces, estableciendo cuáles han de ser las garantías necesarias para

¹ STJUE (Gran Sala) de 20 de abril de 2021, *Republika*, asunto C-896/19.

² STJUE (Gran Sala) de 19 de noviembre de 2019, *A.K.*, *Independencia de la Sala Disciplinaria del Tribunal Supremo*, asuntos acumulados C-585/18, C-624/18 y C-625/18; STJUE de 2 de marzo de 2021, asunto C-824/18, *A.B. y otros*, asunto C-824/18.

³ STJUE (Gran Sala) de 27 de febrero de 2018, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, asunto C-64/16 y STJUE de 7 de febrero de 2019, *Escribano Vindel*, asunto C-49/18.

evitar que se convierta en un instrumento de control político del contenido de las resoluciones judiciales⁴.

En último lugar, el TJUE se ha pronunciado sobre el principio de inamovilidad como uno de los elementos esenciales de la independencia judicial, en el sentido de que los jueces tienen que poder ejercer la función jurisdiccional con la seguridad de que no serán removidos de su puesto salvo por causas excepcionales, justificadas y debidamente establecidas en la ley. En relación con esta cuestión hay que destacar diversas decisiones del TJUE sobre la reducción de la edad de jubilación de los jueces⁵.

Para poder pronunciarse sobre todas estas cuestiones, el TJUE ha acuñado una novedosa interpretación del artículo 19.1 2º TUE, según el cual “los Estados miembros establecerán las vías de recurso necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el derecho de la Unión”. Esta interpretación, como tendremos ocasión de comprobar, ha servido al TJUE para afirmar su competencia para controlar la compatibilidad con el derecho de la Unión de normativa dictada por un legislador nacional en materia de organización y administración de justicia. Algo inédito hasta la capital STJUE (Gran Sala), de 28 de febrero de 2018, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, pero que desde entonces el TJUE ha reiterado hasta en una decena de asuntos.

Según una posición ampliamente extendida entre la doctrina europea, el TJUE estaría tratando, de este modo, de hacer frente a la amenaza sistémica que, desde 2015, parece cernirse sobre el Estado de Derecho polaco (Bonelli y Claes, 2018)⁶. Es decir, los pronunciamientos del TJUE sobre la garantía de independencia de los poderes judiciales nacionales en los términos arriba indicados constituirían una reacción frente a las posibles vulneraciones de dicha garantía en Polonia, Estado miembro en el que se observa, en los últimos años, una preocupante deriva iliberal.

⁴ STJUE (Gran Sala) de 5 de noviembre de 2019, *Comisión c. Polonia, Independencia de los tribunales ordinarios*, asunto C-192/18; STJUE de 26 de marzo de 2020, *Miaso Lowicz y otros*, asuntos acumulados C-558/18 y C-563/18); STJUE (Gran Sala) de 18 de mayo de 2021, *Asociația “Forumul Judecătorilor Din România”*, asuntos acumulados C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19, C-397/19; STJUE (Gran Sala) de 15 de julio de 2021, *Comisión c. Polonia, Régime disciplinaire des juges*, asunto C-791/19 y STJUE (Gran Sala) de 6 de octubre de 2021, *W.Ż.*, asunto 487/19.

⁵ STJUE (Gran Sala) de 5 de noviembre de 2019, *Comisión c. Polonia, Independencia de los tribunales ordinarios*, asunto C-192/18 y STJUE (Gran Sala) de 24 de junio de 2019, *Comisión c. Polonia, Independencia del Tribunal Supremo*, asunto C-619/18.

⁶ Esta es la tesis del sugerente trabajo de ambos autores, para quienes la novedosa construcción ideada en torno al artículo 19.1 2º TUE está íntimamente relacionada con la situación del Estado de Derecho en Polonia (y Hungría), y habría sido la vía encontrada por el TJUE para hacerse un hueco en el debate sobre la crisis constitucional en ambos Estados miembros.

En este sentido, conviene recordar que, actualmente, la República de Polonia está gobernada por una coalición liderada por el partido ultraconservador *Prawo i Sprawiedliwość* (PiS), el cual obtuvo en las elecciones de 2015 la mayoría parlamentaria en la Cámara de Representantes (*Sejm*). Una mayoría, revalidada en 2019, que le ha permitido realizar un conjunto de reformas legislativas de gran calado que han alterado significativamente los estándares de funcionamiento del Estado, poniendo en peligro normas y principios constitucionales. Tanto es así que se habla de una auténtica crisis constitucional polaca (Krzywoń, 2018: 359). Uno de los síntomas más evidentes y, a la vez, más graves de esta crisis constitucional es, indudablemente, el que afecta al ámbito del poder judicial, en sentido amplio. Por un lado, se cuestiona la independencia de la jurisdicción constitucional y del Tribunal Constitucional, mientras se modifican las reglas para que los poderes legislativo y ejecutivo puedan controlar sus nombramientos. Por otro lado, se ataca al conjunto de la jurisdicción ordinaria, con particular virulencia al Tribunal Supremo y al órgano de gobierno de los jueces⁷.

Ciertamente, la deriva iliberal de Polonia es de tal magnitud que, desde hace ya algún tiempo, en las instituciones de la Unión Europea se han puesto en marcha varios de los mecanismos que el ordenamiento jurídico de la Unión prevé para los casos en los que un Estado miembro pone en riesgo alguno de los valores comunes de la Unión consagrados en el artículo 2 TUE y, entre ellos, el Estado de Derecho⁸. Es bien conocido, en este sentido, cómo con Polonia se ha activado, por primera vez en la historia de la integración europea, tanto el Mecanismo previsto en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, de 14 de marzo de 2014, COM (2014) 158, “Un nuevo marco de la Unión Europea para reforzar el Estado de Derecho”, como el mecanismo de alerta temprana del artículo 7.1 TUE, ante la “existencia de un riesgo claro de violación grave” por parte de un Estado miembro en el respeto a aquellos valores. No es descartable que pronto se active, también, el nuevo mecanismo de condicionalidad de los fondos europeos⁹.

⁷ Para una panorámica general sobre la crisis constitucional polaca cfr. los trabajos de Pérez Bernárdez, 2016: 73-82; Krzywoń, 2018: 359-379; Chmielarz Grochal, Laskowska y Sułkowski, 2018:1-48.

⁸ Y ello porque, hoy en día, una vulneración de los valores constitucionales comunes en un Estado miembro afecta a todos los ciudadanos de la Unión, así como a la calidad de los procesos decisivos en el seno de las instituciones europeas, en las que participan, precisamente, los Estados miembros. De ahí que una crisis constitucional como la polaca apunte directamente a la línea de flotación del derecho constitucional europeo. Cfr. Closa, 2016:15-18.

⁹ Reglamento (UE, Euratom) 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.

Con carácter general, a estos mecanismos arriba citados (a los que habría que añadir el mecanismo de sanción previsto en los apartados 2 y 3 del artículo 7 TUE) se les suele denominar “mecanismos políticos”. Esta denominación se explica por el hecho de que varios de ellos implican unas mayorías muy elevadas en las instituciones intergubernamentales por excelencia de la Unión, como son el Consejo y el Consejo Europeo, lo que convierte su decisión en una decisión política y, por lo tanto, extremadamente sensible y con poco recorrido práctico¹⁰.

Pero, de conformidad con la doctrina europea mayoritaria, estos mecanismos políticos no serían los únicos instrumentos con que cuenta el ordenamiento jurídico de la Unión para hacer frente a las amenazas o vulneraciones del valor “Estado de Derecho” en un Estado miembro. Por el contrario, numerosos autores sitúan, junto a ellos, los conocidos como “mecanismos judiciales” (Hillion, 2016: 65 y 66; Halmai, 2018: 313): la posibilidad de que el TJUE enjuicie la compatibilidad de normativa nacional vinculada a los principios esenciales del Estado de Derecho (y, en particular, a la independencia judicial) con el derecho de la Unión Europea. Es más: según aquella posición doctrinal ampliamente compartida, frente a la inoperancia de las vías políticas, las vías judiciales sí se habrían mostrado eficaces -al menos parcialmente- en combatir las amenazas al Estado de Derecho nacional; en este caso, las amenazas al Estado de Derecho polaco¹¹.

Ahora bien, esta aproximación doctrinal, consistente en entender que la acción del TJUE enjuiciando la compatibilidad de normativa nacional en materia judicial con el ordenamiento de la Unión representa una de las posibles vías de defensa a disposición de la Unión para la defensa del Estado de Derecho (polaco), presenta algunas inconsistencias. En primer lugar, conviene no olvidar que, si bien la inmensa mayoría de los pronunciamientos del TJUE se refieren a la controvertida reforma judicial polaca, también ha dictado sentencias en relación con otros sistemas judiciales nacionales, en

¹⁰ Recuérdese que el Mecanismo de la Comunicación fue utilizado con Polonia entre julio de 2016 y diciembre de 2017, sin éxito, lo que llevó, de hecho, a la posterior apertura del mecanismo de alerta temprana, mediante la “Propuesta motivada de conformidad con el artículo 7, apartado 1, TUE por lo que respecta al Estado de Derecho en Polonia”, COM (2017) 835, de 20 de diciembre de 2017. A fecha de hoy, sin embargo, el Consejo no ha llegado a pronunciarse.

¹¹ Y, en este sentido, es cierto que la novedosa interpretación del artículo 19.1 2º TUE ha permitido que el TJUE haya planteado a la reforma judicial polaca un veto a la totalidad. Además, también ha conseguido “victorias” parciales, logrando la modificación de alguna de las medidas legislativas polacas más polémicas. Tal es el caso, por ejemplo, de la reducción de la edad de jubilación de los jueces polacos que, tras la condena por parte del TJUE, fue derogada y quienes habían sido forzosamente jubilados, reintegrados en sus puestos.

absoluto sospechosos de deriva iliberal. Es más, la primera vez que el TJUE utilizó la interpretación del artículo 19 TUE no fue en relación con la reforma judicial polaca, sino en el marco de una cuestión prejudicial planteada por un órgano jurisdiccional portugués: la ya mencionada STJUE *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*¹².

En segundo lugar -y aquí se encuentra el principal escollo-, aquella aproximación parece olvidar el hecho de que, en todas las sentencias dictadas por el TJUE en esta materia, este se pronuncia sobre la compatibilidad con el derecho de la Unión de normativa dictada por un legislador nacional en materia de organización y administración de justicia nacional; algo sorprendente, puesto que esta última es una competencia exclusiva de los Estados miembros. En efecto, los asuntos referidos en párrafos anteriores se refieren a la organización y funcionamiento de la administración de justicia de los Estados miembros. Es decir, a cuestiones que no están comprendidas en el ámbito del derecho de la Unión Europea ni son competencia de la Unión, sino que forman parte de la competencia exclusiva de los Estados miembros.

Por lo tanto, no parece posible afirmar que el TJUE se esté pronunciando sobre el poder judicial nacional sin correr el riesgo de caer en una extralimitación competencial. Este es, de hecho, el principal argumento esgrimido por la República de Polonia, que ha negado reiteradamente la competencia del TJUE para pronunciarse sobre su reforma judicial alegando que “las disposiciones de los Tratados invocadas ([el artículo 19 TUE] no comportan *ninguna excepción al principio de atribución que rige las competencias de la Unión*”¹³.

En realidad, como demostraremos seguidamente (II), el TJUE no está ejerciendo una competencia de control sobre el *poder judicial nacional*, puesto que es plenamente consciente de que carece de ella¹⁴. Lo que está

¹² Aunque se trataba, en apariencia, de un asunto menor, el TJUE sentó con él las bases para una auténtica revolución en el proceso de integración europea, tal y como han destacado, entre otros, Rodríguez-Izquierdo Serrano, 2018: 964; Bonelli y Claes, 2018: 622; García-Valdecasas Dorrego, 2019: 76; Magaldi, 2020: 19.

¹³ Cfr. a modo de ejemplo la STJUE (Gran Sala) de 6 de octubre de 2021, *W.Ż.*, asunto 487/19, apartado 74.

¹⁴ Así se ha manifestado, de hecho, el propio TJUE en todas las sentencias aludidas, afirmando que “corresponde a los Estados miembros determinar cómo organizan su administración de justicia”. Cfr. STJUE de 24 de junio de 2019, *Comisión c. Polonia, Independencia del Tribunal Supremo*, asunto C-619/18, apartado 52; STJUE de 5 de noviembre de 2019, *Comisión c. Polonia, Independencia de los tribunales ordinarios*, asunto C-192/18, apartado 102; STJUE de 19 de noviembre de 2019, *A.K., Independencia de la Sala Disciplinaria del Tribunal Supremo*, asuntos acumulados C-585/18, C-624/18 y C-625/18, apartado 75; STJUE de 26 de marzo de 2020, *Miasto Łowicz y otros*, asuntos acumulados C-558/18 y C-562/18, apartado 36; STJUE de 2 de marzo de 2021, asunto

haciendo el TJUE es ejercer una competencia de control sobre el *Poder Judicial Europeo*. Un Poder Judicial Europeo que está compuesto, por un lado, por los órganos jurisdiccionales de la Unión (esto es, el propio TJUE) y, por el otro, por órganos jurisdiccionales nacionales. En particular, por aquellos órganos jurisdiccionales nacionales que estén facultados, en calidad de tales, para pronunciarse sobre cuestiones relativas a la aplicación o interpretación del derecho de la Unión. Desde el momento en que un órgano jurisdiccional nacional es susceptible de aplicar o interpretar derecho de la Unión, ya no es solo un órgano jurisdiccional nacional, sino que se convierte, al mismo tiempo, en un órgano integrante del Poder Judicial Europeo, al menos desde una perspectiva funcional.

Como fácilmente puede intuirse, con esta interpretación del TJUE desaparecen las dudas competenciales arriba indicadas. En efecto, al controlar la normativa nacional en materia judicial el TJUE en modo alguno estaría extralimitándose en el ejercicio de sus competencias, sino controlando que aquellos órganos jurisdiccionales orgánicamente nacionales -pero funcionalmente europeos- cumplen con las exigencias que les impone el derecho de la Unión en relación con la garantía de independencia judicial.

II. JUECES FUNCIONALMENTE EUROPEOS Y ORGÁNICAMENTE NACIONALES

1. *La interpretación del artículo 19.1 2º TUE*

Según acabamos de indicar, el TJUE ha dictado una serie de sentencias sobre la organización y el funcionamiento de la administración de justicia de varios Estados miembros como resultado de la adopción de una novedosa interpretación del artículo 19.1 2º TUE. De conformidad con dicha interpretación, el TJUE no está controlando la garantía de independencia de órganos jurisdiccionales nacionales, sino de órganos jurisdiccionales que, aunque orgánicamente nacionales, son funcionalmente europeos y forman parte del Poder Judicial Europeo.

Se trata de un razonamiento por parte del TJUE con grandes implicaciones para el desarrollo del ordenamiento jurídico de la Unión. A pesar de ello, la doctrina no siempre ha vislumbrado plenamente el potencial de tal aproximación para el proceso de integración europea en su conjunto; de ahí que

C-824/18, apartado 68; STJUE de 20 de abril de 2021, *Repubblika*, asunto C-896/19, apartado 48; STJUE de 18 de mayo de 2021, *Asociația "Forumul Judecâtorilor Din România"*, asuntos acumulados C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19, C-397/19, apartados 111 y 210; STJUE (Gran Sala) de 6 de octubre de 2021, *W.Ż.*, asunto 487/19, apartado 75.

hablemos de “revolución encubierta”. Ello se explica, por un lado, porque los análisis suelen plantearse, como ya hemos señalado, desde la perspectiva de la defensa del Estado de Derecho nacional; una visión profundamente influida por la situación actual en Polonia, pero que debe reputarse como reduccionista. Por otro lado, porque se tiende a asumir que dicha interpretación del artículo 19 TUE es una consecuencia lógica de la configuración difusa del sistema jurisdiccional de la Unión, basado en el diálogo judicial entre jurisdicción europea y jurisdicciones nacionales. Pero, siendo ello cierto, nunca hasta ahora el TJUE había llegado tan lejos en su interpretación de dicho precepto ni había verbalizado las formidables consecuencias que del mismo se podían extraer.

Hasta la STJUE *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, el artículo 19.1 2º TUE se había interpretado como un mandato meramente procesal dirigido a los Estados miembros, poniéndolo siempre en relación con el artículo 47 CDFUE. Sin embargo, a partir de esta sentencia, el TJUE lo dotará de contenido sustantivo (y, lo que es más relevante, autónomo), vinculándolo directamente con los valores comunes en que se fundamenta la Unión y, en particular, con el valor “Estado de Derecho”. En efecto, el TJUE entiende que el artículo 19.1 2º TUE es, en realidad, una concreción del valor “Estado de Derecho” proclamado en el artículo 2 TUE; un valor que incluye, lógicamente, una tutela judicial efectiva por parte de órganos jurisdiccionales independientes e imparciales¹⁵. Esta conexión entre ambos preceptos es significativa: al conectar el contenido del artículo 19 TUE con los valores del artículo 2 TUE, el TJUE está, en realidad, aplicando la cláusula del Estado de Derecho a la Unión Europea, no a los Estados miembros. Está, *de facto*, afirmando que la Unión es un Estado de Derecho o, más precisamente, una Unión de Derecho, en la que, con toda lógica, debe garantizarse la tutela judicial efectiva a los ciudadanos respecto de los derechos que el ordenamiento jurídico de dicha Unión les confiere.

¹⁵ STJUE (Gran Sala) de 27 de febrero de 2018, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, asunto C-64/16, apartado 32. Una idea que va a reiterar en todas sus sentencias posteriores. Cfr. STJUE (Gran Sala) de 24 de junio de 2019, *Comisión c. Polonia, Independencia del Tribunal Supremo*, asunto C-619/18, apartado 47; STJUE (Gran Sala) de 5 de noviembre de 2019, *Comisión c. Polonia, Independencia de los tribunales ordinarios*, asunto C-192/18, apartado 98; STJUE (Gran Sala) de 19 de noviembre de 2019, *A.K., Independencia de la Sala Disciplinaria del Tribunal Supremo*, asuntos acumulados C-585/18, C-624/18 y C-625/18, apartado 167; STJUE de 2 de marzo de 2021, *A.B. y otros*, asunto C-824/18, apartado 108; STJUE (Gran Sala) de 20 de abril de 2021, *Republika*, asunto C-896/19, apartado 63; STJUE (Gran Sala) de 18 de mayo de 2021, *Asociația “Forumul Judecătorilor Din România”*, asuntos acumulados C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19, C-397/19, apartado 162; STJUE (Gran Sala) de 15 de julio de 2021, *Comisión c. Polonia, Régime disciplinaire des juges*, asunto C-791/19, apartado 51.

Así, esta garantía de tutela judicial efectiva, establecida en el artículo 19 TUE (y, también, en el artículo 47 CDFUE), se encomienda al sistema jurisdiccional de la Unión en su totalidad, es decir, al Poder Judicial Europeo. Y este se integra por los órganos jurisdiccionales de la Unión (esto es, por el TJUE), pero también por los órganos jurisdiccionales nacionales que deban aplicar derecho de la Unión. A unos y a otros incumbe, pues, la garantía del Estado (o la Unión) de derecho de la Unión Europea.

Para que los órganos jurisdiccionales que integran el Poder Judicial Europeo puedan ejercer debidamente su cometido (para que puedan realmente proporcionar esa tutela judicial a los ciudadanos de la Unión), el ordenamiento de la Unión exige que cumplan ciertas exigencias, entre las que ocupa un lugar destacado la garantía de independencia judicial. Dicha garantía, lógicamente, no se impone solo respecto de jueces y abogados generales del TJUE -como ya hace el artículo 19.2 TUE-, sino que también obliga en lo que respecta a aquellos jueces y tribunales nacionales que integren el Poder Judicial Europeo¹⁶.

Y es en esta novedosa configuración del Poder Judicial Europeo, y no en una pretendida defensa del Estado de Derecho (polaco), donde encontramos la gran aportación del TJUE. En efecto, ese Poder Judicial Europeo, según se ha ya dicho, lo integran jueces y tribunales del TJUE, pero también jueces y tribunales nacionales. Específicamente, aquellos jueces y tribunales nacionales que estén facultados, en calidad de órganos jurisdiccionales, “para pronunciarse sobre cuestiones relativas a la aplicación o interpretación del Derecho de la Unión”¹⁷. Estos jueces y tribunales actuarán, en tales casos, como jueces y tribunales funcionalmente europeos (esto es, ejerciendo funciones jurisdiccionales en el ordenamiento de la Unión Europea), por más que su adscripción orgánica sea nacional

¹⁶ STJUE (Gran Sala) de 27 de febrero de 2018, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, asunto C-64/16, apartado 42.

¹⁷ Ibidem, apartado 40, así como también en todas las sentencias posteriores: STJUE (Gran Sala) de 24 de junio de 2019, *Comisión c. Polonia, Independencia del Tribunal Supremo*, asunto C-619/18, apartado 56; STJUE (Gran Sala) de 5 de noviembre de 2019, *Comisión c. Polonia, Independencia de los tribunales ordinarios*, asunto C-192/18, apartados 103 y 104; STJUE (Gran Sala) de 19 de noviembre de 2019, *A.K., Independencia de la Sala Disciplinaria del Tribunal Supremo*, asuntos acumulados C-585/18, C-624/18 y C-625/18, apartado 84; STJUE de 2 de marzo de 2021, *A.B. y otros*, asunto C-824/18, apartado 112; STJUE (Gran Sala) de 20 de abril de 2021, *Repubblika*, asunto C-896/19, apartados 37, 38 y 50; STJUE (Gran Sala) de 18 de mayo de 2021, *Asociația “Forumul Judecătorilor Din România”*, asuntos acumulados C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19, C-397/19, apartados 194 y 211; STJUE (Gran Sala) de 15 de julio de 2021, *Comisión c. Polonia, Régime disciplinaire des juges*, asunto C-791/19, apartado 57; STJUE (Gran Sala) de 6 de octubre de 2021, *W.Ż.*, asunto 487/19, apartado 106.

(Magaldi, 2022)¹⁸. No se trata, en este sentido, de reiterar esa idea, ya clásica, del necesario diálogo entre jurisdicciones, la europea y las nacionales, como pilar esencial del sistema jurisdiccional de la Unión, sino de un paso que va mucho más allá y tiene una profunda significación. El TJUE está afirmando la existencia de un Poder Judicial Europeo único que, en consecuencia, se somete a unas mismas reglas y a unos mismos principios (de composición y formación de los jueces y tribunales que lo integran, de exigencia de imparcialidad e independencia, etc.). De esta idea se desprenden importantes consecuencias.

En primer lugar, a los Estados miembros incumbe, en virtud del principio de cooperación leal del artículo 4.3 TUE, establecer las vías de recurso necesarias que garanticen una tutela judicial efectiva a los justiciables en los ámbitos cubiertos por el derecho de la Unión¹⁹. Solo mediante el establecimiento de dichas vías de recurso garantizarán en su territorio respectivo la aplicación y el respeto del derecho de la Unión. Pero debe quedar claro que, cuando conocen de tales recursos, los jueces y tribunales de los Estados miembros están actuando como Poder Judicial Europeo; es decir, como órganos judiciales de un ordenamiento jurídico distinto a los ordenamientos nacionales.

Se trata, sencillamente, de que el Poder Judicial de la Unión, aun siendo un poder único, y salvo el caso del TJUE, es un poder orgánicamente descentralizado en cada Estado miembro. De este modo, el Estado miembro de cuya administración de justicia dependan orgánicamente aquellos órganos jurisdiccionales nacionales que actúan funcionalmente como órganos jurisdiccionales de la Unión deberá garantizar que estos cumplen las exigencias inherentes a la tutela judicial efectiva y a la independencia judicial consagradas en el ordenamiento de la Unión (Magaldi, 2022). Es decir, las garantías exigibles a todos los órganos jurisdiccionales que integran el Poder Judicial Europeo.

En segundo lugar, y como consecuencia de lo anterior, las normas reguladoras de tales órganos jurisdiccionales nacionales -en tanto que jueces y

¹⁸ En realidad, se trata de la misma situación descrita desde hace tiempo en relación con la Administración pública de la Unión Europea: una Administración única, plenamente sometida al derecho de la Unión, pero formada tanto por instituciones de la Unión (Comisión Europea y Agencias) como por administraciones públicas orgánicamente nacionales y funcionalmente europeas. Ha insistido en esta idea Bueno Armijo, 2017: 425-452 y Bueno Armijo, 2012: 495-503.

¹⁹ STJUE (Gran Sala) de 27 de febrero de 2018, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, asunto C-64/16, apartado 34; STJUE de 2 de marzo de 2021, *A.B. y otros*, asunto C-824/18, apartado 39; STJUE (Gran Sala) de 18 de mayo de 2021, *Asociația "Forumul Judecătorilor Din România"*, asuntos acumulados C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19, C-397/19, apartado 176.

tribunales integrantes del Poder Judicial Europeo- quedan sujetas al control del TJUE. Este podrá, así, controlar que, efectivamente, cumplen las exigencias inherentes a la tutela judicial efectiva y a la independencia judicial garantizadas en el ordenamiento europeo. Por lo tanto, el TJUE será competente para analizar si la normativa judicial dictada por un legislador nacional es compatible con las exigencias derivadas del artículo 19 TUE, siempre que esté en juego la independencia de jueces y tribunales nacionales que, al mismo tiempo, sean potencialmente susceptibles de aplicar o interpretar derecho de la Unión²⁰. Es decir, que sean o puedan ser, funcionalmente, miembros del Poder Judicial de la Unión, aunque su adscripción orgánica lo sea respecto de una administración de justicia nacional.

Y ello con independencia de que tales órganos jurisdiccionales nacionales tengan que aplicar derecho de la Unión para resolver el asunto concreto de que estuvieran conociendo, pues el artículo 19 TUE se refiere a “los ámbitos cubiertos por el derecho de la Unión, con independencia de la situación en la que los Estados miembros apliquen este derecho”²¹. Es decir, las exigencias derivadas del artículo 19 TUE no se refieren solo al desarrollo de un proceso específico, sino también a la forma en que se organiza la administración de justicia. El TJUE ejercerá, en consecuencia, sus facultades de control no únicamente cuando, en un asunto concreto, el juez nacional tenga que aplicar o interpretar derecho de la Unión (lo que activaría los derechos de la CDFUE, según el artículo 51.1 CDFUE) sino siempre que se aplique una normativa nacional que afecte a órganos jurisdiccionales nacionales susceptibles de aplicar o interpretar derecho de la Unión. Incluso si, en el caso concreto, están resolviendo un asunto puramente interno²². De este modo, la aplicación

²⁰ STJUE (Gran Sala) de 27 de febrero de 2018, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, asunto C-64/16, apartado 40. Esta idea se reiterará, de forma aún más clara y contundente, en sentencias posteriores, afirmándose que “el artículo 19.1 2º TUE es aplicable a cualquier instancia nacional que pueda pronunciarse, como órgano jurisdiccional, sobre cuestiones relativas a la aplicación o a la interpretación del derecho de la Unión y que, por lo tanto, están comprendidas en los ámbitos cubiertos por este Derecho”. Cfr. a modo de ejemplo, las recientes STJUE (Gran Sala) de 20 de abril de 2021, *Repubblika*, asunto C-896/19, apartados 36-38; STJUE (Gran Sala) de 15 de julio de 2021, *Comisión c. Polonia, Régime disciplinaire des juges*, asunto C-791/19, apartado 54; STJUE (Gran Sala) de 6 de octubre de 2021, *W.Ż.*, asunto 487/19, apartado 106.

²¹ STJUE (Gran Sala) de 27 de febrero de 2018, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, asunto C-64/16, apartado 29, así como en todas las sentencias posteriores sobre esta materia. Cfr. por todas, la última de ellas: STJUE (Gran Sala) de 6 de octubre de 2021, *W.Ż.*, asunto 487/19, apartado 103.

²² Ello fue especialmente discutido en la mencionada STJUE *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, que resolvía una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo Administrativo portugués. En particular, lo que se le preguntaba al TJUE era si una Ley portuguesa que imponía una reducción salarial (transitoria) para los empleados públi-

del artículo 19 TUE (y, consecuentemente, la competencia del TJUE) se desvincula, al menos parcialmente, del artículo 51 CDFUE, pasando a tener un ámbito de aplicación propio (Krzywoń, 2020a: 96; Bonelli, 2019: 48).

Ello supone, en última instancia, aceptar una interpretación autónoma del artículo 19 TUE (García-Valdecasas Dorrego, 2019: 77; Magaldi, 2020: 19; Leloup, 2020: 1153-1154)²³. Lo verdaderamente relevante para afirmar la competencia del TJUE no es que el juez o tribunal orgánicamente nacional esté aplicando en un caso concreto derecho de la Unión, sino que sea un juez o tribunal funcionalmente europeo; que forme parte del Poder Judicial Europeo. Da igual que hoy, en ese asunto concreto, no esté aplicando derecho de la Unión; lo relevante es que ayer lo hizo o mañana lo hará. Por eso, aunque materialmente no haya aplicación del derecho de la Unión en el caso concreto, sí la hay respecto de las exigencias y garantías que el juez o tribunal nacional debe respetar como órgano jurisdiccional europeo. Porque, aunque orgánicamente sea un juez o tribunal nacional, funcionalmente es un juez o tribunal europeo desde el mismo momento en que entre sus competencias está la posibilidad, actual o potencial, de pronunciarse sobre la aplicación o interpretación del Derecho de la Unión.

2. *La confirmación de un Poder Judicial Europeo único: la aplicación a los jueces nacionales de la jurisprudencia Simpson*

En la reciente STJUE (Gran Sala) de 6 de octubre de 2021, *W.Ż.*, asunto 487/19, el TJUE ha vuelto a pronunciarse sobre el artículo 19.1 2º TUE y sobre los requisitos que deben reunir los órganos jurisdiccionales nacionales en su condición de jueces funcionalmente europeos, a los efectos de

cos portugueses (incluyendo a jueces), era compatible con la garantía de independencia judicial consagrada en el ordenamiento jurídico de la Unión (artículos 19 TUE y 47 CDFUE). Dado que se aspiraba a activar la aplicación de la CDFUE, el principal escollo que había que salvar era, precisamente, si la norma portuguesa podía considerarse aplicación del derecho de la Unión en el sentido del artículo 51.1 CDFUE. Buena parte de los esfuerzos argumentativos del órgano jurisdiccional remitente se centraron en tratar de demostrar que, efectivamente, la norma nacional era el resultado de exigencias imperativas de reducción del déficit presupuestario portugués impuestas al gobierno portugués en virtud de decisiones europeas. De este modo, la medida podría considerarse como una medida nacional en aplicación del derecho de la Unión lo que, a su vez, abría las puertas a que el TJUE se pronunciara sobre el fondo. Cfr. STJUE (Gran Sala) de 27 de febrero de 2018, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, asunto C-64/16, apartados 14 y 15.

²³ Eso fue lo que hizo el TJUE, por primera vez, en *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*: no puso en duda la admisibilidad de la cuestión; tampoco discutió si se trataba de una situación regida por el derecho de la UE, ni basó su decisión sobre el fondo en la aplicación del artículo 47 CDFUE. Simplemente afirmó su competencia sobre la base, única y exclusivamente, del artículo 19.1 2º TUE (Bonelli, 2019: 48).

garantizar la tutela judicial efectiva de los ciudadanos de la Unión. En dicha sentencia, el TJUE ha confirmado con claridad la posición hasta ahora mantenida en este trabajo, según la cual el TJUE estaría ejerciendo una competencia de control sobre un (único) Poder Judicial Europeo. Esta afirmación se basa en el hecho, tal y como detallaremos a continuación, de que en dicho asunto el TJUE aplica a los jueces polacos (mejor: a los jueces funcionalmente europeos, pero orgánicamente polacos) los mismos criterios y requisitos que, en otra sentencia suya anterior, había aplicado a jueces orgánica y funcionalmente europeos (en concreto, a los jueces integrantes del -ahora ya extinto- Tribunal de la Función Pública).

El principal elemento de discusión de la sentencia mencionada era si un juez funcionalmente europeo, pero orgánicamente polaco, podía ser considerado, teniendo en cuenta el procedimiento a través del cual había sido nombrado, como un “juez independiente, imparcial y previamente establecido por ley”, a los efectos del derecho de la Unión. Para dar respuesta a esta cuestión, el TJUE acudirá, según se ha ya dicho, a una sentencia suya previa; concretamente, a la STJUE (Gran Sala), de 26 de marzo de 2020, *Reexamen Simpson/Consejo*, asuntos acumulados C-542/18 RX-II y C-543/18 RX-II. En este pronunciamiento el TJUE ya había tratado de dar respuesta, precisamente, a la cuestión de si posibles irregularidades cometidas durante el procedimiento de nombramiento de jueces podían suponer una conculcación de la exigencia de que el tribunal en cuestión esté establecido por ley, poniendo en duda su independencia²⁴.

Lo que interesa destacar, en este momento, es que la construcción ideada en el asunto *Simpson* y a la que recurrió el TJUE para dar respuesta a la cuestión prejudicial *W.Ż.*, es una construcción pensada para jueces de un tribunal orgánica y funcionalmente europeo: el Tribunal de la Función Pública. Que el TJUE la aplique, ahora, a órganos jurisdiccionales nacionales solo puede

²⁴ El TJUE vincula, así, el derecho a un juez preestablecido por la ley con el concepto de independencia judicial, señalando que esta se mide, entre otros elementos, por la manera en que se ha nombrado a los miembros de un tribunal, y, a su vez, el proceso de nombramiento de los jueces constituye un elemento inherente al concepto de tribunal establecido por ley. Cfr. STJUE (Gran Sala), de 26 de marzo de 2020, *Reexamen Simpson/Consejo*, asuntos acumulados C-542/18 RX-II y C-543/18 RX-II, apartado 71. Una idea que reiterará en la STJUE (Gran Sala) de 6 de octubre de 2021, *W.Ż.*, asunto 487/19, apartados 125 y 129, incorporando de forma expresa el derecho a un juez preestablecido por la ley al contenido del artículo 19.1 2º TUE en el sentido analizado en este trabajo. De este modo, y al igual que ocurre con la independencia judicial, el derecho a un juez preestablecido por ley pasa a ser una exigencia que debe darse en cualquier órgano jurisdiccional nacional que tenga la consideración de juez o tribunal funcionalmente europeo, pudiendo, en consecuencia, ser controlado por el TJUE, como ya acertadamente anticipara, hace algún tiempo, Leloup, 2020: 1154-1156.

significar que considera a uno y a otros como jueces de un poder judicial único, sometido a unas mismas reglas y a unos mismos principios.

En particular, en *Simpson* se discutió si la vulneración de las reglas procedimentales en el proceso de nombramiento de un juez del Tribunal de la Función Pública determinaba que dicho tribunal dejara de ser considerado un tribunal “establecido previamente por ley”²⁵. El TJUE estableció que las irregularidades en los nombramientos deben ser analizadas caso por caso, al efecto de determinar si la infracción de las reglas procedimentales que, sin duda, suponen, es de tal envergadura que genera en los ciudadanos dudas legítimas en relación con la independencia e imparcialidad de dichos jueces. Si, efectivamente, se considera que la irregularidad “es de tal naturaleza y gravedad que crea un riesgo real de que otras ramas del poder, en particular el ejecutivo, puedan ejercer una potestad discrecional indebida que ponga en peligro la integridad del resultado al que conduce el proceso de nombramiento”, entonces cabe hablar de una infracción de las normas fundamentales que forman parte del establecimiento y del funcionamiento del sistema judicial de que se trate y, consecuentemente, de una infracción del derecho a un juez preestablecido por la ley²⁶.

Pues bien, esta misma construcción acuñada por el TJUE en *Simpson* ha sido utilizada para dar respuesta a la cuestión prejudicial planteada en el asunto *W.Ż.*, también relativa a un problema en la forma de nombramiento de

²⁵ En 2013 se publicó una convocatoria pública en el DOUE para nombrar a dos jueces del Tribunal de la Función pública, cuyo mandato estaba a punto de terminar. La convocatoria establecía que la lista de candidatos debía contener, al menos, el doble de nombres que las plazas que se tenían que cubrir. Así, el comité de selección propuso un listado con seis candidatos (el mínimo era cuatro, dado que había dos plazas) pero, finalmente, el Consejo decidió no cubrirlos, y aquellos jueces cuyo mandato había expirado continuaron ejerciendo el cargo. Poco después, en 2015, expiró el mandato de un tercer juez, por lo que en marzo de 2016 el Consejo decidió cubrir dicha vacante y, de paso, las dos anteriores. Teniendo en cuenta que, para entonces, ya se había decidido extinguir el Tribunal de la Función pública, el Consejo decidió, “por motivos de calendario”, que lo más expeditivo era no publicar una nueva convocatoria sino recurrir al listado de seis candidatos de 2013. Se nombraron, en consecuencia, tres nuevos jueces.

²⁶ Pasado un tiempo, dos funcionarios recurrieron sendas decisiones del Consejo en materia de empleo público (la denegación de una promoción, una sanción disciplinaria) ante la sección del Tribunal de la Función pública en la que estaba adscrito uno de los tres jueces nombrados de conformidad con el procedimiento arriba mencionado. En ese momento se planteó si las decisiones adoptadas por dicha sección debían ser anuladas ante la evidente vulneración de las normas procedimentales en materia de nombramientos.

²⁶ STJUE (Gran Sala), de 26 de marzo de 2020, *Reexamen Simpson/Consejo*, asuntos acumulados C-542/18 RX-II y C-543/18 RX-II, apartado 75, si bien el TJUE concluyó, finalmente, que ese no había sido el caso en el concreto asunto planteado (apartados 76-79).

un tribunal. Ahora bien; en este último asunto se discutía el nombramiento de un juez orgánicamente nacional (concretamente, de un juez nombrado para la Sala de Control Extraordinario y Asuntos Públicos del Tribunal Supremo polaco)²⁷, no de un tribunal orgánicamente de la Unión. En particular, el TJUE concluyó, sobre la base de las consideraciones generales expuestas *supra* para el Tribunal de la Función pública, que en *W.Ż.* se habrían podido vulnerar las normas fundamentales del procedimiento de nombramiento de los jueces del Tribunal Supremo polaco, hasta el punto de “suscitar dudas legítimas en los justiciables en lo que respecta a la impermeabilidad de ese juez frente a elementos externos y en lo que respecta a su neutralidad ante los intereses en litigio, así como una falta de apariencia de independencia e imparcialidad de este”²⁸.

²⁷ El juez Żurek, integrante de un tribunal regional polaco, fue trasladado forzosa-mente de una sección de dicho tribunal a otra. Żurek recurrió tal decisión ante el Consejo Nacional del Poder Judicial (*Krajowa Rada Sądownictwa*, en adelante KRS); recurso que fue desestimado. Acto seguido, Żurek interpuso un nuevo recurso, ahora contra la resolución del KRS, cuyo examen correspondía a la Sala de Control Extraordinario y de Asuntos Públicos del Tribunal Supremo, creada recientemente mediante una polémica reforma legislativa. Junto con dicho recurso, Żurek procedió, también, a la recusación de todos los jueces integrantes de dicha Sala, al entender que la forma en que habían sido nombrados no ofrecía las suficientes garantías de independencia e imparcialidad.

^{EI} recurso ante la Sala de Control Extraordinario y de Asuntos Públicos del Tribunal Supremo fue declarado inadmisibile por uno de sus miembros, que había sido nombrado tras un accidentado proceso. En concreto, la propuesta de nombramiento de los nuevos miembros de dicha Sala, efectuada por el KRS para su nombramiento formal por el Presidente de la República, fue recurrida por candidatos no seleccionados ante el Tribunal Supremo Administrativo, quien, en consecuencia, ordenó la suspensión cautelar de su ejecución. A pesar de ello, el Presidente de la República siguió adelante con el nombramiento de nuevos jueces. Uno de ellos, actuando como órgano unipersonal de la Sala de Control Extraordinario y Asuntos públicos, fue, precisamente, el que dictó el auto inadmitiendo el recurso interpuesto por Żurek contra la resolución de traslado forzoso.

Paralelamente, la Sala Civil del Tribunal Supremo, que conocía de la recusación presentada por Żurek, decidió interrogar al TJUE sobre si, dadas las circunstancias de su nombramiento, el juez autor del auto controvertido podía ser considerado “un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley, a los efectos del derecho de la Unión”, teniendo en cuenta que la Sala de Control Extraordinario y Asuntos Públicos es un órgano jurisdiccional nacional competente para conocer de asuntos en los ámbitos cubiertos por el derecho de la Unión, lo que le obliga a respetar las exigencias consagradas en el ordenamiento jurídico de la Unión.

²⁸ STJUE (Gran Sala) de 6 de octubre de 2021, *W.Ż.*, asunto 487/19, apartados 152-153, concluyendo que, en tal caso, el órgano jurisdiccional remitente deberá entender que el juez de la Sala de Control Extraordinario y Asuntos públicos no puede ser considerado un tribunal establecido previamente por la ley a los efectos del derecho de la Unión (apartados 154 y 155).

III. LA GARANTÍA DE INDEPENDENCIA DEL JUEZ EUROPEO

Como hemos señalado al inicio de este trabajo, el TJUE ha ido conformando, en los últimos años, un conjunto de garantías de la independencia de los jueces europeos, categoría en la que, como sabemos, debemos incluir también a los jueces orgánicamente nacionales y funcionalmente europeos. En este epígrafe vamos a centrarnos, precisamente, en analizar tales garantías, en particular por lo que se refiere a esos jueces que, aunque orgánicamente estén adscritos a un poder judicial nacional, actúan o pueden actuar como jueces funcionalmente europeos.

1. *El acceso al puesto: los procedimientos de nombramiento de jueces*

El TJUE se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre cuáles son las garantías que deben articular las normas dictadas por un legislador nacional en relación con los procedimientos de nombramiento de jueces, de tal modo que estos sean acordes con los estándares de independencia exigidos en el ordenamiento jurídico de la Unión.

La mayoría de las sentencias del TJUE en materia de nombramientos se han referido al sistema polaco y, en particular, a los nombramientos efectuados para el acceso a determinados puestos del Tribunal Supremo. En este sentido, conviene señalar que, en Polonia, estos nombramientos son realizados formalmente por el Presidente de la República, pero a propuesta del órgano de gobierno de los jueces, el KRS. Son, por lo tanto, las resoluciones de propuesta de candidatos de este órgano las que cobran especial significación en el nombramiento de aquellos jueces. Precisamente, la Ley reguladora del KRS fue objeto de una polémica reforma en 2017 que modificaba la forma de elección de los miembros de extracción judicial, que pasaban de ser elegidos de entre jueces y *por jueces* a serlo igualmente de entre jueces, pero *por el Sejm* [Cámara Baja]²⁹. El resultado supuso que, actualmente, la mayoría de sus miembros son nombrados por autoridades legislativas o ejecutivas o bien representan a tales autoridades. Además, la entrada en vigor inmediata

²⁹ La composición de este órgano viene establecida en la Constitución polaca, cuyo artículo 187 establece que el KRS se compone de miembros natos (el Presidente del Tribunal Supremo, el Ministro de Justicia, el Presidente del Tribunal Supremo Administrativo), de un representante nombrado por la Presidencia de la República y de miembros electos. En relación con estos últimos, que son la mayoría, la Constitución enuncia un total de cuatro diputados “elegidos por el *Sejm* [Cámara Baja] de entre los diputados”, dos senadores “elegidos por el *Senat* [Cámara Alta] de entre los senadores” y 15 jueces “elegidos de entre” jueces. La forma de elección de sus miembros, en cambio, es remitida por la Constitución a una ley de desarrollo, que es, justamente, la que fue objeto de la reforma aludida en texto.

de la norma determinaba la conclusión prematura de los mandatos de los entonces miembros-jueces del KRS.

Junto con la reforma del KRS, el *Sejm* polaco emprendió también una reforma de las normas reguladoras de los tribunales, incluyendo la del Tribunal Supremo. Así, dos nuevas Salas fueran creadas en el alto tribunal: la Sala Disciplinaria y la Sala de Control Extraordinario y Asuntos Públicos. Entre otras cuestiones, cabe destacar que los jueces que iban a integrar estas nuevas Salas serían ya nombrados a propuesta del KRS en su nueva designación, esto es, con los quince miembros de extracción judicial nombrados por el *Sejm* y no, como hasta ahora, por los propios jueces.

Sobre estas cuestiones se pronunció, por primera vez, el TJUE en la sentencia (Gran Sala) de 19 de noviembre de 2019, *A.K., Independencia de la Sala Disciplinaria del Tribunal Supremo*, asuntos acumulados C-585/18, C-624/18 y C-625/18, determinando que un cambio en la forma de elección de los miembros-jueces como el ocurrido en el KRS podría dar lugar a una falta de independencia de este órgano respecto de los poderes legislativo y ejecutivo. Una dependencia política que tendría, además, una especial trascendencia, pues alcanzaría a los nombramientos que dicho órgano propone para cubrir vacantes en diversos órganos jurisdiccionales, entre ellos el Tribunal Supremo.

En este sentido, el TJUE señaló que una Sala como la Sala Disciplinaria del Tribunal Supremo polaco, con competencias disciplinarias sobre jueces, podría no cumplir con las exigencias mínimas de independencia consagradas en el derecho de la Unión y, por ello, no tener la condición de órgano jurisdiccional independiente e imparcial³⁰. El motivo para tal consideración era muy claro: que la totalidad de sus miembros había sido nombrada por el KRS en su nueva composición y con la nueva forma de designación. Idea que reiteró un tiempo después, en la STJUE (Gran Sala), de 2 de marzo de 2021, *A.B. y otros*, asunto C-824/18, aunque esta vez vinculada a la falta de control judicial de las resoluciones de dicho órgano por las que propone candidatos para su nombramiento como jueces del Tribunal Supremo³¹. Y que ha vuelto

³⁰ Cfr. el prolijo razonamiento del TJUE en los apartados 131-154 de la mencionada sentencia. En ellos el TJUE señaló que, a priori, la intervención de un organismo como el KRS en el proceso de nombramiento de jueces “puede contribuir a objetivar dicho proceso, delimitando objetivamente el margen de maniobra de que dispone el Presidente de la República” (apartado 137), pero ello, lógicamente, “siempre que dicho organismo disfrute él mismo de una independencia suficiente respecto de los poderes legislativo y ejecutivo y de la autoridad a la que debe remitir tal propuesta de nombramiento” (apartado 138).

³¹ En esta ocasión el TJUE debía analizar si el hecho de que las propuestas de nombramiento de jueces para el Tribunal Supremo realizadas por un órgano como el KRS no fueran susceptibles de control judicial vulneraba las exigencias inherentes a la tutela judicial efectiva consagradas en el ordenamiento de la Unión Europea; muy en particular, si

a poner sobre la mesa en la reciente STJUE (Gran Sala) de 6 de octubre de 2021, *W.Ż.*, cuestionando, sobre la base de esos mismos argumentos, la condición de “juez independiente e imparcial” de la Sala de Control Extraordinario y Asuntos públicos³².

Junto con los pronunciamientos analizados, que respondían a cuestiones prejudiciales planteadas por órganos jurisdiccionales polacos, debemos destacar, también, la STJUE (Gran Sala) de 15 de julio, *Comisión c. Polonia, Régime disciplinaire des juges*, que resolvía un recurso por incumplimiento planteado por la Comisión en relación con la reforma del régimen disciplinario de los jueces polacos. Entre otras cuestiones, que se analizarán en un apartado posterior, el TJUE volvió a pronunciarse sobre el órgano de gobierno de los jueces, declarando que la regulación polaca cuestionada era susceptible de generar dudas legítimas en los justiciables en relación con su independencia y, por lo tanto, de generar esas mismas dudas legítimas en relación con la independencia de los miembros de la Sala Disciplinaria, en cuyo nombramiento aquel juega un papel fundamental³³.

Así, el TJUE afirmó, con rotundidad, que la garantía de independencia del Poder Judicial Europeo, consagrada en el derecho de la Unión, presupone la existencia de ciertas reglas relativas al nombramiento de aquellos jueces que son susceptibles de pronunciarse sobre la interpretación o aplicación del derecho de la Unión³⁴. En consecuencia, los Estados miembros, al ejercer sus

afectaba a la independencia judicial. Así, el TJUE apuntó que, en un sistema como el polaco, en el que la decisión del órgano que formalmente procede al nombramiento (el Presidente de la República) no es susceptible de control judicial, el alcance del recurso que pueda interponer un candidato no propuesto contra las resoluciones del órgano proponente (el KRS) deviene un elemento de vital importancia. Más aún si resulta que “la independencia de un organismo como el KRS frente a los poderes legislativo y ejecutivo no está exenta de duda” (apartado 130). En tales casos, la existencia de un control judicial sobre las propuestas del KRS resultaría determinante para “preservar el proceso de nombramiento de los jueces de que se trata frente a influencias directas o indirectas y evitar que puedan generarse dudas legítimas en cuanto a la independencia de los jueces designados” (apartado 136). Cfr. un comentario a dicha sentencia en Magaldi, 2021: 239-246.

³² STJUE (Gran Sala) de 6 de octubre de 2021, *W.Ż.*, asunto 487/19, apartados 147-150.

³³ Cfr. STJUE (Gran Sala) de 15 de julio, *Comisión c. Polonia, Régime disciplinaire des juges*, asunto C-791/19, apartados 108-110, constatando, de nuevo, que el grado de independencia del KRS es esencial para determinar si los jueces que selecciona y propone son, a su vez, independientes en el sentido del derecho de la Unión (apartados 99-102).

³⁴ Condición que, sin género de dudas, cumplen tanto el Tribunal Supremo polaco como, de hecho, el resto de tribunales ordinarios polacos, tal y como ha señalado el TJUE en, por ejemplo, la sentencia ahora analizada, cuyo apartado 55 establece que “no se discute que tanto el Tribunal Supremo, como los tribunales ordinarios polacos pueden verse abocados a resolver sobre cuestiones vinculadas a la aplicación o la interpretación del derecho de la Unión y que, en calidad de órganos jurisdiccionales forman parte del siste-

competencias (es decir, cuando aprueban normas nacionales que regulan el procedimiento de nombramiento de jueces orgánicamente nacionales, pero funcionalmente europeos), están obligados a cumplir, también, con las obligaciones que impone el artículo 19.1 2º TUE. Entre dichas obligaciones ocupa un lugar fundamental el respeto al principio de separación de poderes y la garantía de independencia del poder judicial respecto de los otros poderes³⁵. En consecuencia, el TJUE consideró que la nueva configuración jurídica del KRS no cumple con los requisitos exigidos por el artículo 19 TUE.

Pero el TJUE no solo se ha pronunciado sobre el papel del órgano de gobierno de los jueces en los nombramientos judiciales. También lo ha hecho en relación con el alcance de la participación del poder ejecutivo de un Estado miembro (en concreto, de Malta) en los procedimientos de nombramiento de jueces y si dicha participación puede suponer un incumplimiento de las obligaciones que incumben a dicho Estado en virtud del artículo 19.1 2º TUE. En efecto, en la STJUE de 20 de abril de 2021, *Republika*³⁶, el TJUE señaló que, con carácter general, los procedimientos de nombramiento de jueces orgánicamente nacionales y funcionalmente europeos deben analizarse desde una doble perspectiva³⁷. Por un lado, debe realizarse un análisis *ex ante*, comprobando que las condiciones materiales y procedimentales que rigen la adopción de las decisiones de nombramiento se han configurado de tal modo que no suscitan dudas legítimas en el ánimo de los justiciables en cuanto a la independencia de dichos nombramientos³⁸. Por otro lado, debe procederse, también, a un análisis *ex post*, observando con qué garantías se dota a los jueces una vez nombrados. Así, el TJUE afirmó que el mero hecho de que los jueces sean nombrados por el Presidente de la República de un Estado miembro no suscita, *per se*, dudas en cuanto a la independencia e imparcialidad de dichos jueces, siempre y cuando el sistema garantice que,

ma polaco de vías de recurso en los ámbitos cubiertos por el derecho de la Unión (...) de modo que deben cumplir las exigencias de la tutela judicial efectiva”. Ello significa que uno y otros deben considerarse órganos jurisdiccionales funcionalmente europeos, integrantes del Poder Judicial Europeo.

³⁵ *Ibidem*, apartados 95 y 96.

³⁶ La cuestión prejudicial, presentada por el Tribunal Civil de Malta, se planteó en el seno de una *actio popularis* entre *Republika*, una asociación maltesa cuyo objeto es promover la defensa de la justicia y del Estado de Derecho, y el Primer Ministro de Malta.

³⁷ El TJUE afirmó que la normativa maltesa se aplica a jueces que, aunque orgánicamente adscritos a un poder judicial nacional, actúan, o pueden hacerlo, como jueces europeos, pues “no se discute que los miembros de la judicatura maltesa pueden verse abocados a resolver sobre cuestiones vinculadas a la aplicación o a la interpretación del derecho de la Unión (...) por lo que quedan sujetos a las exigencias de la tutela judicial efectiva” (STJUE de 20 de abril de 2021, *Republika*, asunto C-896/19, apartado 38).

³⁸ *Ibidem*, apartado 57.

una vez nombrados, no quedarán sometidos a presiones en el ejercicio de sus funciones³⁹.

En el concreto caso de Malta, la Constitución establece que los jueces son nombrados por el Presidente de la República, previa opinión favorable del Primer Ministro, de entre juristas con un cierto tiempo de ejercicio de la profesión. No obstante, antes de que el Primer Ministro informe, un Comité de Nombramientos Judiciales debe emitir una evaluación, de la que aquel únicamente podrá apartarse si explicita las razones que le llevan a obviar el dictamen del Comité (publicándolas en el Diario oficial) y las expone, además, ante la Cámara de los Diputados⁴⁰. Así, el TJUE afirmó que el Comité de Nombramientos Judiciales “puede contribuir a objetivar ese proceso, al delimitar el margen de maniobra de que dispone el Primer Ministro en el ejercicio de la competencia que se le atribuye”, pero solo “si tal órgano disfruta él mismo de una independencia suficiente respecto de los poderes legislativo y ejecutivo y de la autoridad a la que debe informar sobre la evaluación de los candidatos a un cargo judicial”⁴¹.

Obsérvense, en este sentido, las evidentes similitudes con el razonamiento del TJUE en relación con el KRS polaco y su intervención en los nombramientos de los jueces de la Sala Disciplinaria. Ahora bien, en el caso del Comité de Nombramientos Judiciales maltés, su conclusión fue totalmente distinta, al considerar que sus reglas de composición y funcionamiento sí resultaban adecuadas para garantizar su independencia frente a los poderes legislativo y ejecutivo⁴². Y, en consecuencia, declaró que un sistema como el descrito no vulnera las obligaciones que dimanarían del artículo 19 TUE, siempre y cuando la facultad del Primer Ministro para apartarse del dictamen del Comité se ejerza de forma excepcional y respetando escrupulosamente la obligación de motivar⁴³.

2. *Las garantías en el puesto: la posibilidad de juzgar sin presiones*

El TJUE es consciente de que no es suficiente con establecer determinados requisitos en relación con el acceso al puesto de juez, sino que es

³⁹ Ibidem, apartado 56.

⁴⁰ La composición de este Comité viene determinada en la propia Constitución, prohibiéndose que formen parte del mismo personalidades políticas. Dicho Comité no está sujeto, al ejercer sus funciones, a la dirección o control de ninguna persona o autoridad. Por otra parte, sus trabajos son confidenciales y se desarrollan a puerta cerrada, pero debe publicar los criterios con arreglo a los cuales efectúa sus evaluaciones. Ibidem, apartados 3-8 y 67.

⁴¹ Ibidem, apartado 66.

⁴² Ibidem, apartado 67.

⁴³ Ibidem, apartado 71.

imprescindible asegurar, además, ciertas garantías una vez se ha alcanzado dicho puesto. Garantías que permitirán el ejercicio de la función jurisdiccional con independencia y, de este modo, garantizar la tutela judicial efectiva de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión otorga a sus ciudadanos.

El primer aspecto sobre el que se pronunció el TJUE en relación con las garantías de independencia en el puesto fue la relativa a si las retribuciones de quienes integran el Poder Judicial Europeo podían verse transitoriamente reducidas sin que ello afectara a su independencia. Esta fue la cuestión que se dilucidó, precisamente, en la ya analizada STJUE *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, pero también en la STJUE de 7 de febrero de 2019, *Escribano Vindel*. En ambas sentencias el TJUE señaló que aquellos jueces nacionales que sean, al mismo tiempo, susceptibles de aplicar e interpretar derecho de la Unión (que sean, por lo tanto, jueces europeos) pueden ver reducidas sus retribuciones, de forma provisional, con el objetivo de combatir la crisis financiera y sin que ello menoscabe necesariamente la exigencia de independencia judicial que les impone el derecho de la Unión. Ahora bien, para que no se produzca tal menoscabo es imprescindible que el nivel de retribuciones que perciban esté en consonancia con la importancia de las funciones que ejercen⁴⁴.

Un segundo aspecto crucial para el TJUE es aquel relativo a la posibilidad de juzgar con libertad; es decir, poder ejercer la función jurisdiccional sin presiones de ningún tipo. A este respecto, juega un papel fundamental la configuración que el legislador nacional realice del régimen disciplinario de los jueces, tal y como el TJUE ha constatado en su sentencia de 15 de julio, *Comisión c. Polonia, Régime disciplinaire des juges*. En dicho pronunciamiento el TJUE afirmó que, a los jueces polacos, en tanto que jueces europeos (susceptibles de aplicar e interpretar Derecho de la Unión), se les debe aplicar un régimen disciplinario regulado de tal modo que evite que se convierta en un instrumento de control político del contenido de sus decisiones⁴⁵.

⁴⁴ STJUE (Gran Sala) de 27 de febrero de 2018, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, asunto C-64/16, apartado 45 y STJUE de 7 de febrero de 2019, *Escribano Vindel*, asunto C-49/18, apartados 66-68.

⁴⁵ STJUE (Gran Sala) de 15 de julio, *Comisión c. Polonia, Régime disciplinaire des juges*, asunto C-791/19, apartados 134-136. Ello no quiere decir que los Estados miembros no puedan establecer un régimen disciplinario de los jueces; por el contrario, el TJUE consideró que este puede constituir un mecanismo para asegurar el buen funcionamiento del sistema judicial y una adecuada rendición de cuentas. Ahora bien, cuando los legisladores nacionales regulen el régimen disciplinario de los jueces nacionales (algo que, por demás, es competencia exclusiva de los Estados miembros) deben tener en cuenta que están regulando, también, el *régimen disciplinario de jueces europeos*. En consecuencia, deben cumplir con las exigencias que, al respecto, impone el derecho de la Unión.

Así, para el TJUE, la configuración del régimen disciplinario de los jueces europeos debe analizarse desde distintas perspectivas. En primer lugar, atendiendo al órgano que va a ejercer la potestad disciplinaria sobre los jueces (*dimensión subjetiva*). En este sentido, el derecho de la Unión exige que las decisiones que se adopten en los procedimientos disciplinarios contra jueces sean susceptibles de control por un órgano que cumpla con todos los requisitos inherentes a la tutela judicial efectiva; entre ellos, la exigencia de independencia⁴⁶. De conformidad con el actual sistema judicial polaco, los asuntos disciplinarios contra jueces son, al menos en parte, competencia de la nueva Sala Disciplinaria del Tribunal Supremo. Una Sala a la que el TJUE ya le había negado su consideración como tribunal independiente e imparcial, según hemos explicado *supra*. Por ello, la mera posibilidad de que los jueces polacos -en tanto que jueces europeos- puedan verse sometidos a procedimientos disciplinarios ante un órgano cuya independencia no está garantizada, puede afectar a su propia independencia y suponer un riesgo de que su régimen disciplinario se convierta en un instrumento político para influir en las decisiones judiciales⁴⁷.

En segundo lugar, y por lo que se refiere a los motivos que justifican el ejercicio de la potestad disciplinaria (*dimensión objetiva*), el TJUE declaró que las conductas susceptibles de constituir infracción disciplinaria, y las sanciones a ellas aplicables, deben estar suficientemente definidas, evitando que un juez deba afrontar responsabilidades disciplinarias por el mero contenido de sus resoluciones⁴⁸. Precisamente, la reciente reforma del régimen disciplinario polaco había modificado la tipificación de las infracciones disciplinarias, incorporando la posibilidad de que se generara responsabilidad disciplinaria de un juez por un error jurídico manifiesto en sus resoluciones⁴⁹. Según el TJUE, la redacción de las disposiciones polacas cuestionadas era excesivamente vaga y genérica, incumplía el mandato de claridad y precisión derivado del artículo 19 TUE y generaba, en consecuencia, el riesgo de que el régimen disciplinario se utilizara como instrumento de control político⁵⁰.

⁴⁶ Ibidem, apartados 61 y 80. También en STJUE (Gran Sala) de 18 de mayo de 2021, *Asociația "Forumul Judecătoralor Din România"*, asuntos acumulados C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19, C-397/19, apartados 199-205, en relación con el régimen disciplinario de jueces y fiscales en Rumanía.

⁴⁷ STJUE (Gran Sala) de 15 de julio, *Comisión c. Polonia, Régime disciplinaire des juges*, asunto C-791/19, apartados 82, 83 y 146-148.

⁴⁸ Ibidem, apartado 61.

⁴⁹ Ibidem, apartados 116-119.

⁵⁰ Ibidem, apartados 137-141. Ello no significa, en todo caso, que la salvaguarda de la independencia judicial suponga la exclusión total de la posibilidad de que pueda activarse la responsabilidad disciplinaria de un juez como consecuencia del contenido de sus deci-

Por último, el TJUE exige también que los asuntos disciplinarios contra aquellos jueces susceptibles de aplicar o interpretar Derecho de la Unión se resuelvan a través de procedimientos que respeten los derechos de defensa de los jueces afectados y cumplan con todas las garantías consagradas en el ordenamiento jurídico de la Unión (*dimensión procedimental*). En este sentido, el TJUE enfatizó la idea de que para preservar la independencia de dichos jueces y evitar el riesgo de que el régimen disciplinario se convierta en un instrumento de control político, es esencial que las reglas nacionales relativas a los procedimientos disciplinarios estén diseñadas de tal forma que permitan que los casos sean oídos y resueltos en un tiempo razonable⁵¹. Por ello, una regulación como la polaca en la que, pese a existir una decisión final rechazando iniciar o continuar un procedimiento disciplinario, siempre es posible que se nombre un nuevo agente disciplinario (figura similar a un instructor) sobre el mismo asunto, no es capaz de garantizar que los recursos interpuestos por los jueces sean resueltos en un tiempo razonable, socavando la independencia de los jueces europeos⁵².

Dentro de esa indispensable libertad en el ejercicio de la misión jurisdiccional, el TJUE ha colocado en un lugar preeminente la posibilidad de que los órganos jurisdiccionales nacionales puedan presentar cuestiones prejudiciales, en virtud de su competencia *ex* artículo 267 TFUE. Se trata, sin duda, de un elemento crucial, dada la particular configuración del sistema jurisdiccional de la Unión, y que el TJUE ha vinculado directamente con la necesaria garantía de independencia judicial de aquellos órganos jurisdiccionales nacionales que son también -en tanto que susceptibles de aplicar o interpretar derecho de la Unión- jueces funcionalmente europeos. Por este motivo, ha sido especialmente contundente a la hora de afirmar que, si se constriñe la libertad de tales jueces a la hora de plantear cuestiones prejudiciales, por ejemplo, bajo la amenaza de verse sometidos, por tal motivo, a procedimientos disciplinarios, se está poniendo en peligro su independencia⁵³. Una

siones judiciales. Pero sí que ello solo puede ocurrir en casos absolutamente excepcionales (por ejemplo, como consecuencia de una negligencia grave, evidente mala fe o como resultado de una actuación manifiestamente arbitraria) y al amparo de reglas objetivas que excluyan cualquier duda legítima de los justiciables sobre la impermeabilidad y neutralidad de los jueces.

⁵¹ Y ello porque el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas forma parte de las obligaciones derivadas del artículo 19 TUE en relación con las exigencias de la tutela judicial efectiva y el principio de independencia judicial. Cfr. *ibidem*, apartado 192.

⁵² *Ibidem*, apartado 200.

⁵³ De lo que se deduce, en consecuencia, que no caben disposiciones nacionales de las que se desprenda que los jueces nacionales puedan verse expuestos a procedimientos disciplinarios por haber planteado al TJUE una petición de decisión prejudicial (esto es, por haber hecho uso de la facultad que les corresponde *ex* artículo 267 TFUE). Así, el

independencia que es esencial para el correcto funcionamiento del sistema de cooperación judicial en la Unión Europea y cuya piedra angular es, precisamente, la cuestión prejudicial⁵⁴.

De hecho, las recientes reformas judiciales en Polonia, particularmente la relativa al régimen disciplinario de los jueces, han abierto la puerta a que se inicien procedimientos de investigación contra jueces de los que puede desprenderse responsabilidad disciplinaria. Para el TJUE, ello supone la confirmación de que el riesgo de que el régimen disciplinario de los jueces se convierta en un instrumento de control político se habría ya materializado, produciendo un efecto intimidatorio sobre los jueces a la hora de decidir sobre el planteamiento de cuestiones prejudiciales⁵⁵.

3. *Las garantías de inamovilidad en el puesto y la prohibición de remoción*

Las garantías que el ordenamiento de la Unión postula con el objetivo de excluir toda duda legítima en el ánimo de los justiciables en relación con la impermeabilidad de los órganos judiciales deben alcanzar, también y necesariamente, a la duración del mandato, así como a las causas de su cese, de tal modo que esa indispensable libertad de los jueces en el ejercicio de su función jurisdiccional no se vea coartada por la posibilidad de ser removidos de sus puestos. Es por ello por lo que el TJUE ha destacado el relevante papel que, en el estatuto de los jueces europeos, juega la garantía de la inamovilidad, “idónea para proteger a quienes tienen encomendada la misión de juzgar”⁵⁶.

Este principio de inamovilidad se traduce, en primer lugar, en la prohibición de que los jueces sean removidos de sus puestos; solo cabe la remoción

hecho de que dichos jueces estén expuestos a procedimientos y sanciones disciplinarias por haber ejercido esa facultad socaba su independencia, en el sentido del artículo 19.1 2º TUE, y supone una clara vulneración del artículo 267 TFUE. Cfr. STJUE de 26 de marzo de 2020, *Miasto Łowicz y otros*, asuntos acumulados C-558/18 y C-563/18, apartados 56-59 y STJUE (Gran Sala) de 15 de julio, *Comisión c. Polonia, Régime disciplinaire des juges*, asunto C-791/19, apartado 225-230 y 234.

⁵⁴ Ibidem, apartado 55 y 222, respectivamente.

⁵⁵ Un buen ejemplo de ello lo encontramos en la STJUE de 26 de marzo de 2020, *Miasto Łowicz y otros*, asuntos acumulados C-558/18 y C-563/18, en la que los jueces que plantearon la cuestión prejudicial informaron de que habían tenido que comparecer, como testigos, en una vista en la que se examinaban los motivos por los que habían planteado las cuestiones prejudiciales, advirtiéndoseles de posibles “extralimitaciones de competencias” (apartados 20 y 21).

⁵⁶ Lo ha destacado en la recientísima STJUE (Gran Sala) de 6 de octubre de 2021, *W.Ż.*, asunto 487/19, apartado 111, pero también, con anterioridad, en STJUE (Gran Sala) de 24 de junio de 2019, *Comisión c. Polonia, Independencia del Tribunal Supremo*, asunto C-619/18, apartado 75 y STJUE (Gran Sala) de 5 de noviembre de 2019, *Comisión c. Polonia, Independencia de los tribunales ordinarios*, asunto C-192/18, apartado 112.

de forma excepcional y si está justificada por un objetivo legítimo, es proporcionada en relación con él y, en todo caso, no suscita dudas legítimas en el ánimo de los justiciables en lo que respecta a la impermeabilidad de los tribunales en cuestión frente a elementos externos y a su neutralidad ante los intereses en litigio⁵⁷.

En relación, precisamente, con esta prohibición general de remoción, el TJUE se ha pronunciado en dos ocasiones, ambas vinculadas a la reducción de la edad de jubilación de los jueces en Polonia⁵⁸. En este país se llevó a cabo, en 2016, una controvertida modificación normativa de la edad de jubilación de los jueces, cuya reducción y entrada en vigor inmediata, sin régimen transitorio, supuso que todos aquellos jueces que hubieran alcanzado los 65 años de edad fueran automáticamente cesados. La situación se antojaba especialmente grave en el caso del Tribunal Supremo, pues suponía la inmediata jubilación de, aproximadamente, un 37% de sus jueces en activo y, por lo tanto, una renovación inmediata y de gran alcance del alto tribunal. Una renovación que, además, debía ponerse en relación con la reforma simultánea del KRS, que permitía, en definitiva, que los nuevos jueces fueran nombrados por el Presidente de la República a propuesta del KRS en su nueva composición⁵⁹.

Pues bien, en ambas sentencias el TJUE afirmó que la reducción de la edad de jubilación de jueces nacionales susceptibles de interpretar o aplicar derecho de la Unión vulnera el principio de inamovilidad de dichos jueces, cuando la reducción se aplica de forma inmediata a quienes están actualmente en activo⁶⁰. Dicho principio de inamovilidad exige que los jueces puedan ejercer sus funciones hasta que alcancen la edad de jubilación forzosa o hasta que termine su mandato, si este tiene una duración determinada. Y, si

⁵⁷ STJUE (Gran Sala) de 5 de noviembre de 2019, *Comisión c. Polonia, Independencia de los tribunales ordinarios*, asunto C-192/18, apartado 115; STJUE (Gran Sala) de 24 de junio de 2019, *Comisión c. Polonia, Independencia del Tribunal Supremo*, asunto C-619/18, apartado 79. Más recientemente STJUE (Gran Sala) de 6 de octubre de 2021, *W.Ż.*, asunto 487/19, apartado 112, señalando, por ejemplo, que sí se admite de manera general que los jueces puedan ser cesados si no reúnen las condiciones de aptitud para continuar en el ejercicio de sus funciones por motivos de incapacidad o por falta grave, observando los procedimientos adecuados (apartado 112).

⁵⁸ STJUE (Gran Sala) de 5 de noviembre de 2019, *Comisión c. Polonia, Independencia de los tribunales ordinarios*, asunto C-192/18 y STJUE (Gran Sala) de 24 de junio de 2019, *Comisión c. Polonia, Independencia del Tribunal Supremo*, asunto C-619/18, resolviendo recursos por incumplimiento planteados por la Comisión en virtud del artículo 258 TFUE. Sobre la primera de ellas cfr. el comentario de Krzywoń, 2020: 164-175.

⁵⁹ STJUE de 24 de junio de 2019, *Comisión c. Polonia, Independencia del Tribunal Supremo*, asunto C-619/18, apartado 86.

⁶⁰ *Ibidem*, apartados 74 y 75.

bien es cierto que no se trata de un principio de carácter absoluto, el TJUE solo admite que sea excepcionado por motivos legítimos e imperiosos que lo justifiquen y respetando el principio de proporcionalidad⁶¹.

En esas mismas sentencias el TJUE cuestionó, también, una facultad discrecional conferida al poder ejecutivo (al Ministro de Justicia o al Presidente de la República, según los casos) para otorgar una prórroga a los jueces que quisieran continuar su vida laboral una vez alcanzada la nueva edad de jubilación ordinaria. Se trataba de prórrogas concedidas sin que la ley determinara con claridad los criterios de otorgamiento y sin que cupiera, además, recurso judicial frente a su denegación. En opinión del TJUE, una injerencia de tal alcance por parte de un poder ejecutivo nacional en el ejercicio de la función jurisdiccional europea también supone una vulneración del principio de inamovilidad judicial consagrado en el ordenamiento de la Unión⁶².

Por otra parte, el TJUE ha vinculado el principio de inamovilidad con situaciones en las que, aunque no se persigue el cese definitivo del juez, se alteran de tal modo sus condiciones de trabajo que puede equivaler, *de facto*, a una conculcación de dicho principio y, por ende, del principio de independencia judicial. Nos estamos refiriendo, concretamente, a los traslados forzosos, por los que un juez es trasladado de un tribunal a otro, o de una sección de un tribunal a otra sección distinta del mismo tribunal, sin su consentimiento. Esta fue, de hecho, la situación planteada en la STJUE (Gran Sala) de 6 de octubre de 2021, *W.Ż*, en la que el juez Żurek fue trasladado forzosamente, por decisión del Presidente del Tribunal regional en el que ejercía, de una sección a otra. Algo que Żurek estimó como una degradación profesional injustificada (suponía pasar de una sección del tribunal que conocía de asuntos en apelación a otra que conocía de asuntos en primera instancia) y frente a la que, según se ha ya analizado, recurrió⁶³.

En el mencionado asunto, el TJUE señaló que este tipo de traslados puede afectar a la extensión de las atribuciones de los jueces concernidos, así como a la tramitación de las causas de las que conozcan. Y, más aún, puede tener también “consecuencias considerables en su vida y en su carrera profesional

⁶¹ Ibidem, apartados 76, 78 y 79. Cfr. también STJUE (Gran Sala) de 5 de noviembre de 2019, *Comisión c. Polonia, Independencia de los tribunales ordinarios*, asunto C-192/18, apartados 111-113 y 115.

⁶² STJUE (Gran Sala) de 5 de noviembre de 2019, *Comisión c. Polonia, Independencia de los tribunales ordinarios*, asunto C-192/18, apartados 116-118 y 122-127 y STJUE (Gran Sala) de 24 de junio de 2019, *Comisión c. Polonia, Independencia del Tribunal Supremo*, asunto C-619/18, apartados 83-85.

⁶³ En la vista ante el TJUE el Defensor del Pueblo polaco puso de manifiesto que Żurek había sido miembro y portavoz del antiguo KRS, y era muy conocido por haber criticado públicamente las recientes reformas judiciales. Cfr. STJUE (Gran Sala) de 6 de octubre de 2021, asunto 487/19, apartado 119.

y, de tal forma, producir efectos análogos a los de una sanción disciplinaria”⁶⁴. Por este motivo, el TJUE consideró que el régimen que debe aplicarse a los traslados judiciales sin consentimiento de los jueces afectados debe articularse de tal modo que garantice, en todo caso, la independencia de dichos jueces frente a injerencias externas⁶⁵. En concreto, señaló dos exigencias esenciales. Por un lado, que cuando se adopte una medida de traslado forzoso que no sea el resultado de una sanción disciplinaria, la medida se justifique “por razones legítimas relacionadas con un reparto de los recursos disponibles que permita asegurar una buena administración de la justicia”. Por otro lado, que el juez afectado disponga de la posibilidad de impugnar judicialmente la decisión de conformidad con los derechos que le asisten según la CDFUE (artículos 47 y 48)⁶⁶.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- BONELLI, Matteo, “Effective Judicial Protection in EU Law: an evolving principle of a constitutional nature”, *Review of European Administrative Law* 2 (2019): 35-63.
- ; CLAES, Monica, “Judicial serendipity: how Portuguese judges came to rescue of the Polish judiciary”, *European Constitutional Law Review* 14 (2018): 622-643.
- BUENO ARMJO, Antonio, “Derecho Administrativo Internacional y Derecho Administrativo de la Unión Europea”, en Manuel REBOLLO PUIG y Diego VERA JURADO (dirs.), *Derecho Administrativo. Tomo I* (Madrid, Tecnos, 2017), 425-452.
- , “Una propuesta de concepción subjetiva del Derecho Administrativo comunitario”, en Avelino BLASCO ESTEVE (coord.), *El Derecho público de la crisis económica. Transparencia y sector público. Hacia un nuevo Derecho Administrativo* (Madrid, INAP, 2012): 495-503.
- CHMIELARZ GROCHAL, Anna; LASKOWSKA, Marzena; SUŁKOWSKI, Jarosław, “La crisis constitucional en Polonia (sobre la oportunidad perdida en Polonia)”, *Revista General de Derecho Constitucional* 27 (2018): 1-48.
- CLOSA, Carlos, “Reinforcing EU monitoring of the Rule of Law. Normative arguments, institutional proposals and the procedural limitations”, en Carlos CLOSA/ Dmitry Kochenov, *Reinforcing rule of law oversight in the European Union* (Cambridge University Press, 2016): 15-35.

⁶⁴ Ibidem, apartado 115.

⁶⁵ Ibidem, apartado 117. De hecho, el TJUE equipara este tipo de traslados con una sanción en cuanto a sus consecuencias desfavorables, lo que, a su vez, le lleva a aplicar, *mutatis mutandis*, las garantías del régimen disciplinario al régimen de los traslados forzados, incidiendo en la idea de que estos últimos, al igual que el régimen disciplinario, deben articularse de tal modo que eviten el riesgo de que puedan utilizarse como sistema de control político del contenido de las resoluciones judiciales (apartado 113).

⁶⁶ Ibidem, apartado 118.

- GARCÍA-VALDECASAS DORREGO, María José, “El Tribunal de Justicia, centinela de la independencia judicial desde la sentencia *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*”, *Revista Española de Derecho europeo* 72 (2019): 75-95.
- Halmá, Gábor, “How the EU can and should cope with illiberal Member States?” *Quaderni costituzionali* 2 (2018): 313-339.
- Hillion, Christophe, “Overseeing the Rule of Law in the EU: Legal mandate and means”, in Carlos CLOSA/Dimitry KOCHENOV, *Reinforcing rule of law oversight in the European Union* (Cambridge University Press, 2016): 59-81.
- Krzywoń, Adam, “La justicia europea contra la reducción arbitraria de la edad de jubilación de los jueces. Comentario a la STJUE de 24 de junio de 2019, Comisión/Polonia, C-619/18”, *Revista del Parlamento Vasco* 1 (2020): 164-175.
- , “La crisis constitucional en Polonia (2015-2017): cómo cuestionar el sistema del equilibrio constitucional en dos años”, *Teoría y Realidad Constitucional* 41 (2018): 359-379.
- LELOUP, Mathieu, “The appointment of judges and the right to a tribunal established by law: The ECJ tightens its grip on issues of domestic judicial organization: Review Simpson”, *Common Market Law Review* 57 (2020): 1139-1162.
- MAGALDI, Nuria, “La contribución del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la defensa del Estado de Derecho en Polonia”, en AA.VV., *El Derecho de la Unión Europea ante los objetivos de desarrollo sostenible* (Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022): en prensa.
- , “El TJUE reafirma su competencia sobre el control de la organización judicial de los Estados miembros”, *Revista Jurídica de Catalunya* 3 (2021): 239-246.
- , “Una nueva advertencia a Polonia sobre la (in)dependencia de su poder judicial”, *Revista General de Derecho Europeo* 52 (2020): 1-24.
- PÉREZ BERNÁNDEZ, Carmela, “La Unión Europea frente a la erosión del Estado de Derecho: las respuestas jurídico-políticas al caso polaco”, *Revista General de Derecho Europeo* 40 (2016): 49-94.
- RODRÍGUEZ-IZQUIERDO SERRANO, Miryam, “Los derechos fundamentales en el procedimiento por incumplimiento y la adecuación constitucional de las actuaciones de los Estados miembros”, *Revista de Derecho comunitario europeo* 61 (2018): 933-971.

ESTADO DE DERECHO, INDEPENDENCIA JUDICIAL Y AUTONOMÍA DEL MINISTERIO FISCAL. HACIA UN MODELO EUROPEO DE FISCAL

*Rule of Law, judicial independence and autonomy of the
Public Prosecutor's Office. Towards a European model of
prosecution*

Annaïck Fernández Le Gal
Profesora de Derecho Constitucional
Universidad de Córdoba

<https://doi.org/10.18543/ed.2497>

Recibido: 25.05.2022
Aceptado: 14.06.2022
Publicado en línea: junio 2022

Resumen

En la Unión Europea la Fiscalía es una institución común, pero de configuración dispar. La importancia de su función y su protagonismo en el espacio jurídico europeo ha suscitado la preocupación por el riesgo de que su actuación esté más atenta a intereses gubernamentales que a la promoción de la justicia en defensa de la legalidad. Estamos inmersos en un proceso de convergencia de los distintos modelos de fiscalía en refuerzo de su autonomía y objetividad y asistimos a importantes reformas nacionales. La meta es el aumento de la confianza mutua en el funcionamiento de los respectivos sistemas de justicia penal nacionales y el robustecimiento del compromiso con los valores del Estado de Derecho, pilares de los ordenamientos nacionales y de la propia Unión Europea.

Palabras clave

autoridad judicial, ministerio público, fiscal, fiscal europeo, independencia, autonomía, cooperación judicial, Estado de Derecho, espacio jurídico europeo.

Abstract

In the European Union, the Public Prosecutor's Office is a common institution, but of disparate configuration. The importance of its role and its prominence in the European legal area has raised concerns about the risk that its action is more attentive to governmental interests than to the promotion of justice in defense of legality. We are immersed in a process of convergence of the different models of prosecutor's office in order to strengthen their autonomy and objectivity and we are witnessing important national reforms. The goal is to increase mutual trust in the functioning of the most respected national criminal justice systems and to strengthen our commitment to the values of the rule of law, pillars of national systems and of the European Union itself.

Keywords

judicial authority, public prosecutor's office, public prosecutor, European public prosecutor, independence, autonomy, criminal judicial cooperation, Rule of Law, European legal area.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL FISCAL COMO “AUTORIDAD JUDICIAL” EN LA JURISPRUDENCIA EUROPEA. 1. Planteamiento. 2. El fiscal como autoridad judicial garante de la libertad personal y otros derechos fundamentales y su condición de parte acusadora. 3. El fiscal como autoridad judicial en los instrumentos de cooperación judicial penal. 3.1. *Los fiscales como autoridades judiciales en las órdenes de detención y entrega (ODE)*. 3.2. *El fiscal en las órdenes europeas de investigación (OEI)*. III. INSTRUMENTALIZACIÓN DE LA FISCALÍA E INDEPENDENCIA JUDICIAL: EL CASO RUMANO. IV. REFLEXIONES FINALES. V. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

En julio de 2021 comenzó a funcionar la fiscalía europea¹, configurada como fiscalía independiente (Considerando 16 y art. 6.1 Reglamento 2017/1939), a la que corresponderá instruir y acusar en el ámbito de delitos contra los intereses financieros de la Unión. La primera Fiscal General europea es Laura Kövesi, que fue fiscal anticorrupción en Rumanía, destituida por el Gobierno rumano tras sus críticas públicas a las reformas legislativas en materia judicial acometidas en su país. Es significativo que la primera titular de la nueva Fiscalía Europea haya sido una fiscal destituida en el marco de su actuación contra la corrupción en un país en el que precisamente la lucha contra la corrupción y el fortalecimiento del sistema judicial fueron decisivos en el mecanismo de adhesión del que se dotó a Rumania, y cuyo trabajo fue aplaudido de modo unánime por la comunidad internacional. A partir de ahora comprobaremos su bondad en la práctica y, en particular el encaje de los fiscales delegados con las fiscalías nacionales, algunas de las cuales, como la nuestra, aún no han asumido la instrucción², y, en cualquier

¹ Según el art. 541 bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), «(l)a Fiscalía Europea será responsable de investigar y ejercer la acción penal ante el órgano de enjuiciamiento competente en primera instancia y vía de recurso contra los autores y demás partícipes en los delitos que perjudiquen los intereses financieros de la Unión Europea en los que, con arreglo al Reglamento (UE) 2017/1939 (...) ejerza de forma efectiva su competencia».

² En la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 9/2021, de 1 de julio, de aplicación del Reglamento (UE) 2017/1939, del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea se hace referencia precisamente a la particular necesidad de esta ley en nuestro país, dado que aún la instrucción de los delitos en nuestro sistema procesal penal -salvo en menores- descansa en el juez instructor. La exposición de motivos, por su parte, del todavía anteproyecto de LECR enfatiza cómo esta nueva ley obliga, más si cabe que antes, a nuestro país a dar el

caso, cuentan con normas organizativas y estatutarias diferentes a fuer de cometidos procesales distintos. Pero no me ocuparé de la Fiscalía europea, sino de las fiscalías nacionales, eso sí, con una mirada en clave europea, atenta a la jurisprudencia europea y al *soft law* en la materia. Las fiscalías nacionales cuentan con organizaciones heterogéneas, fruto de tradiciones históricas y opciones constitucionales dispares en la organización de sus sistemas de justicia penal.

El Ministerio Fiscal³ desempeña un papel irremplazable en el Estado de Derecho, promoviendo ante la justicia –destacadamente la penal– la defensa del interés público, es decir, instando la aplicación de la ley penal en el marco de un proceso con todas las garantías. El Ministerio Público da respuesta así a dos fines esenciales del Estado constitucional, en el ejercicio de su *ius puniendi*, que constituyen su razón de ser y su justificación institucional. Uno es la defensa del interés público en la persecución de los delitos, los cuales son tipificados y castigados en la ley penal, lo que debe hacer respetando la igualdad de todos ante la ley penal, y el otro, la garantía de un proceso debido, pues autoridades distintas, fiscal y juez, concurren desde posiciones separadas (ejercer la acción penal o acusar⁴ y ejercer la función jurisdiccional) para llegar a la sentencia condenatoria o absolutoria, que recoge la verdad del proceso, garantía del justiciable, como derecho fundamental. Este es el núcleo de su cometido, pero al fiscal se atribuyen muchísimos otros quehaceres, en la vía penal e incluso en la defensa del interés público o de colectivos merecedores de especial protección en procesos no penales. Aquí me limitaré al papel del fiscal en asuntos relativos al sistema procesal penal.

paso de encomendar la instrucción al fiscal, como es habitual en el panorama europeo, reformando la anciana ley de enjuiciamiento criminal que data de 1882, con múltiples reformas naturalmente.

³ Utilizo específicamente la expresión “Ministerio Fiscal”, por ser, muy probablemente, la más utilizada entre nosotros. En lo sustancial, es sinónima, y, por ende, resulta intercambiable, con las de “Ministerio Público”, “fiscalías” o “fiscales”, y sus correspondientes homónimos extranjeros. Podemos hablar también de “ministerio público”, con minúscula, para aludir de modo destacado a la misión, al fin institucional del Ministerio Fiscal, más de allá del grado de su institucionalización, que suele ser mayor en los supuestos de existencia de una Fiscalía General con cometidos sobre el conjunto de las fiscalías. En este sentido, puede resultar interesante contraponer aquellos ordenamientos que, no sin importantes diferencias, cuentan con esta figura (tales como Portugal, Lituania, España, Polonia, Hungría) a otros en que el fiscal general de la casación no es parangonable a nuestro Fiscal General, y hemos de considerar la posición de los fiscales jefes de las fiscalías y, en su caso, su sujeción a los Ministerios de Justicia. Prescindimos en este momento de la separación (España o Alemania) o la unidad de las carreras judicial y fiscal (esto último en el caso del fiscal francés, con particularidades respecto a sus colegas jueces, o del fiscal italiano, partícipes del mismo estatuto).

⁴ DíEZ-PICAZO, 2000.

El principal texto en la materia es la Recomendación (2000) 19, *sobre el papel del Ministerio Público en el sistema de justicia penal*⁵, que, partiendo de la variedad de sistemas, tradiciones y organizaciones de la fiscalía, “*entiende por Ministerio Fiscal la autoridad encargada de vigilar en nombre de la sociedad y en interés general la aplicación de las leyes con sanciones penales, teniendo en cuenta, por una parte, los derechos individuales y por otra, la necesaria eficacia del sistema de justicia penal*”. En estos términos –conciliadores de la eficacia y la garantía de los derechos en la defensa de ley penal– define al fiscal, y a partir de ahí analiza los distintos problemas en torno al ministerio público, y, preocupado especialmente por los sistemas en los que el fiscal depende del gobierno, recomienda la adopción de salvaguardias que garanticen su autonomía y su resguardo ante mediatizaciones políticas. Esta Recomendación no solo sirve como mecanismo de diagnóstico de los sistemas judiciales domésticos en clave comparada, sino que permite bosquejar un modelo incipiente de “*fiscal europeo*”⁶. En este sentido, no es difícil apreciar una especial preocupación por la garantía de su particular independencia o autonomía, que es la dirección en la que, consiguientemente, alentará, cuando haya lugar, reformas de las normativas nacionales. En la construcción de este mínimo común denominador, la Recomendación 2000 (19) es la *norma de cabecera* de un *soft law*⁷ nutrido sobre el fiscal. El papel del Consejo Consultivo de Fiscales, al que se encomendó velar por la implementación de esta recomendación, ha dado como frutos importantes informes en la materia. De todo ello ha bebido la Comisión de Venecia⁸, que contempla estas exigencias, en lo que constituye un material fundamental a la hora de analizar los requerimientos europeos al fiscal, al igual que lo están haciendo las instituciones europeas en defensa del Estado de Derecho (*Mecanismo del Estado de Derecho*).

⁵ Esta Recomendación fue elaborada en el seno del Consejo de Europa por el Comité de Expertos sobre el papel del Ministerio Fiscal en el sistema de Justicia Penal bajo el auspicio del Comité Europeo para los Problemas Criminales, y adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa en su sesión celebrada el día 6 de octubre de 2000, durante la 724ª reunión de Delegados de los Ministros. Por su parte, la *Recommandation 1896 (2010) de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe (adoptée le 27 janvier 2010)* encomienda el encargo de ser el guardián de la buena aplicación de esta recomendación, sobre todo atenta al espíritu de independencia de los fiscales –“*en ayant notamment à l'esprit l'indépendance des procureurs et au vu des réformes ayant eu lieu dans les Etats membres depuis l'adoption de la recommandation*”–, al Consejo Consultivo de Fiscales, que vio la luz a la sazón. (v. VERCHER NOGUERA, 2018)

⁶ DELMAS-MARTY, 1994; 1997; PERRODET, 2001.

⁷ BUSTOS GISBERT, 2001.

⁸ La llamada *Comisión de Venecia* o *Comisión Europea para la Democracia por el Derecho*, es un órgano consultivo que forma parte del Consejo de Europa y cuyo ámbito de actuación abarca cuestiones constitucionales.

La organización del ministerio público difiere en los distintos sistemas. En algunos países la carrera judicial incluye a jueces y fiscales como magistrados independientes, en otros son magistrados sujetos a la autoridad del Ministerio de Justicia, en otros son funcionarios no judiciales, dependientes del Gobierno o no, en otros se vinculan al Parlamento, y en Polonia el Ministro de Justicia funge de Fiscal General. Al margen de lo anterior, en líneas generales las fiscalías actúan en el marco de estructuras unitarias y jerarquizadas, en contraste con la personalización de funciones propia del juez. En algunos casos los fiscales actúan conforme al principio de obligatoriedad, mientras que en otros lo hacen conforme a un principio de oportunidad reglada o de legalidad diferenciada. La posibilidad de intervención de los particulares también difiere significativamente. A este respecto, destaca la singularidad de nuestro país, que garantiza constitucionalmente la acusación popular, frente al sistema general de monopolio oficial de la acusación pública, o los sistemas en que la participación de la acusación privada opera de manera residual y como contrapeso de la acción o de la inacción del Ministerio Fiscal.

Pero, sin duda, la principal preocupación se cierne sobre el riesgo de instrumentalización política del Ministerio Fiscal que pueda desviarlo de la defensa del interés público. Se trata del importante asunto de su independencia con respecto al Gobierno, que es el ámbito en el que mayores prevenciones aparecen. Especialmente preocupante para el Estado de Derecho es la situación que se da cuando ese condicionamiento supone trabas a la lucha contra la corrupción o contra la criminalidad de los propios gobernantes. Ciertamente, habida cuenta de la posición intersticial del fiscal, lo anterior puede poner en peligro igualmente la independencia de la justicia y menoscabar la separación de poderes, que constituye elemento definitorio del Estado de Derecho, y ello en un terreno tan sumamente delicado como es la aplicación de la ley penal.

Con ese fin, en primer lugar, daré cuenta breve de la jurisprudencia del TJUE y del TEDH sobre el fiscal como “autoridad judicial” (sic), en el contexto de la cooperación judicial penal, tanto en su condición de autoridad emisora o ejecutora de órdenes de detención y entrega, o de investigación, en su caso, como en el plano de las garantías frente a limitaciones de la libertad personal u otros derechos fundamentales de los sospechosos de la comisión de un delito. Después prestaré atención al pronunciamiento del TJUE sobre las reformas de las leyes de justicia en Rumanía, y el peligro que la instrumentalización de la fiscalía puede suponer *de facto* para la efectiva independencia del poder judicial, en cuanto elemento medular del Estado de Derecho. Además, efectuaré una reseña de la tutela que el TEDH brindó a la actual Fiscal Europea frente a su destitución por parte del Gobierno rumano, que se considera vulneró su libertad de expresión, además de su derecho de acceso a la jurisdicción para controlar tal decisión gubernamental.

II. EL FISCAL COMO “AUTORIDAD JUDICIAL” EN LA JURISPRUDENCIA EUROPEA

1. *Planteamiento*

La función genuina del fiscal es la de ejercer la acusación pública en nombre del Estado, lo que en la mayoría de los sistemas sucede, además, en régimen de monopolio. Es el *gatekeeper*, el *guardián* de las puertas del proceso. No es cuestión baladí. En su propia existencia descansa la garantía de separación entre la función jurisdiccional y la acusatoria, elemento definitorio del proceso debido. Por otra parte, el fiscal decide sobre el inicio o continuación de las investigaciones, dirige o supervisa la investigación, puede tener cometidos en la fase de ejecución de la condena y plantea recursos contra las decisiones judiciales. La distribución de los poderes y facultades entre los distintos actores en el proceso –juez, fiscalía, policía, víctimas y sospechoso de la comisión del delito– dibuja un panorama heterogéneo, con un peso importante de las tradiciones históricas nacionales, pero que tienden a converger como consecuencia de un modelo de proceso debido y contradictorio (art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos [en adelante, CEDH] y arts. 47 y 48 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea [en adelante, CDFUE]). Es necesario subrayar la complejidad de la naturaleza jurídica de esta institución, muy condicionada por su recorrido histórico en cada país, sobre la que pivota la responsabilidad de la persecución del delito, y la obligación de hacerlo de manera objetiva y respetuosa de los derechos fundamentales.

En la fase previa al juicio oral, la llamada fase de “instrucción”, operan diferentes actores, principalmente la policía, los fiscales y los jueces. Es preciso recabar todas las pruebas necesarias que permitan acusar a una persona de haber cometido un delito. Esa actividad puede exigir la limitación de derechos fundamentales, incluyendo, desde luego, la detención del sujeto y su puesta a disposición judicial. En ocasiones, estas medidas deberán ser adoptadas respecto a sospechosos que se encuentran fuera del Estado en el que el sujeto se persigue para ser condenado. Entre nosotros, el juez de instrucción sigue protagonizando ese *avant process*, en terminología francesa, frente al desplazamiento generalizado del juez instructor por el fiscal en el ámbito europeo⁹. En efecto, en este el fiscal es el protagonista en esta fase, y asume la dirección y control de la policía judicial, bien que situando a un juez de garantías, llamado a supervisar las medidas limitativas de derechos fundamentales, y que será quien las adopte precisamente a requerimiento del fiscal investigador. Esto supone proyectar también en esa fase previa la garantía

⁹ PERRODET, 2001.

judicial propia del juicio contradictorio. No se plantean problemas cuando un juez de libertades es quien limita los derechos fundamentales y el fiscal insta a tal limitación. Pero las cosas son distintas si consideramos al fiscal que dirige la actuación de la policía judicial o adopta tales decisiones en la instrucción, o incluso en una fase previa con la detención de un sujeto sospechoso de la comisión de un delito o la policía lo pone a su disposición.

2. *El Fiscal como Autoridad Judicial garante de la libertad personal y otros derechos fundamentales y su condición de parte acusadora*

Los tribunales europeos han sido llamados a pronunciarse sobre si el fiscal puede considerarse “autoridad judicial”, entendida como magistrado habilitado por la ley para ejercer poderes judiciales (así, limitación de la libertad personal), o si es posible atribuirle el control previo de la injerencia en determinados derechos fundamentales (así, privacidad), y también sobre si, pese a su condición de parte acusadora, está legitimado para plantear cuestiones prejudiciales ante el TJUE.

Que las fiscalías de los Estados miembros puedan considerarse “autoridades judiciales” a estos efectos se conecta con la independencia que se pueda predicar de la fiscalía, a la hora de tomar las decisiones de que se trate. Sin embargo, el fiscal no es juez, por lo que esa independencia no puede definirse en los mismos términos.

Por esa razón, con carácter preliminar, es necesario insistir en que la función genuina del ministerio fiscal es la de ejercer la acción penal. Puede, y de hecho es así, que tenga otros cometidos, pero en todo caso la existencia del Ministerio Fiscal tal como lo conocemos obedece a la necesidad de que el Estado ejerza la acusación pública. Y, sin embargo, a pesar de su condición de parte, el fiscal es—debe ser—*parte imparcial*, y, por eso, habrá de valorar de manera objetiva todos los elementos, tanto a favor como en contra del presunto responsable. Naturalmente, esa imparcialidad es predicable también respecto de la actuación del fiscal en la fase de investigación. Sin embargo, esa imparcialidad no puede asimilarse a la “*terzieta*” del juez. La razón es clara. El fiscal no es independiente de las partes, ya que él mismo es, en todo caso, parte acusadora, pero, a la vez, puede y debe operar como garante de la libertad, supervisando la legalidad de la actuación policial, en beneficio, a la postre, del derecho a la libertad personal del detenido.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en lo sucesivo, TEDH) ha tenido ocasión de pronunciarse sobre este particular, en este caso en el contexto del art. 5 CEDH, que garantiza el derecho a la libertad personal y a la seguridad. Se trata de supuestos en que una persona es detenida por la policía y puesta a disposición no de un juez, sino de un fiscal que acumula la función instructora y la función acusatoria. Conforme al párr. 1º, letra c), de ese

precepto, la persona detenida debe ser conducida sin dilación a presencia de un juez o de *otra autoridad habilitada por la ley para ejercer poderes judiciales*, y tendrá derecho a ser juzgada en un plazo razonable o a ser puesta en libertad durante el procedimiento.

El TEDH tiene declarado¹⁰ (sobre todo, asuntos *Medvedyev c. France*: STEDH de 29 de marzo de 2010 y *Moulin c. France*: STEDH de 23 de noviembre de 2010) que, junto a las expresiones más precisas de juez y tribunal, el CEDH utiliza también (art. 5) las de autoridad judicial competente y magistrado habilitado por la ley para ejercer funciones judiciales. Esto significa que las funciones judiciales del magistrado no son necesariamente jurisdiccionales. El magistrado –que podría ser un fiscal¹¹.– no se confunde con el juez, pero debe reunir igualmente ciertas condiciones, que son garantías para el detenido. Su posición no se concibe sin una habilitación por la ley –no sería el caso, por tanto, si sus poderes derivan de una práctica reversible–, y debe tratarse de una autoridad decisoria, de modo que no incluye a la autoridad que realiza una simple función consultiva. Estas condiciones se unen a las de imparcialidad e independencia, como garantías que eviten su arbitrariedad.

En el caso *Moulin*, con apoyo en la doctrina ya sentada en el asunto *Medvedyev* (aps. 123 y ss.), examinó aquel *les caractéristiques et pouvoirs du magistrat* (aps. 46 y ss.) y concluyó que, para dar satisfacción a las exigencias del CEDH, por un lado, debe poder ordenar el archivo tras haber escuchado a la persona y haber comprobado la legalidad y la justificación de la detención, pero, además, debe tratarse de una autoridad independiente del poder ejecutivo y de las partes, lo que excluye precisamente que pueda actuar como ministerio público, es decir, que pueda ejercer acciones penales contra el detenido. Nótese que precisamente el ministerio fiscal es la parte pública que ejerce la función acusatoria, por más que se predique la imparcialidad en su actuación. El TEDH, tras analizar en relación con Francia ambas condiciones, concluyó que no se cumplían ni en cuanto a independencia (ap. 57), ni en cuanto a imparcialidad (ap. 58), por lo que el fiscal no reunía las garantías de la exigible independencia respecto a las partes. Por tal razón, falló que se había producido una violación del art. 5 CEDH, lo que suponía que un fiscal con las características del francés no podía considerarse autoridad judicial a los efectos del art. 5.3 CEDH.

Este fallo generó una importante controversia en Francia que, junto a otros factores, da cuenta de la realización de reformas, en relación con la detención provisional, y en particular, por lo que ahora interesa, con el reforzamiento de la imparcialidad del fiscal y la supresión de órdenes jerárquicas

¹⁰ Se trata de una jurisprudencia que arranca del asunto *Schiesser c. Suisse* (STEDH de 4 de diciembre de 1979).

¹¹ V. TULKENS, 1998.

del ministro de justicia en asuntos particulares. El Consejo constitucional ha interpretado que el art. 66 de la Constitución, que consagra la independencia judicial, incluyendo a los fiscales, no significa la total asimilación del estatuto de estos al de los jueces, de forma que la independencia de unos y otros no puede construirse en los mismos términos¹².

A la postre, se trata de configurar los adecuados equilibrios que garanticen, por una parte, el control de la policía judicial por parte del fiscal, y, por otra, la garantía del juez en aquellas medidas que suponen la limitación de derechos fundamentales, particularmente la libertad personal del sospechoso. Es precisa, pues, una distribución de los roles de los partícipes en la fase del *avant process* que garantice los derechos fundamentales de los sospechosos, al tiempo que se despliega la investigación de un delito para su ulterior enjuiciamiento y, en su caso, la condena del culpable. Fiscal y juez, cada uno desde su particular posición, contribuyen así a la administración de la justicia penal.

Destaca también, ahora en el ámbito del TJUE, la Sentencia *Prokura-tuur*¹³, aunque no relacionada directamente con una orden europea de investigación (en adelante, OEI), sino con una medida de investigación nacional, en cuya virtud, el Ministerio Fiscal de un Estado miembro había acordado recabar los datos de tráfico y de localización correspondientes a ciertas comunicaciones electrónicas. Se discutía si, a efectos de la Directiva 2002/58/CE¹⁴ en relación con los artículos 7, 8, 11 y 52, apartado 1 CDFUE, el fiscal podía llevar a cabo el control previo previsto en la Directiva y, por tanto, podía ser considerado la *autoridad administrativa independiente* a que se refiere esta. Y estimó el TJUE que las normas indicadas debían interpretarse en el sentido de que se oponen a una norma nacional que “*atribuye competencia al Ministerio Fiscal –cuya función es dirigir el procedimiento de instrucción penal y ejercer, en su caso, la acusación pública en un procedimiento posterior– para autorizar el acceso de una autoridad pública a los datos de tráfico y de localización a efectos de la instrucción penal*”.

A juicio del Tribunal (ap. 52), de esas normas se infiere que el órgano jurisdiccional o la autoridad independiente encargada de llevar a cabo ese

¹² Décision n° 2017-680 QPC du 8 décembre 2017, Union syndicale des magistrats [Indépendance des magistrats du parquet].

¹³ Se trata de la STJUE (Gran Sala) de 21 de marzo de 2021 (ECLI:EU:C:2021:152); resulta asimismo de interés el escrito de Conclusiones del Abogado general (Sr. PITRUZZELLA), de 21 de enero de 2020.

¹⁴ Directiva 2002/58/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas) (DO 2002, L 201, p. 37), en su versión modificada por la Directiva 2009/136/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009 (DO 2009, L 337, p. 11).

control previo debe contar con todas las atribuciones y garantías “*necesarias para conciliar los diferentes intereses y derechos*” afectados, lo que, en el caso de una investigación penal, se traduce en que “*ese órgano jurisdiccional o esa entidad esté en condiciones de ponderar adecuadamente, por una parte, los intereses relacionados con las necesidades de la investigación en el marco de la lucha contra la delincuencia y, por otra parte, los derechos fundamentales al respeto de la vida privada y a la protección de los datos personales de aquellos a cuyos datos afecte el acceso*”.

La *quaestio iuris* se planteaba en el caso de que ese control fuese encomendado a una “*entidad administrativa independiente*”, no jurisdiccional, respecto de la que se estimó (ap. 53) necesaria la atribución “*de un estatuto que le permita actuar en el ejercicio de sus funciones con objetividad e imparcialidad*”, lo que exige que se encuentre “*a resguardo de toda influencia externa*”. Dicha independencia supone que esa autoridad (ap. 54) ostente “*la condición de tercero respecto de la que solicita el acceso a los datos, de modo que la primera pueda ejercer ese control con objetividad e imparcialidad, y a resguardo de toda influencia externa*”, lo cual se traduce en dos requisitos: “*que la autoridad que ejerce ese control previo, por una parte, no esté implicada en la realización de la investigación penal de que se trate y, por otra parte, que tenga una posición neutral frente a las partes del procedimiento penal*”. El corolario de la argumentación es claro (ap. 55): no puede considerarse que lo sea el fiscal. A él corresponde dirigir la investigación y, si ha lugar, ejercer la acusación pública, es decir, es *parte* y, por ende, no se puede considerar *independiente* ni *imparcial* (“*la función del Ministerio Fiscal no es resolver con total independencia un litigio, sino someterlo (al juez) como parte en el proceso que ejerce la acusación penal*”).

En otro plano, pero precisamente por mor de su condición de parte acusadora, el TJUE ya había negado la legitimación del Ministerio Fiscal a los efectos del planteamiento de cuestiones prejudiciales. Así sucedió en la STJCE (Sala 5^a) de 12 de diciembre de 1996 (asuntos C-74/95 y C-129/95, EU:C:1996:491). Se trataba de una cuestión prejudicial planteada por un fiscal italiano a propósito de un procedimiento penal sustanciado ante él, pero cuya función no era resolver con total independencia un litigio, sino llevar a cabo determinadas actuaciones procesales a fin de someterlo, en su caso, al conocimiento del juez competente. Como advirtió en aquel momento el Abogado General en su escrito de Conclusiones, el fiscal no era órgano jurisdiccional, sino que era parte del proceso, en el que ejercitaba la acción penal¹⁵, por lo que la cuestión debía ser inadmitida.

¹⁵ El Abogado General hizo constar la circunstancia, que me parece relevante, de que los hechos se produjeron (en abril de 1995, concretamente) no en relación con el *fiscal instructor*, incorporado a la legislación italiana con posterioridad, sino al *fiscal en ejerci-*

3. *El fiscal como autoridad judicial en los instrumentos de cooperación judicial penal*

El TJUE se ha visto abocado a interpretar el concepto de “autoridad judicial”, emisora o de ejecución, en el contexto de la cooperación judicial penal a través de órdenes europeas de detención y entrega (en adelante, ODE) y de OEI. En este ámbito contamos ya con un nutrido *corpus* jurisprudencial. Es posible constatar que el concepto de “autoridad judicial” se muestra como un concepto autónomo de Derecho europeo, que puede ser modulado en función del tenor, contexto y objetivos de la normativa correspondiente.

En la Unión Europea los mecanismos de cooperación judicial han alcanzado gran desarrollo en los últimos años en el ámbito penal. No es necesario insistir en ello. El principio de reconocimiento mutuo y la armonización de las legislaciones son las piezas clave en este proceso. El reconocimiento mutuo entre Estados miembros de las resoluciones judiciales encuentra su presupuesto en la confianza recíproca en los respectivos sistemas nacionales, pues es razonable presumir que todos ellos son respetuosos con las exigencias del Estado de Derecho¹⁶.

En este contexto, valores como la independencia judicial y la garantía de respeto los derechos fundamentales, junto con la observancia de las normas aplicables, revisten una importancia crucial. Por esa razón, la puesta en práctica de esos mecanismos de cooperación judicial ha hecho necesario interpretar los requisitos que deben reunir las autoridades judiciales para poder considerarse tales. No son escasas las Sentencias del TJUE –y escritos de *Conclusiones*– recaídas a este respecto, a propósito de resoluciones dictadas por autoridades judiciales europeas en el marco de esos mecanismos de cooperación judicial.

Vaya por delante que esas resoluciones son “judiciales” en tanto se adoptan por autoridades que ostentan ese carácter, conforme al marco regulador del procedimiento de cooperación judicial. Por otra parte, a estos efectos, el término «procedimiento» ha de entenderse en sentido amplio, de modo que puede abarcar tanto el procedimiento penal en su conjunto (fase de instrucción, fase de enjuiciamiento propiamente dicha y fase de ejecución de la resolución definitiva dictada por un tribunal de lo penal contra una persona declarada culpable de un delito), como alguna de sus partes singularmente

cio de la acción penal, por lo que no había lugar, *ratione temporis*, al debate sobre su legitimación para plantear cuestiones previas *en cuanto fiscal instructor y no en cuanto fiscal parte*.

¹⁶ V. Programa de medidas destinado a poner en práctica el principio del reconocimiento mutuo de las resoluciones en materia penal que figura en las Conclusiones del Consejo Europeo de Tampere y adoptado por el Consejo el 30 de noviembre de 2000 (DOCE C12, de 15 de enero de 2001).

considerada. Es claro que los fiscales, con un papel importante en esta fase del procedimiento, entran dentro del ámbito de aplicación de esta norma.

En este contexto, los primeros pronunciamientos tuvieron lugar con motivo de los problemas suscitados por las ODE, inicialmente, y por las OEI, después. En todos los casos, la cuestión que se plantea al TJUE es la de si la consideración de *autoridad judicial* ha de estimarse limitada a *jueces y órganos jurisdiccionales*, o si, por el contrario, incluye a otras autoridades, y, en particular, a los fiscales.

Se pone en valor que esta normativa viene a sustituir el anterior procedimiento de extradición, en el que la responsabilidad correspondía a la autoridad gubernativa o política¹⁷. Es precisamente en la vocación y propósito de articular una cooperación de naturaleza judicial, no política, donde reside la garantía para los posibles afectados por las medidas a que me voy a referir, y es, a la vez, la razón que da cuenta de los rigurosos requisitos que se exigen al fiscal para poderlo considerar, a estos efectos, autoridad judicial. No puedo ocultar que predomina en este ámbito una casuística que no siempre se comprende bien. Hay requisitos que, a la vista de la naturaleza e incidencia de una u otra medida, pueden llegar a ser muy diferentes. El TJUE ha tenido ocasión y necesidad de pronunciarse sobre ellos, tratando de dotar de una interpretación uniforme al concepto de *autoridad judicial*, a raíz de los reenvíos planteados por jueces nacionales. No podía extrañar que llegaran estos reenvíos al alto tribunal, en forma de peticiones de decisión prejudicial¹⁸, si

¹⁷ V.STJUE (Gran Sala) de 27 de mayo de 2019 (asuntos acumulados C-508/18 - OG [Parquet de Lübeck] y C-82/19 PPU - PI [Parquet de Zwickau]; ECLI:EU:C:2019:456)y, sobre todo, su ap. 43, que ha terminado por convertirse en una verdadera cláusula de estilo.

¹⁸ En todos los casos que traemos a consideración en este apartado, las cuestiones prejudiciales han sido planteadas por jueces nacionales. No ha sido así en un caso, en que lo fue por un fiscal. El juez europeo debe pronunciarse, así, sobre la admisibilidad del planteamiento de una cuestión por un fiscal, lo que abre el debate acerca de si éste puede ser considerado autoridad judicial a los efectos del art. 263 TFUE. Se trata de la STJUE (Sala 4ª) de 2 de septiembre de 2021 (asunto C-66/20 - XK; ECLI:EU:C:2021:670); aunque, en otro contexto, el asunto ya se había planteado en la STCE (Sala 5ª) de 12 de diciembre de 1996 (citada *supra*). El TJUE no seguirá, en el caso de aquella, el parecer del Abogado general, partidario de la consideración del fiscal como autoridad judicial a estos efectos. No es extraño que el problema procediera de nuevo de una fiscalía italiana (modelo de fiscal independiente, partícipe del mismo estatuto que los jueces). Su peculiaridad radicaba en que se planteaba, en el marco de la ejecución de una OEI, el problema (que el Abogado general consideró "*inédito*" en su escrito de *conclusiones*) de si el fiscal era *autoridad judicial* a los efectos del planteamiento de una cuestión prejudicial. Pese al parecer del Abogado general favorable a su admisibilidad, el TJUE inadmitió la cuestión. Este fallo se fundó en que la decisión de ejecución de una OEI, que corresponde a la autoridad de ejecución, en el caso un fiscal, no supone precisamente ejercicio de función jurisdiccional, no estamos en definitiva ante una resolución jurisdiccional que resolviera

partimos de la heterogeneidad conocida de los sistemas penales de los Estados miembros, y de los distintos modelos de fiscalía existentes. Ya el mero hecho de que se planteen dudas acerca de lo que el fiscal puede o no hacer es exponente claro de su singular naturaleza jurídica.

3.1. Los fiscales como autoridades judiciales en las ODE

La Decisión Marco 2002/584/JAI, del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros (DOCE L, 190, de 18 de julio de 2002 en su versión modificada por la Decisión Marco 2009/299/JAI del Consejo, de 26 de febrero de 2009 (DO 2009, L 81, p. 24; en adelante, Decisión-Marco ODE) se refiere (art. 6) a las autoridades judiciales, bien emisoras, bien ejecutoras de una orden. Las ODE se definen como una resolución judicial dirigida por un Estado miembro a otro Estado miembro para que éste busque, detenga y entregue a una persona buscada para el ejercicio de acciones penales o para la ejecución de una pena o una medida de seguridad privativas de libertad (art. 1). Particular relevancia tiene el hecho de que esta Decisión, en su última versión, a diferencia de la Directiva OEI, no hace expresa referencia a los fiscales, junto a los jueces, como autoridades judiciales de emisión o de ejecución directamente, o bien validadoras de las órdenes emitidas por otras autoridades con competencias investigadoras, estas sí, no judiciales.

Algunos Estados han encomendado ese cometido a los fiscales¹⁹. Cuando ese es el caso, es frecuente que el juez conecedor de la causa plantee al TJUE la cuestión de si, a la vista de su estatus, puede estimarse que la autoridad emisora satisface las exigencias de la Decisión marco ODE, en particular en cuanto a su condición de autoridad “independiente”. Conforme a su art. 6.1, la autoridad judicial emisora será la autoridad judicial del Estado miembro emisor que sea competente para dictar una ODE con arreglo al Derecho de ese Estado. Las primeras decisiones del TJUE se refirieron a autoridades emisoras, pero pronto llegaría *el turno* de las de ejecución. Se enfrentaba, pues, el TJUE al desafío de proporcionar mimbres fiables a fin de apreciar si en esos casos los fiscales pueden ser considerados autoridades judiciales.

En principio, la respuesta a ese dilema se va a cifrar en la independencia, en cuanto cualidad definitoria de la función jurisdiccional, si bien no cabe

un litigio, por lo que no concurren los presupuestos que permiten plantear una cuestión prejudicial, y, por tanto, el fiscal no estaba legitimado para su planteamiento.

¹⁹ V. Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, sobre la aplicación de la Decisión Marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, Bruselas, 2.7.2020, COM (2020) 270 final, ap. 3.1.

olvidar que estamos ante poderes judiciales que no suponen ejercicio de función jurisdiccional, sino, cuando se trata del supuesto normal de una ODE con vistas al ejercicio de acciones penales, de una actuación limitadora de la libertad personal del sospechoso, enmarcada en la fase de instrucción. Cuando en lugar de ante jueces, estamos ante fiscales, surge, inevitablemente, la cuestión del contenido y significado que debe atribuirse, a estos efectos, a esa *independencia*.

El concepto de *autoridad judicial* es más amplio que el de juez, de forma que comprende a los fiscales, en tanto estamos ante autoridades que *participan* en la administración de justicia penal. Quedan excluidos de tal consideración los servicios de policía, integrados en el ejecutivo o el ministerio de justicia²⁰, que no lo son en ningún caso. Los fiscales, en cambio, sí pueden serlo. No quiero decir que los ordenamientos nacionales los definan como autoridad judicial, o que formen parte, desde un punto de vista subjetivo, del Poder judicial en condición de magistrados. Estamos ante un concepto autónomo del Derecho europeo, que lo define a partir de las exigencias que deben imponerse a quien realiza determinados cometidos, en este caso emitir o ejecutar ODE.

Lo determinante es que la autoridad judicial emisora se halle en condiciones de garantizar a la autoridad judicial de ejecución que, a la vista de las salvaguardias previstas en el Derecho de aquella, actúa con independencia al emitir una ODE. Esta independencia exige que existan normas estatutarias u organizativas adecuadas para garantizar que la autoridad judicial emisora no se vea expuesta, en cuanto a la decisión de emitir tal ODE, a riesgo alguno de recibir instrucciones individuales del poder ejecutivo (STJUE [Sala 1ª] de 12 de diciembre de 2019, asuntos acumulados C-566/19 PPU y C-626/19 PPU; ECLI:EU:C:2019:1077, ap. 52).

En la actual situación del Derecho de la Unión, en efecto, los Estados miembros gozan de autonomía para atribuir ese cometido a jueces o a fiscales, pero, si son los segundos, han de estar revestidos de determinados atributos, es decir, deben concurrir las necesarias garantías que aseguren su independencia en el cumplimiento de esa función. Esto significa que no todos los fiscales de los Estados miembros, al margen de que cumplan cometidos similares, pueden ser considerados *autoridades judiciales* a estos efectos. En lo sustancial, esos requisitos persiguen el fin de conjurar el riesgo de que la actuación del fiscal venga condicionada o mediatizada, directa o indirectamente, por indicaciones o instrucciones del poder ejecutivo (por ejemplo, el ministro de Justicia) en un caso específico en lo relativo a la adopción de una

²⁰ V. SSTJUE (Sala 4ª) de 10 de noviembre de 2016 (Asunto C-452/16 PPU, *Poltorak*; EU:C:2016:858, apartados 33 y 35, y asunto C-477/16 PPU, *Kovalkovas*; ECLI:EU:C:2016:861, apartados 34 y 36).

decisión de emitir una ODE. La autoridad emisora debe poder actuar con objetividad e imparcialidad, a la vista de las pruebas de cargo y descargo concurrentes, y preservada del riesgo de que su decisión pueda quedar distorsionada por órdenes o instrucciones externas, provenientes, sobre todo, del poder ejecutivo. Debe asegurarse, en suma, que la decisión de emitir la ODE corresponde a la autoridad judicial emisora y no al Gobierno.

En algunos casos, el poder ejecutivo puede dictar instrucciones dirigidas a la fiscalía. En ese caso, la independencia de esta queda comprometida cuando se prevé la posibilidad de que revistan carácter particular, pero no cuando sean generales²¹. Cabe, pues, una relación de dirección a través de instrucciones generales que definan la política penal y criminal, pero nunca por medio de órdenes particulares referidas a un asunto concreto²².

No existen, sin embargo, prevenciones respecto a la dependencia interna. No es en modo alguno extraño. La organización jerárquica de la fiscalía constituye la opción generalizada, y se considera, incluso, idónea para garantizar la igualdad en la aplicación de la ley. Es más, probablemente no sea imaginable otra situación, a la vista de la función del ministerio público²³.

No fue el expuesto, sin embargo, el parecer del Abogado general²⁴, quien sostuvo que la independencia exigible a la autoridad judicial no puede limitarse a la no sujeción a órdenes particulares del ejecutivo, sino que supone la inexistencia de cualquier otra fórmula de subordinación, tanto la dependencia interna, como la sujeción a instrucciones generales de política criminal del Ministerio de Justicia, y que pueden venir referidas a este tipo de órdenes²⁵. De estas Conclusiones cabe inferir que, a su juicio, solo un fiscal *independiente*, asimilado al juez—así, el italiano—, podría estar cualificado para emitir una ODE²⁶.

²¹ V. Informe de la Comisión... *cit.*, ap. 3.1.

²² STJUE (Sala 1ª) de 12 de diciembre de 2019 (asuntos acumulados C-566/19 PPU Parquet général du Grand-Duché de Luxembourg y de Tours) y C-626/19 PPU, Openbaar Ministerie [Fiscales de Lyon y de Tours] ECLI:EU:C:2019:1077), aps. 55 a 58.

²³ V. Recomendación (2000) 19.

²⁴ V. escrito de Conclusiones de 30 de abril de 2019, asuntos acumulados C-508/18 PPU y C-82/19 PPU.

²⁵ En el caso al que se refieren esas Conclusiones, eran fiscales alemanes los que habían emitido la ODE; en opinión del Abogado general (ap. 95), la simple posibilidad de recibir instrucciones del Gobierno bastaba para excluir la actuación independiente del fiscal.

²⁶ Por eso, ese Abogado general, ante la cuestión prejudicial planteada por la fiscalía de Trento, Italia, era partidario de admitir la legitimación del fiscal y, por tanto, la admisibilidad de la cuestión, criterio que no fue compartido por el TJUE: STJUE (Sala Cuarta) de 2 de septiembre de 2021 (asunto C 66/20; ECLI:EU:C:2021:670, citada *supra* nota (18).

En suma, la autoridad emisora debe poder ofrecer garantías a la de ejecución, en concreto, garantías organizativas y estatutarias²⁷. No basta con que la autoridad de emisión forme parte de la Administración de Justicia penal, esté sujeta solo al principio de legalidad, ni con que exista la posibilidad de recurso judicial contra su decisión (necesaria, en principio²⁸), como tampoco la inexistencia de instrucciones *de facto*, o el hecho de que se haya adoptado una convención en la práctica o una decisión política que así lo determine. Deben existir, digamos, garantías adicionales de que esta independencia está jurídicamente garantizada de una manera efectiva.

Estas garantías se entienden existentes, para el TJUE, por ejemplo, en Francia y en Lituania (STJUE [Gran Sala] de 27 de mayo de 2019; asunto C-509/18; PF Fiscal General de Lituania; ECLI:EU:C:2019:457; aps. 53 a 56). Reparemos en que se trata en sendos casos de organización de fiscalías bien diferentes. Mientras que el fiscal francés es magistrado integrado en la autoridad judicial (art 66 Constitución), el fiscal lituano forma parte de una estructura independiente del Poder Judicial.

No ocurre lo mismo con los fiscales alemanes²⁹, que se consideran funcionarios no judiciales dependientes jerárquicamente del ministro de Justicia Federal y de los *Länder*, y, por tanto, expuestos al riesgo de recibir órdenes particulares, relativas a un asunto concreto, que bien pudiera ser una ODE. Por eso, el TJUE los excluye del concepto autónomo de autoridad judicial emisora.

Es interesante comparar la posición del fiscal francés y alemán. En Francia, el fiscal está sujeto a la autoridad del Ministerio de Justicia, pero desde la reforma de 2013³⁰ este no puede cursar a los fiscales instrucciones individuales, aspecto en el que, como se ve, el TJUE sitúa la clave de la independencia del fiscal. En Alemania, tras los pronunciamientos del TJUE, se ha

²⁷ Para el caso de que la autoridad de ejecución albergue dudas, v. STJUE (Gran Sala) de 17 de diciembre de 2020 (asuntos acumulados C-354/20 PPU – Openbaar Ministerie y C-412/20 PPU – Openbaar Ministerie; ECLI:EU:C:2020:1033).

²⁸ En efecto, el fiscal no es juez y, por tanto, su decisión tiene que ser controlable judicialmente, como una exigencia del Estado de Derecho, sin que basten los controles derivados de la estructura jerárquica de la que forma parte; no obstante, la STJUE (Sala 1ª) de 12 de diciembre de 2019 (asunto C-627/19 PPU, Openbaar Ministerie [Fiscal de Bruselas], ECLI:EU:C:2019:1079) declaró (ap. 39) que dicha posibilidad de recurso judicial contra la resolución de la autoridad emisora no es necesaria cuando se trata de una ODE de ejecución de una pena.

²⁹ STJUE (Gran Sala) de 27 de mayo de 2019 (asuntos acumulados C-508/18 - OG [Parquet de Lübeck] y C-82/19 PPU - PI [Parquet de Zwickau]; ECLI:EU:C: 2019:456), aps. 76 a 90

³⁰ La ley nº 2013-669, de 25 de julio de 2013, suprimió esa posibilidad de dictar órdenes particulares.

encomendado a los jueces la emisión de ODE. Se ha planteado una posible reforma³¹ de la legislación actual, suprimiendo las órdenes del ministro. El tema está abierto, pero de momento la mayoría ha rechazado tal reforma. En cualquier caso, es irrelevante la práctica seguida de no cursar estas órdenes o de limitarlas a supuestos excepcionales. El solo riesgo de poder ser destinatario de una orden en tal sentido excluye la catalogación como autoridad judicial. Sin embargo, permítaseme considerar esta solución del TJUE críticamente, si pensamos comparativamente en las garantías estatutarias de los fiscales francés y alemán, yendo por delante que aquellos son magistrados partícipes de la autoridad judicial, garante de la libertad individual (art. 66 Constitución francesa). Los fiscales alemanes, en cambio, son funcionarios no judiciales. Sin embargo, mientras que la competencia disciplinaria de los fiscales franceses reside en el Ministerio de Justicia, aspecto en el que no se ha conseguido aún reformar la Constitución francesa para equipararlos con sus colegas jueces, en Alemania la potestad disciplinaria sobre los fiscales no corresponde al ejecutivo, sino a los tribunales disciplinarios, que son los mismos que garantizan la posición de los jueces³².

Con ello que quiero decir que colegir solamente de un aspecto (la posibilidad de sujeción a órdenes particulares del Ministerio de Justicia) el estatuto de independencia del fiscal me parece desacertado, lo que sorprende aún más cuando esta confianza se refiere a una institución consolidada, como es la fiscalía alemana³³. Si damos por supuesta la heterogeneidad en la organización de las fiscalías, el grado de independencia debe venir dado por un análisis de contexto, que tenga en cuenta en conjunto las cuestiones estatutarias, organizativas y procedimentales, a fuer de la práctica en las relaciones entre las fiscalías, los propios jueces, y el resto de poderes públicos, principalmente el ejecutivo en el nivel federal, o en los de los distintos Estados; además de una cuestión fundamental, como es la manera en que una y otra fiscalía está sujeta al principio de oportunidad reglada, o de legalidad diferenciada, en el caso alemán, mientras que el fiscal francés dispone de la acción pública conforme al principio de oportunidad, o el grado de descentralización que el Estado federal alemán imprime a la organización de la justicia y particular de la fiscalía.

De hecho, el Consejo Constitucional francés resolvió (Décision n° 2017-680 QPC du 8 Décembre 2017) en sentido negativo la cuestión sobre si el

³¹ Dan cuenta de ellos los informes del Estado de Derecho 2020 y 2021 de la Comisión Europea relativos a Alemania.

³² MATHIAS, 1999.

³³ Existe un elevado grado de confianza pública en la independencia judicial en Alemania, como atestiguan los Informes del Estado de Derecho, y resulta del Cuadro de indicadores de la justicia en la EU de 2020.

particular estatuto de los fiscales vulnera el principio de independencia de la autoridad judicial y la separación de poderes, además de las exigencias de la tutela judicial efectiva. En ella, reitera el modelo constitucional de ministerio fiscal partícipe de la autoridad judicial, pero vinculado al gobierno, responsable de la política penal, fruto de la exigencia de cohesión la independencia de lo judicial y el principio democrático. No otro es el motivo que los alemanes han puesto sobre la mesa para abstenerse de dar pasos de desvinculación del ministerio fiscal del ejecutivo.

Por eso, quizás me seduce más la consideración de la independencia fáctica en la que puso el foco la Corte Suprema británica, en el caso *Assange*, en el que tuvo que pronunciarse precisamente sobre esta cuestión, ya que la ODE había sido cursada por una fiscalía sueca, una vez que un juez de ese país decretó la orden de detención nacional. Teniendo en cuenta la práctica de varios países europeos, incluso anterior a la Decisión Marco ODE, los magistrados no entendieron que el concepto de autoridad judicial pudiera interpretarse de manera restrictiva, limitada solo a *los jueces*, a pesar de que la última versión omitiera la referencia expresa a los fiscales, por lo que desestimaron la apelación de *Assange*³⁴. Frente a un análisis, a mi juicio, demasiado formalista, da la impresión de que la Corte suprema británica se conforma con una “*independencia fáctica*”. *Assange* adujo la jurisprudencia europea contraria a la consideración del fiscal como autoridad judicial en el sentido del art 5 CEDH, pero, para el alto tribunal británico, esa jurisprudencia no impide la consideración del fiscal como autoridad judicial emisora en las ODE.

En la STJUE (Gran Sala) de 24 de noviembre de 2020 (asunto C-510/19, *Openbaar Ministerie*; ECLI:EU:C:2020:953) el problema se plantea en torno a la *autoridad de ejecución*³⁵, y, más en concreto, en si el fiscal puede desempeñar el rol de *autoridad judicial de ejecución de la orden de detención y entrega*³⁶. La peculiaridad del caso es que la cuestión prejudicial la plantea el Estado requirente ante las dudas sobre la autoridad judicial de ejecución, en un supuesto en el que se había cursado una orden complementaria que venía a excepcionar el principio de especialidad, conforme al cual el sujeto no puede ser enjuiciado por delitos no comprendidos en la orden. En este caso, la autoridad judicial de ejecución, un fiscal, había dado el consentimiento

³⁴ *Assange (Appellant) v The Swedish Prosecution Authority (Respondent)*, Judgment date 30 May 2012, Neutral citation number [2012] UKSC 22 <https://www.supremecourt.uk/cases/uksc-2011-0264.html>.

³⁵ *V. Informe de la Comisión... cit.*, 3.1.2.

³⁶ En nuestro país, la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea centraliza esta competencia, al designar como autoridad de ejecución a la Audiencia Nacional.

previsto con respecto a la orden complementaria, lo que permitía ejercer acciones penales distintas y por delitos más graves.

Esta resolución vino a extrapolar a la autoridad judicial *de ejecución* lo afirmado respecto a la *de emisión*. En concreto, resolvió el TJUE que el concepto de aquella incluye a las *“autoridades de un Estado miembro que, sin ser necesariamente jueces o tribunales, participan en la administración de la justicia penal de ese Estado miembro, actúan de manera independiente en el ejercicio de las funciones inherentes a la ejecución de una orden de detención europea y ejercen sus funciones en el marco de un procedimiento que respeta las exigencias derivadas de la tutela judicial efectiva”*. Así pues, la decisión del fiscal (de ejecución) debe poder ser controlable judicialmente. Por tanto, un fiscal que pudiera recibir en el marco del ejercicio de su potestad decisoria una instrucción individual del poder ejecutivo, no se consideraría «autoridad judicial de ejecución» en el sentido de esas disposiciones.

3.2. El fiscal en las órdenes europeas de investigación (OEI)

Existen importantes diferencias entre el régimen de las ODE y el de las OEI, que necesariamente repercuten en la caracterización de las autoridades que intervienen en unas y otras. Para entender bien las diferencias, hemos de reparar en la definición de ambos instrumentos y en su función. Las exigencias que el legislador europeo impone no son las mismas, lo que se explica, por el –mayor o menor– grado de afectación a la libertad personal derivada de cada una de estas medidas.

Las OEI tienen como objeto la obtención de pruebas en un Estado, el ejecutor, al que el emisor cursa la orden. No se trata, pues, de detener a una persona y ponerla a disposición judicial, para ejercer acciones penales contra ella, o para ejecutar una condena. Estamos en un momento anterior, en el que se trata de buscar pruebas que le incriminen en la investigación de unos hechos, que deban ejecutarse en el Estado ejecutor o que estén ya en su mano.

El TJUE estima que las exigencias derivadas de la naturaleza de este instrumento (la OEI) son distintas de las propias de las ODE. Este punto de partida no sorprende. El régimen jurídico de ambas figuras es distinto, partiendo del tenor, contexto y objetivos diferentes de una y otra.

La Directiva OEI³⁷, a diferencia de la Decisión marco ODE, considera expresamente al fiscal como autoridad judicial. Otras autoridades administrativas requerirán la validación de la autoridad judicial y puede ser tal autoridad judicial tanto el juez como el fiscal. Esto quiere decir que el fiscal puede

³⁷ Directiva 2014/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, relativa a la orden europea de investigación en materia penal (DO 2014, L 130, p. 1).

desempeñar ese cometido, al margen, en principio, de su organización (tanto en supuestos en que se configure como autoridad dependiente como en los que se considere independiente). Lo que sí es necesario siempre es que su decisión pueda ser objeto de control judicial.

En ese sentido, la STJUE (Gran Sala) de 8 de diciembre de 2020 (asunto C-584/19 – Staatsanwaltschaft Wien [Ordres de virement falsifiés]; ECLI:EU:C:2020:1002) realiza una importante afirmación. Frente a la solución dada a las ODE en relación con la organización de la fiscalía, se despeja cualquier duda sobre la cualificación del Ministerio Fiscal para emitir una OEI, aun cuando no goce de un *status* de plena independencia respecto del poder ejecutivo (al menos en el sentido exigido en el caso de las ODE). En efecto (ap. 75 y dispositivo), «(l)os artículos 1, apartado 1, y 2, letra c), de la Directiva 2014/41 deben interpretarse en el sentido de que los conceptos de “autoridad judicial” y de “autoridad de emisión” comprenden, a efectos de estas disposiciones, al fiscal de un Estado miembro o, de manera más general, a la fiscalía de un Estado miembro, con independencia de la relación de subordinación jurídica que pueda existir entre ese fiscal o esa fiscalía y el poder ejecutivo de ese Estado miembro, y de la exposición de dicho fiscal o de dicha fiscalía al riesgo de estar sujetos, directa o indirectamente, a órdenes o instrucciones individuales de ese poder en el marco de la adopción de una OEI». En este caso, la fiscalía alemana, que había emitido una orden que tenía como objeto el de recabar datos bancarios, debía tener en cuenta el principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales de la persona afectada, en particular aquellos consagrados en la CDFUE, y la resolución por ella adoptada debía poder ser objeto de vías de recurso efectivas, al menos equivalentes a las que se ofrecen en el marco de un procedimiento interno similar.

En un asunto aún no concluido en el momento de escribir estas líneas, la cuestión planteada es la de si cabe que un Estado atribuya al fiscal un cometido que en el nivel nacional se atribuye al juez. La resolución del asunto debe buscarse *prima facie* en el principio de equivalencia, a cuyo tenor, el nivel de protección europeo no puede desmerecer del nacional³⁸. Como se ve, en el caso de las OEI prima una solución práctica, que prescinde del dato de la (diferente) organización de la fiscalía en los Estados miembros, y da por suficiente con que se trate de una institución, el fiscal, que participa en la administración de justicia penal. De ahí que en el caso de las autoridades a

³⁸ Sí contamos, en cambio, con el escrito de conclusiones del Abogado General (Sr. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA), fechado el 20 de mayo de 2021 (CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA presentadas el 20 de mayo de 2021 en el Asunto C-724/19 Spetsializirana prokuratura contra HP ECLI:EU:C:2021:414).

que se refiere el segundo apartado del art. 2.c de la Directiva 2014/41/CE, que no son autoridades judiciales en el sentido de participar en la administración de justicia, se impone el control judicial (ya sea del juez o del propio fiscal), lo que se explica por que, no siendo autoridades judiciales, requieren validación judicial, a cargo de un juez o de un fiscal.

III. INSTRUMENTALIZACIÓN DE LA FISCALÍA E INDEPENDENCIA JUDICIAL: EL CASO RUMANO

Dada su particular posición, el estatuto del fiscal puede poner en cuestión la separación de poderes y, por tanto, el Estado de Derecho, ya que puede poner en jaque la independencia del juez y, en último término, la independencia del sistema judicial en su conjunto.

La cuestión de la autonomía (y el control) del Ministerio Fiscal forma parte, así, de la *checklist* de la Comisión de Venecia. Y sus informes, al igual que los del *Conseil Consultatif des Procureurs Européens* (CCPE), o los de GRECO³⁹, tienen un peso fundamental en el diagnóstico de las debilidades que muestra el Estado de Derecho de los Estados miembros de la Unión Europea. Y no son precisamente anecdóticas las llamadas de atención sobre problemas que atañen a las fiscalías, en particular su preocupación por su autonomía y las garantías frente a injerencias y mediatizaciones políticas.

Es sabido que la lucha contra la corrupción y, sobre todo, contra la criminalidad de los gobernantes, que se ha convertido en preocupación fundamental, en el ámbito del Estado de Derecho y, en particular, de la igualdad de todos ante la ley penal, puede aumentar las suspicacias, de forma que las

³⁹ El Grupo de Estados contra la Corrupción, tradicionalmente conocido como GRECO, fue creado a través de una Decisión del Comité de Ministros del Consejo de Europa en 1998 para la lucha de los Estados miembros contra la corrupción a nivel nacional e internacional. La evaluación del cumplimiento se lleva a cabo a través de un proceso dinámico de evaluación mutua, cuyo objetivo es la identificación de las lagunas existentes en las políticas nacionales anticorrupción y las propuestas de reformas legislativas e institucionales. El GRECO usa como parámetro de control los veinte principios rectores en la Lucha contra la Corrupción adoptados por el Comité de Ministros del Consejo de Europa en noviembre del año 1997. Hay en esta obra estudios que específicamente se ocupan de GRECO. En el segundo informe de cumplimiento por España, aprobado por el GRECO en su 87ª reunión plenaria en Estrasburgo, los días 22 a 25 de marzo de 2021 y hecho público el pasado 30 de septiembre en relación con las recomendaciones realizadas en nuestro país en el marco del examen en materia de prevención de la corrupción de miembros del parlamento, jueces y fiscales en 2013 (cuarta ronda de evaluación), respecto a las recomendaciones relativas a los fiscales se consideran cumplidas parcialmente: especial consideración se realiza de la aprobación de un código ético, los avances en el nuevo reglamento del Ministerio Fiscal y se llama la atención sobre la necesidad de revisar el régimen disciplinario de los fiscales.

apariencias de imparcialidad de la justicia sufran ante la confianza pública. La Resolución 97(24), sobre los veinte principios directores para la lucha contra la corrupción (*adoptados por el Comité de Ministros el 6 de noviembre de 1997 en la sesión 101 del Comité de Ministros*)⁴⁰, incluye, en tercer lugar, el de asegurar que las personas encargadas de la prevención, la investigación, la persecución y la sanción de las infracciones de corrupción cumplan con la autonomía y la independencia necesarias para el ejercicio de sus funciones, que sean libres de toda influencia incompatible con su estatus y que dispongan de los medios adecuados para la obtención de pruebas; y también asegurar la protección de las personas que ayudan a las autoridades a luchar contra la corrupción y salvaguardar el secreto de la instrucción. La importancia del fiscal en esta tarea no hace falta resaltarla⁴¹.

Pues bien, en este contexto merece especial referencia el caso rumano, donde encontramos la judicialización⁴² de dos importantes asuntos en torno a la fiscalía, que han encontrado respuesta, de un lado, en el TEDH, que ha dictado la sentencia sobre la fiscal anticorrupción rumana, LAURA KÖVESI, y de otro lado, en el TJUE, con relación a la creación de una estructura especializada de la fiscalía en relación con los delitos cometidos por jueces y fiscales. En las dos sentencias vamos a encontrar, desde diferentes prismas, una especial

⁴⁰ El texto enlazado es traducción propia de Julia Garrido López.

⁴¹ Ya en nuestro país en 1995 se introdujo una fiscalía especializada para la lucha contra la corrupción

⁴² Es de sobra conocido, y figuran dentro de esta misma obra estudios pormenorizados sobre el asunto, el papel del TJUE en la construcción de un poder judicial europeo en relación (no solo, pero sí de modo destacado, por serlo que ha generado mayor tensión) con Polonia. Los supuestos han tenido que ver principalmente con el estatuto de los jueces, jubilación, disciplina, órgano de gobierno, etc. pero no podemos olvidar que en el cuadro de reformas involucionistas de Polonia se encuentra la reforma de la fiscalía en 2016. El CCPE notó (Rapport sur l'indépendance et l'impartialité des ministères publics dans les États membres du Conseil de l'Europe [édition 2019]) que (ap. 81, pág. 21) «(l) a Commission de Venise a souligné notamment que « l'amalgame entre la fonction de responsable politique et la fonction de procureur général et l'extension importante des pouvoirs du procureur général en matière de gestion du ministère public s'accompagnent de « nouvelles compétences permettant au ministre de la Justice d'intervenir directement dans les affaires ». Cet amalgame pose toutefois un certain nombre de « problèmes insurmontables en matière de séparation du ministère public de la sphère politique et entraîne « un regroupement de pouvoirs trop nombreux dans les mains d'une seule personne. Cette situation a des conséquences négatives directes sur l'indépendance du ministère public vis-à-vis de la sphère politique, ainsi que sur l'indépendance du pouvoir judiciaire et, partant, la séparation des pouvoirs et l'État de droit en Pologne ». Cerrando este trabajo ha visto la luz la STJUE de 16 de noviembre de 2021 asuntos acumulados C-748/19 a C-754/19 sobre los poderes del Ministerio de Justicia, que funge de FGE, respecto al nombramiento de jueces en comisión de servicios y el riesgo que ello puede suponer para el Estado de Derecho en Polonia y en particular en lo que hace a la independencia judicial.

preocupación por la autonomía del ministerio fiscal y su relevancia para la independencia judicial y, por tanto, para el Estado de Derecho, en cuyo respeto se asientan los Estados miembros y la propia Unión europea (art. 2 TUE).

Laura Kövesi, actual Fiscal General Europea⁴³, ocupó la jefatura de la fiscalía rumana anticorrupción, cargo del que fue destituida por el Gobierno de su país en un contexto extraordinariamente sensible de lucha contra la corrupción en Rumanía⁴⁴, como se pone de manifiesto en la propia sentencia. Su remoción del cargo de Fiscal Jefe de la Dirección Nacional Anticorrupción vulneró, según el TEDH⁴⁵, sus derechos a un proceso debido y a la libertad de expresión. Lo que de singular hay en este asunto es que el problema de las garantías que han de revestir a los fiscales se plantea resolviendo la demanda de una fiscal removida de su puesto que ve por ello vulnerados sus derechos. En este pronunciamiento del TEDH destaca el protagonismo otorgado al citado *soft law* y a las recomendaciones relativas a Rumanía. En ella, son recogidos expresamente los informes relativos a Rumanía y los textos de *soft law* referentes a la independencia de los fiscales y a su libertad de expresión, como elementos a tener en cuenta en el marco normativo de referencia. Además, no solo operan como un importante elemento de diagnóstico para analizar el particular contexto del país, sino que se utilizan —en especial, la recomendación del 2000— en sus fundamentos jurídicos. Dos asuntos fundamentales se analizan, ambos desde la perspectiva de la autonomía que debe garantizarse al fiscal: uno, el relativo al nombramiento y remoción de fiscales, en especial los de que aquellos que ostentan la jefatura de servicios fiscales. El asunto concreto versaba sobre la remoción antes de que concluyera el mandato, pero el TEDH no se privó de hacer consideraciones sobre la cuestión del nombramiento de

⁴³ El Fiscal General Europeo es nombrado por el Parlamento Europeo y el Consejo, de común acuerdo (art. 14.1 del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea) para un mandato de siete años, sin posibilidad de renovación. El nombramiento debe recaer en un juez o fiscal de un Estado miembro o fiscal europeo, cuya independencia esté fuera de toda duda y con experiencia en asuntos internacionales, cooperación judicial internacional en materia penal e investigación de delitos económicos. Su destitución corresponde al TJUE, a solicitud de la Comisión, el Consejo o el Parlamento europeo, por pérdida sobrevenida de la capacidad de cumplir sus obligaciones o por comportamiento reprochable de carácter grave.

⁴⁴ La adhesión de Rumanía y Bulgaria a la UE es la penúltima en la historia de la integración europea. Después vendría la de Croacia y la salida del Reino Unido (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=OJ:L:2005:157:FULL&from=ES>). Dadas las debilidades del sistema judicial y el problema de la corrupción en Rumanía y Bulgaria, su adhesión a la UE se produce con sometimiento a un Mecanismo de Verificación y Control por parte de la Comisión Europea: Decisión 2006/928/CE de la Comisión por la que se establece un mecanismo de cooperación y verificación (MCV).

⁴⁵ STEDH de 5 de mayo de 2020, Kövesi contra Rumanía, 3594/19.

los fiscales. En este sentido merece, la pena destacar la referencia a la Comisión de Venecia sobre los nombramientos. Que la fiscal destituida no tuviera acceso a un recurso jurisdiccional efectivo contra esta medida supone, según el TEDH, una vulneración del art. 6 del convenio. Otro, que nos aboca a poner en relación esa destitución con las razones que condujeron a ella, que fue precisamente el ejercicio de libertad de expresión y, en concreto, de la crítica legítima respecto de reformas legislativas que no en vano podían ponerse en tela de juicio, a la vista de la misión institucional que correspondía a la fiscalía y, en particular, a la fiscalía anticorrupción.

Lo cierto es, sin embargo, que más allá del específico contexto rumano, la de la responsabilidad disciplinaria de los fiscales es una cuestión a debate con carácter general, y también en nuestro país, como atestiguan los informes sobre España. Y asimismo en Francia sigue siendo un problema de calado constitucional la retención de la responsabilidad disciplinaria en manos del Ministro de Justicia.

La segunda de las Sentencias mencionadas tiene que ver con la creación de una sección especializada de la Fiscalía para la investigación de delitos cometidos por jueces y fiscales. Se trata de la STJUE (Gran Sala) de 18 de mayo de 2021 (Asuntos acumulados C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19 y C-397/19 - *Asociația "Forumul Judecătorilor din România" v Inspecția Judiciară*; ECLI:EU:C:2021:393)⁴⁶. Es importante atender al contexto, que pesa de manera fundamental en el desenlace de estos asuntos en un país que se adhirió a la UE con importantes debilidades en el ámbito de su sistema judicial y la lucha contra la corrupción sometiéndose, al igual que en el caso de Bulgaria, a un marco del mecanismo de verificación y seguimiento de los avances en las reformas y logros.

Sin embargo, se entró en un marco retroceso entre 2017 y 2018, cuando fueron modificadas todas las Leyes sobre el poder judicial en diferentes sentidos, en medio de una gran contestación pública, mediante procedimientos acelerados y de urgencia, en una actitud propia de lo que se ha venido a llamar *gobiernos liberales*⁴⁷ en un contexto particularmente sensible como la lucha frente a la corrupción.

⁴⁶ Junto a este asunto, también se pronunció el TJUE sobre cuestiones relativas a la reforma del servicio de inspección judicial y sobre el régimen de responsabilidad patrimonial de los jueces. El servicio especializado de la fiscalía se planteaba en las cuestiones acumuladas C-127/19, C-195/19, C-291/19 C-355/19.

⁴⁷ V. sobre el contexto e involución las *Conclusiones* citadas *supra* (nota anterior), ap. 293, *in fine*: “(e)sta «impresión de criminalidad» afecta a uno de los elementos esenciales para valorar el impacto de una determinada medida en la independencia judicial: la confianza que los órganos jurisdiccionales deben despertar en el público en una sociedad democrática”; por lo que sé, aún no se ha dado solución a la situación (da fe de ello el Informe de la Comisión Europea del Estado de Derecho en Rumanía), quizás en parte como

No perdamos de vista que no existe una única opción constitucional adecuada al Estado de Derecho, y que los diversos Estados pueden organizar su sistema judicial y, en especial, su sistema (acusatorio o judicial o penal) conforme a distintos modelos, pero en todo caso deberán respetar las exigencias que derivan del Estado de Derecho y, por tanto, no podrán menoscabar en ningún caso la independencia judicial. En esta sentencia claramente se admite que la organización de la fiscalía, como la organización de la justicia en su conjunto, es una competencia de los Estados miembros⁴⁸. Claramente existían interpretaciones muy diferentes de las reformas. Como suele suceder en estos casos, no puede extrañar que no faltasen quienes defendían que esto suponía una mejora en la protección de los jueces y fiscales (CSM), con criterio opuesto al de los que consideraban que, en el fondo, no era sino una forma de controlar políticamente a unos y otros. Ya el riesgo de que, dado el conjunto de factores en juego, pudiera derivar en un mecanismo de control de la justicia lleva al juez europeo a justificar de manera transparente y suficiente la incorporación de esta sección especializada de la fiscalía.

Hemos de tener presente que el TJUE, en este asunto, sitúa expresamente la organización de la fiscalía dentro de la de la justicia, entre los *leading cases* sobre esta última, de forma que sostiene que, si bien estamos ante una competencia de los Estados miembros, ello no significa que no pueda ser controlada por el TJUE, dada la jurisprudencia europea sobre el juego del art. 2 en relación con el art. 19 y los arts 47 y 48 CEDFUE (aps. 110, 111 y 211⁴⁹).

El propio Abogado General, en el ap. 294 de sus conclusiones, deja constancia de que no cabe cuestionar la autonomía de los Estados miembros para organizar fiscalías especializadas: "(e)n efecto, existen estructuras de fiscalía especializadas en los Estados miembros, basadas, bien en las especiales

consecuencia de las limitaciones que la pandemia ha impuesto en los avances legislativos, y, en cualquier caso, por los vaivenes políticos en ese país, donde difícilmente se alcanzan mayorías de gobierno estables.

⁴⁸ En este sentido, asimismo, se pronunció el Abogado General (Sr. BOBEK) en su escrito de Conclusiones (ap. 292: "(d)e manera similar a lo ya descrito, las exigencias de independencia e imparcialidad que impone el Derecho de la Unión en el artículo 47 de la Carta, párrafo segundo, y en el artículo 19 TUE, apartado 1, no obligan a los Estados miembros a adoptar una estructura o modelo concreto en cuanto al diseño institucional del ministerio fiscal. De hecho, la estructura de la fiscalía es extraordinariamente variada en los países europeos"); a este respecto, v., por ejemplo, el Informe de la Comisión de Venecia sobre las normas europeas relativas a la independencia del sistema judicial: Parte II — El Ministerio Público, adoptado en su 85.ª reunión plenaria (Venecia, 17-18 de diciembre de 2010) [CDL-AD (2010)040].

⁴⁹ En el ap. 211 de lee: "(a) tale riguardo, si deve ricordare che, come risulta dalla costante giurisprudenza della Corte (...) l'organizzazione della giustizia, ivi compresa quella del pubblico ministero, negli Stati membri rientra nella competenza di questi ultimi, nel rispetto del diritto dell'Unione".

necesidades de protección de determinados colectivos (como los menores), bien en el estatuto especial de determinadas personas (como los servicios de fiscalía militares), o bien en la necesidad de conocimientos específicos y experiencia en algunas materias especialmente punteras (como los delitos económicos complejos, la ciberseguridad, etc.)” Baste pensar ahora, *mutatis mutandi*, en el papel de la fiscalía europea en el ámbito de los intereses financieros de la Unión Europea.

Sobre la base de las consideraciones precedentes, falló el TJUE (ap. 5 del dispositivo) que “el artículo 2 y el art. 19.1 párr. 2º del Tratado de la Unión Europea, así como la Decisión 2006/928 deben ser interpretados en el sentido de que impiden una normativa nacional que prevé la creación de una sección especializada del Ministerio Fiscal con una competencia exclusiva para investigar delitos cometidos por jueces y fiscales, sin que la creación de la misma se justifique por exigencias objetivas y verificables relativa a la buena administración de la justicia, y venga acompañada de garantías específicas que permitan, por un lado, excluir cualquier riesgo de que esta fiscalía sea utilizada para controlar políticamente la actividad de jueces y fiscales de modo que pueda perjudicar su independencia, y, por otro, garantizar que tal competencia se ejerza en lo que respecta a estos últimos con pleno respeto de los derechos derivados de los art. 47 y 48 de la CDFUE” (traducción propia del fallo de la sentencia, que no cuenta con traducción a la lengua española).

IV. REFLEXIONES FINALES

En la Asamblea Constituyente italiana hubo una intensa y rica discusión por parte de juristas muy eminentes en torno a la posición constitucional del Ministerio Público. Los padres de la Constitución italiana sabían bien que el gobierno del poder judicial a través de un Consejo Superior de la Magistratura, y la posición del Ministerio Fiscal, eran variables cruciales a la hora de diseñar un Estado de Derecho, que, garantizando la autonomía del Poder Judicial, no convirtiera la magistratura en una casta separada, ajena al principio democrático. La Constitución garantizó al más alto nivel la independencia del fiscal, fruto de su sujeción constitucional al principio de la obligatoriedad del ejercicio de la acción penal. No pensemos que en este país el tema no ha sido objeto de discusión. La singularidad italiana de un *fiscal-magistrado independiente* ha preocupado a un sector importante de la doctrina, partidario de una más clara separación de jueces y fiscales, como garantía del proceso debido, y un mayor control de los fiscales, junto con la rendición de cuentas, en cuanto exigencias ineludibles de responsabilidad democrática⁵⁰.

⁵⁰ DI FEDERICO, 1997.

En Francia, el fiscal es un magistrado dependiente del Ejecutivo, al que corresponde el nombramiento y disciplina de los fiscales jefes. Dirige su actuación a través de instrucciones generales de política penal, definida por el gobierno y que enmarca la actuación de los fiscales. Los *procuradores de la república* franceses son libres a la hora de decidir qué curso dan un asunto, conforme al principio de oportunidad, que rige el sistema de acusación francés, en ejecución de la política del gobierno.

En Portugal, la cuestión de la autonomía interna de los fiscales está en tela de juicio, tal y como la Comisión ha hecho constar en el informe sobre el Estado de Derecho relativo a ese país. El régimen de instrucciones jerárquicas a los fiscales está bajo revisión judicial, a raíz de las preocupaciones planteadas por los fiscales sobre la injerencia en su autonomía interna.

No falta el debate en Alemania, donde los niveles de confianza de la ciudadanía en la independencia de la justicia son mucho más elevados que en otros –no pocos– países de la Unión. En este país, los fiscales son funcionarios no judiciales, y los gobiernos tienen competencias en la gestión de su estatuto. La organización de la magistratura en Alemania no responde al modelo del Consejo de la Magistratura. La descentralización política en las administraciones de justicia de los *Länder* reduce, ciertamente, el riesgo de instrumentalización gubernamental, que será más acuciante y peligroso en sistemas centralizados.

En nuestro país, no han faltado las llamadas de atención de las instituciones europeas, especialmente en lo referente a las relaciones entre Fiscal General del Estado y el Gobierno, y a la necesidad de un encuadramiento legal de las relaciones entre uno y otro que incrementen su grado de transparencia. La reforma en ciernes de la vetusta ley de enjuiciamiento criminal mira a la realidad del sistema europeo de investigación de los delitos, protagonizado por los fiscales. La desaparición del juez instructor, singular tradición patria, tiene defensores y detractores. La exposición de motivos del último anteproyecto alude a la jurisprudencia europea y a la práctica en nuestro entorno, y, cómo no, a la reciente entrada en vigor en nuestro país de la ley de la fiscalía europea, necesaria especialmente en España, porque era preciso acomodar nuestro modelo procesal a las exigencias del fiscal investigador europeo. El *double hut*, con expresión en lengua inglesa, es decir, que los fiscales queden sujetos a reglas de actuación diferentes, según estemos ante la competencia de la Fiscalía Europea o de la Fiscalía nacional, no es, a mi juicio, de recibo, por lo que el legislador nacional tiene el balón en su tejado y debe reformar con tal alcance el anciano código procesal penal español. Ello, sin duda, y así se pone de manifiesto, entre otros, por el caso de la actual Fiscal General del Estado, exige un nuevo estatuto fiscal, atento a las directrices europeas dirigidas a conciliar las exigencias de autonomía del Ministerio Fiscal, el reforzamiento de los fiscales en el seno de una organización

jerarquizada y la necesaria responsabilidad en términos democráticos de la fiscalía, y, en particular, del Fiscal General del Estado, que se constituye, por mandato constitucional, en su representante máximo. Y precisamente en el terreno de los contrapesos no cabe despreciar el papel que la acusación popular puede y debe seguir manteniendo en nuestro país, también por voluntad constitucional, aun cuando sea con un encuadramiento nuevo.

En el momento presente la defensa del Estado de Derecho, y, en particular, la independencia judicial es un tema clave del devenir de Europa como comunidad de valores, respetuosa de los derechos fundamentales. En este contexto los legisladores nacionales no dejan de reflexionar sobre las reformas necesarias de una institución, la fiscalía, que en pleno siglo XXI no tiene un anclaje sereno en la arquitectura constitucional de los Estados miembros. El debate sobre la naturaleza jurídica del Ministerio Fiscal, de hecho, no es de ahora. Su naturaleza, *esquizoide*, de *parte* que debe ser *imparcial*, entrecada con su condición de *agente judicial dependiente* en sus orígenes, siempre en tensión con sus colegas jueces, ha sido permanentemente un interrogante, quizás irresoluble, por su condicionamiento histórico y por la propia misión que le corresponde. Pero, aunque no sea un debate tan reciente, sí parece que se ha situado en los últimos años en un importante foco de interés en las relaciones entre el sistema judicial y el político, y en definitiva en su lugar en el Estado de Derecho y su particular ubicación como órgano autónomo y responsable en el entramado de poderes.

En este sentido, el peso de las tradiciones no es despreciable. Podríamos afirmar, sin temor a equivocarnos, que la posición del Ministerio Fiscal es un elemento fundamental de la identidad constitucional de los Estados miembros y, por tanto, de sus distintas opciones entre los equilibrios necesarios, en términos de legitimidad y responsabilidad democrática, y la exigencia de independencia del Poder Judicial. Y clave en la confianza de la ciudadanía en el Ministerio Fiscal, en la acusación pública en manos del Estado, es la igualdad en la aplicación de la ley.

La organización de la fiscalía, su posición relativa con respecto a los demás poderes, el estatuto de los fiscales, son cuestiones, todas ellas, que forman parte de las competencias propias de los Estados miembros de la Unión Europea, y a la vez, y por ello, se pueden considerar manifestación de la identidad nacional y constitucional en un aspecto nuclear del Estado de Derecho. Sin embargo, no es difícil comprender que la organización judicial, incluida ahora la de las fiscalías, no es ajena a los valores del Estado de Derecho, en los que descansa el espacio jurídico europeo construido sobre la confianza –recíproca– en los respectivos sistemas nacionales. Los asuntos que hemos traído aquí ponen claramente de manifiesto que la cuestión del régimen jurídico del Ministerio Público, acorde con su particular naturaleza, va a ser un importante tema de discusión en el futuro que no puede sino abordarse en una perspectiva europea.

V. BIBLIOGRAFÍA

- BUSTOS GISBERT, R. “La influencia de los textos no vinculantes del Consejo de Europa sobre independencia judicial en el TEDH y en la UE”, en *Teoría y Realidad constitucional*, núm. 47, 2021, pp. 161-198.
- DELMAS-MARTY, Mireille, “La politique pénale est-elle une politique publique comme les autres?” *Rev.sc.crim*, 1994
- , “Evoluzione del pubblico Ministero e principio direttivi del processo penale nelle democrazie europee”, *Questione giustizia*, núm. 1, 1997.
- DÍEZ PICAZO, L. M., *El Poder de Acusar. Ministerio Fiscal y Constitucionalismo*, Ariel, Barcelona, 2000.
- DI FEDERICO, G., “La independencia del Ministerio fiscal y el principio democrático de la responsabilidad en Italia: análisis de un caso anómalo desde una perspectiva comparada”, *Poder Judicial*, núm. 48, 1997.
- MARTÍNEZ SANTOS, A. “El estatuto de independencia de la fiscalía europea y sus garantías” en VV. AA. (Coord. BACHMAIER WINTER, L.), *La Fiscalía Europea*, Marcial Pons, Madrid, 2018)
- MATHIAS, É., *Les procureurs du droit. De l'impartialité du ministère public en France et en Allemagne*, CNRS, París, 1999.
- PERRODET, A., *Étude pour un Ministère Public européen*, L.G.D.J., París, 2001.
- TULKENS, F., “L’apport de la Convention européenne des droits de l’homme”, en *Quel avenir pour le Ministère Public? Sous l’égide de la Cour de Cassation*, Dalloz, París, 1998, págs. 93 a 101.
- VERCHER NOGUERA, A., “El Consejo Consultivo de Fiscales Europeos del Consejo de Europa: su existencia y razón de ser”, en *Diario La Ley*, núm. 9283, Sección Doctrina, 22 de Octubre de 2018.

DEMOCRACIA, ESTADO DE DERECHO E INDEPENDENCIA JUDICIAL EN ESPAÑA: UN ANÁLISIS EN PERSPECTIVA EUROPEA¹

*Democracy, Rule of Law and judicial independence in Spain:
an Analysis from a European perspective*

Ana Carmona Contreras
Catedrática de Derecho Constitucional
Universidad de Sevilla

<https://doi.org/10.18543/ed.2498>

Recibido: 11.06.2022

Aceptado: 14.06.2022

Publicado en línea: junio 2022

Resumen

El sistema de elección de los vocales de extracción judicial del Consejo General del Poder Judicial se presenta como un elemento conflictivo que amenaza la independencia de dicho poder. Este sistema ha merecido la severa reprobación tanto del Grupo de Estados contra la Corrupción, ubicado en el Consejo de Europa, como de la Comisión Europea. Por su parte, las recientes respuestas articuladas por nuestro ordenamiento jurídico para superar la prolongada situación de interinidad institucional en la que se encuentra el Consejo han traído consigo una valoración igualmente negativa a cargo de las referidas instancias supranacionales. En este trabajo se analizan las patologías de las que adolece el marco normativo referido, confrontándolo al escrutinio realizado desde Europa y poniendo en evidencia el desajuste existente con relación a los estándares acuñados en materia de garantía de la independencia judicial.

¹ Este trabajo tiene su origen en la ponencia presentada en las jornadas “Democracia, Estado de Derecho e independencia judicial en Europa”, celebradas en Sevilla el 25 de junio de 2021 en el marco del Proyecto de investigación I+D «Desafíos del proceso de construcción de un espacio europeo de derechos fundamentales» (DER2017-83779-P).

Palabras clave

Estado de Derecho, independencia del Poder Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Comisión Europea, Grupo de Estados contra la Corrupción (GRECO).

Abstract

The election system of the judicial members of the General Council of the Judiciary is a conflictive element that threatens the independence of said power. This system has deserved the severe disapproval of both the Group of States against Corruption, located in the Council of Europe, and the European Commission. The recent responses articulated by our legal system to overcome the prolonged situation of institutional interim in which the Council finds itself have brought with them an equally negative assessment by the aforementioned supranational bodies. This work analyzes the pathologies that the aforementioned regulatory framework suffers from, confronting it with the scrutiny carried out from Europe and, likewise, highlights the existing mismatch in relation to the standards coined in terms of guaranteeing judicial independence.

Keywords

Rule of Law, Independence of the Judiciary, Judicial General Power Council, European Commission, Group of States against the Corruption.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. SOBRE EL DISCUTIDO Y DISCUTIBLE SISTEMA DE ELECCIÓN DE LOS VOCALES DE EXTRACCIÓN JUDICIAL DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. 1. El Marco normativo interno. 2. La evaluación de dicho marco normativo por el Grupo de Estados contra la Corrupción: 4ª Ronda de Evaluación Prevención de la corrupción respecto a parlamentarios, jueces y fiscales. III. SOBRE LA NO RENOVACIÓN DEL CONSEJO COMO PATOLOGÍA PERSISTENTE. 1. Aproximación al contexto interno. 2. La evaluación de esta patología realizada en sede europea. IV. CONCLUSIONES. V. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La calidad de la democracia en España ha experimentado en los últimos años un proceso de merma paulatina en su valoración según se desprende de los informes del *Democracy Index*, publicados con carácter anual por la prestigiosa revista *The Economist*. Especialmente significativo ha resultado el retroceso detectado en el informe correspondiente al año 2021², donde la tendencia descendente experimentada a partir de 2017 (motivada principalmente por la crisis independentista en Cataluña) no sólo vuelve a ponerse en evidencia sino que alcanza un mayor nivel de intensidad. El hecho a subrayar es que, aunque atendiendo a la puntuación obtenida la bajada con respecto al año anterior no es especialmente significativa³, sí que resulta muy preocupante desde una perspectiva general, ya que desplaza a nuestro país del grupo de cabecera en el que se hallaba habitualmente para pasar a ubicarse en un nivel donde se encuentran países con una democracia “no plena” o de carácter defectuoso. Las causas que motivan el descenso de España a la segunda división del ranking democrático son de índole diversa (polarización política, auge del populismo, casos de corrupción, secesionismo en Cataluña), si bien nos interesa resaltar que entre las mismas se alude expresamente a la no renovación del Consejo General del Poder Judicial⁴.

Una línea coincidente se constata en destacados documentos emanados en sede institucional europea -Comisión Europea y Grupo de Estados contra la corrupción (GRECO), en el seno del Consejo de Europa⁵-. En los mismos, ya sea desde la perspectiva genérica del respeto del Estado de Derecho

² *Democracy Index 2021. The China Challenge*, eiu-democracy-index-2021.pdf

³ De los 8.12 puntos obtenidos en 2020 se baja a 7.94 en 2021.

⁴ Vid. las consideraciones críticas recogidas en las pp. 62 y 63 de dicho informe.

⁵ La labor desarrollada por la Comisión de Venecia en relación con el Estado de Derecho y la independencia judicial es abordada por el artículo de J. M. Castellá Andreu recogido en este número.

(Informes de la Comisión 2019 y 2020), ya desde un enfoque específico focalizado en el tema de la corrupción institucional (Informes de GRECO, 4ª Ronda de Evaluación), emergen dos conclusiones comunes en torno al órgano de dirección de la judicatura. Como punto de arranque general, se afirma sin ambages que el Estado de Derecho no está en riesgo en nuestro país, sin que se aprecien amenazas sistémicas que permitan cuestionar su vigencia. En una línea similar, no se pone en tela de juicio la independencia de jueces y magistrados en el ejercicio de las funciones que tienen encomendadas. A partir de tal constatación de partida, sin embargo, cambian completamente las tornas, al detectarse un elemento que merece una valoración negativa y que apunta directamente al CGPJ. En efecto, tanto el sistema de designación de sus miembros (todos de procedencia parlamentaria) como la prolongada situación de interinidad en el que se encuentra este (con el mandato caducado desde diciembre de 2018) son percibidos tanto por GRECO como por la Comisión Europea como amenazas que traen consigo un riesgo evidente de politización orgánica, lo que a la postre implica una merma del principio de independencia judicial. De ahí la insistencia en la necesidad inaplazable de renovar el Consejo, así como de modificar el sistema de elección de sus componentes que provienen de la carrera judicial.

Precisamente al estudio de la problemática aludida en torno al CGPJ se dedica este trabajo. Nuestra intención no es otra, en el conjunto de los estudios que componen este monográfico, que poner de manifiesto los elementos problemáticos señalados desde las instituciones europeas. Llevar a cabo la tarea aludida requiere, sin embargo, realizar una aproximación preliminar al contexto interno, poniendo en evidencia los hitos fundamentales experimentados por el marco normativo que regula dicho órgano. Especialmente, (a) los referidos de modo específico al sistema de designación de los vocales de extracción judicial, (b) aquellos otros que introducen previsiones orientadas a favorecer su renovación y, en último término, (c) los que en la actual situación de bloqueo persistente vienen a privarlo de decisivas facultades en tanto se halle en situación de interinidad. Todo ello con la intención de delimitar el sustrato de fondo del que traen causa los Informes aprobados por GRECO, así como los elaborados por la Comisión Europea.

II. SOBRE EL DISCUTIDO Y DISCUTIBLE SISTEMA DE ELECCIÓN DE LOS VOCALES DE EXTRACCIÓN JUDICIAL DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

1. *El Marco normativo interno*

Como es sabido, el CGPJ aparece en los apartados 2 y 3 del artículo 122 de la Constitución. Esta figura, inédita en nuestra historia constitucional,

toma como referente inmediato el *Consiglio Superiore della Magistratura*, recogido en el artículo 104 de la Norma Fundamental italiana de 1947⁶. El Consejo, definido como “órgano de gobierno” del Poder Judicial, no desempeña funciones jurisdiccionales (sencillamente porque no es parte de dicho poder⁷) ni, asimismo, asume competencias que puedan interferir en el ejercicio de éstas por parte de quienes son sus titulares⁸. Muy al contrario, según se desprende del elenco de facultades que le son atribuidas expresamente en sede constitucional (nombramientos, ascensos, inspección y régimen disciplinario de los jueces), junto con aquellas otras previstas por la ley estamos ante una instancia llamada a actuar en relación con cuestiones instrumentales relativas a la jurisdicción, muy especialmente, las que afectan al estatuto de sus integrantes⁹. A la luz de las competencias referidas¹⁰ se confirma que la razón de ser que justifica principalmente la existencia de este órgano es garantizar la independencia en la gestión de las cuestiones que atañen al desarrollo de la carrera judicial, sustrayendo la adopción de decisiones sobre las mismas al ámbito del poder ejecutivo. En el contexto de un poder judicial que, en la fase inmediatamente precedente, estuvo mediatizado por el

⁶ El paralelismo con el caso italiano resulta evidente, proyectando una importante influencia sobre el diseño de la institución en España. Mucho más alejado de este se muestra, por su parte, el Consejo Superior de la Magistratura introducido por la Constitución francesa de 1958 en sus artículos 64 y 65. Dicho órgano incorpora una vinculación estrecha con el Ejecutivo, sobre todo con el Presidente de la República (que, a su vez, lo preside), prestándole auxilio en su función de “garante de la independencia de la autoridad judicial”.

⁷ Así lo puso en evidencia el Tribunal Constitucional en su sentencia 45/1986, FJ 5, en la que rechazó los conflictos de atribuciones presentados por el Consejo contra determinados actos legislativos de procedimiento aprobados por el Congreso y el Senado en el curso de la tramitación de la reforma de la Ley Orgánica 1/1980, del Consejo General del Poder Judicial.

⁸ Recuérdese la previsión expresa del artículo 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuyo apartado 1 dispone con carácter general que “En el ejercicio de la potestad jurisdiccional, los Jueces y Magistrados son independientes respecto a todos los órganos judiciales o de gobierno del Poder Judicial”. De manera más específica, se excluye que los Jueces y Tribunales, órganos de gobierno de los mismos o el Consejo General del Poder Judicial puedan “dictar instrucciones de carácter general o particular, dirigidas a sus inferiores, sobre la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico que lleven a cabo en el ejercicio de su función jurisdiccional”.

⁹ L.M. Díez-Picazo Giménez, “Artículo 122”, en P. Pérez Trempe-A. Saiz Arnaiz (Dirs.), *Comentario a la constitución española. 40 aniversario 1978-2018*, Tomo II (Artículo 97 a Disposición Final), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 1725.

¹⁰ El catálogo de competencias constitucionales atribuidas no se limita a las contempladas en el artículo 122.2 CE, completándose con las siguientes: nombrar 2 magistrados del Tribunal Constitucional y evacuar un informe sobre el nombramiento del Fiscal General del Estado.

gobierno, la reivindicación de un espacio exento de interferencias políticas tutelado por una instancia al margen de las mismas cobra pleno sentido¹¹.

Para alcanzar ese objetivo fundante resulta imprescindible diseñar una composición orgánica que resulte equilibrada y, asimismo, establecer un mecanismo de selección que sea la expresión de un consenso cualificado. La manifestación de tal intención se recoge en el artículo 122.3 CE, el cual se inicia con una referencia expresa a la composición del Consejo, estableciendo el número de vocales que lo componen (20), identificando la figura de su presidente, que es el del Tribunal Supremo y fijando el período de mandato de sus miembros (5 años). Inmediatamente a continuación, el precepto introduce una previsión en la que, al mismo tiempo que determina el número y procedencia profesional de los vocales, se pronuncia en torno al sistema de elección. Sobre la base de esta aproximación dual encontramos que 12 de sus miembros son de procedencia judicial –“Jueces y Magistrados de todas las categorías”–, correspondiendo concretar los términos de su designación a lo que establezca la ley orgánica. Por su parte, los 8 restantes serán “abogados y otros juristas, todos ellos de reconocida competencia y con más de 15 años de ejercicio en su profesión”. En cuanto a su nombramiento¹², queda establecido por el mismo precepto, ya que se prevé que cada una de las cámaras que integran las Cortes Generales propone a 4 y, asimismo, que será necesaria una mayoría de 3/5 para que dicha propuesta salga adelante. Así pues, mientras que en relación con estos 8 vocales la voluntad constitucional resulta clara y determinante por lo que se refiere a su elección al fijarse expresamente, no sucede lo mismo con respecto a los 12 restantes, dejando la cuestión abierta al haber recurrido a la técnica de la remisión legislativa. De este modo, por decisión constitucional, corresponderá al legislador orgánico determinar cuál es el mecanismo selectivo de los componentes del Consejo precedentes de la judicatura.

En este sentido, cabe reseñar que, tras una primera y breve fase en la que la facultad de designación de estos 12 vocales correspondió a los propios jueces y magistrados (*Ley Orgánica 1/1980*), la opción introducida por la *Ley Orgánica 6/1985* que, si bien con algunas significativas variantes, permanece

¹¹ L. Aguiar de Luque, “Artículo 122”, en M. Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer-M. E. Casas Baamonde, *Comentarios a la Constitución española*, Tomo II, Wolters Kluwer-BOE, Madrid, 2018, pp. 720-722 enfatiza que esta fue la orientación que marcó el tenor de los debates constituyentes en torno a la figura del Consejo. La idea predominante apuntó hacia la necesidad de instaurar un órgano que garantizase la independencia en la gestión de la carrera judicial, desvinculándola de influencias políticas.

¹² El nombramiento de vocales corresponde al Rey, si bien tal facultad -como todas las que la Constitución atribuye al Jefe del Estado- se muestra despojada de contenido sustantivo, puesto que la competencia material para la designación de los vocales recae en las instancias señaladas a tal efecto.

vigente hasta la actualidad, quebró esa aproximación¹³ pasando a atribuir dicha competencia a las Cortes Generales y requiriéndose en cada cámara una mayoría similar (3/5) a la prevista en relación con los otros vocales.

Esta opción legislativa generó serias dudas de constitucionalidad, dados los evidentes riesgos de politización de la justicia que la misma traía consigo. Recurrida ante el Tribunal Constitucional, este resolvió que el peligro detectado vendría a conjurarse gracias a la exigencia de una mayoría hipercualificada -3/5- para la elección de los 12 vocales de origen judicial. Razonaba, precisamente, el TC que la necesidad de lograr un amplio acuerdo serviría como cláusula de salvaguarda, permitiendo obviar la distribución de “los puestos a cubrir entre los distintos partidos, en proporción a la fuerza parlamentaria de éstos”. Este modo de proceder, seguía argumentando el Alto Tribunal, que es producto de “la lógica del Estado de partidos, obliga a mantener al margen de la lucha de partidos ciertos ámbitos de poder y entre ellos, y señaladamente, el Poder Judicial” (STC 108/1986, FJ 13).

La experiencia derivada de la aplicación práctica del sistema parlamentario de elección del Consejo arroja, sin embargo, un panorama diametralmente opuesto al dibujado por el Tribunal, ya que la necesidad de lograr un amplio acuerdo entre las fuerzas políticas con representación parlamentaria no ha generado el resultado apuntado. Muy al contrario, la tendencia a la colonización partidista del Consejo se muestra como un lugar común, que se hizo patente durante la larga fase de bipartidismo imperfecto que estuvo vigente hasta 2015 en nuestro país y que no ha remitido en el nuevo contexto político concurrente. El hecho a subrayar es que, ahora como entonces, las fuerzas políticas llamadas a decidir tienden a concentrar su interés preferente en asegurarse cuotas de representación en los correspondientes órganos y no, como cabría esperar según la lógica constitucional subyacente, en lograr un sólido consenso que permita lograr una adecuada labor de decantación progresiva que conduzca a la elección a partir de un elenco de candidatos propuestos.

A pesar de que se han introducido modificaciones en el sistema de elección de estos vocales orientados a limitar la facultad de elección de las cámaras, circunscribiendo su margen de selección a los candidatos recogidos en la lista remitida por las asociaciones judiciales, así como por jueces no

¹³ L.M. Díez-Picazo, “Artículo 122”, *ob. cit.*, pg. 1732, pone de manifiesto que, aunque la Constitución atribuyó la competencia concretizadora sobre la elección de estos vocales al legislador orgánico, el sentir general que se puso en evidencia a lo largo del debate constituyente puso de manifiesto que la misma correspondía al propio ámbito judicial. Sobre la base de esta constatación de fondo, sigue razonando el autor, la consecuencia extraída no era otra que la referencia “entre jueces” debía entenderse también como “entre y por jueces”.

asociados) que cuenten con el aval de un determinado número de miembros de la carrera judicial (Leyes Orgánicas 2/2001 y 4/2013), lo cierto es que nos hallamos ante un tema no resuelto¹⁴ que suscita un amplio descontento entre los miembros de la carrera judicial y al que no se ha dado todavía ninguna respuesta legislativa satisfactoria¹⁵.

A este respecto, debemos poner de manifiesto que en octubre de 2020 se intentó llevar a cabo una reforma que no sólo no atendía la aspiración judicial de elegir a sus 12 vocales sino que pretendía rebajar la mayoría requerida en el Parlamento. Ante la negativa persistente del Partido Popular de renovar el Consejo (cuyos integrantes están en funciones desde finales de 2018), los grupos parlamentarios socialista y de Unidas Podemos en el Congreso de los Diputados presentaron una proposición de reforma de la LOPJ. En la misma, aunque se mantenía la exigencia de la mayoría de 3/5 en una primera votación, se incorporaba como novedad la previsión de que, de no alcanzarse ésta, en una segunda ronda bastaría con la mayoría absoluta (nuevo artículo 572 LOPJ).

Este planteamiento, empero, resulta censurable tanto desde una perspectiva constitucional como atendiendo a los estándares existentes en ordenamiento europeo. Comenzando por la primera, baste con recordar que la reforma auspiciada sitúa en primer término ese riesgo de politización inherente a la lógica del Estado de partidos que en su momento puso de manifiesto el Tribunal Constitucional y que únicamente era susceptible de ser neutralizado atendiendo a la exigencia de la mayoría hipercualificada requerida. No fueron, sin embargo, estas consideraciones de cuño constitucional las que resultaron decisivas para la retirada de la propuesta en cuestión. Antes bien, esta se produjo como consecuencia de la virulenta reacción manifestada en el ámbito judicial, plasmada en el envío de una carta a la Comisión Europea el 6 abril de 2021 suscrita por 2.500 jueces en la que se denunciaba que con esta iniciativa se ponía en riesgo el Estado de Derecho en España¹⁶.

¹⁴ Una opinión contraria mantiene P. Lucas Murillo de la Cueva, “La independencia y el gobierno de los jueces. Un debate constitucional”, *Teoría y realidad constitucional*, núm. 40, 2017, p. 367, quien estima que con el sistema de listas de candidatos elaborada en el seno del poder judicial, a la que se incorporan tanto jueces asociados como otros que no lo están, se confiere un importante protagonismo al ámbito jurisdiccional en el mecanismo selectivo de sus vocales, quedando el margen de maniobra decisonal de las Cámaras sustancialmente reducido al tener que elegir entre los propuestos y no al margen de los mismos.

¹⁵ P. Lucas Murillo de la Cueva, “Independencia y el gobierno de los jueces. Un debate constitucional”, *ob. cit.*, pp. 357-359 dedica todo un epígrafe (“Apuntes de realidad”) a poner de manifiesto las iniciativas promovidas por las Asociaciones judiciales españolas contra el sistema de elección de los vocales judiciales a cargo de las Cortes Generales, tanto a nivel interno como en el ámbito internacional.

¹⁶ El texto de la misiva se encuentra disponible en <https://liberumasociacion.org/wp-content/uploads/2021/05/CARTA-JUECES-COMISION-EUROPEA-.pdf>

2. *La evaluación de dicho marco normativo por el Grupo de Estados contra la Corrupción: 4ª Ronda de Evaluación Prevención de la corrupción respecto a parlamentarios, jueces y fiscales*

El 1 de enero de 2012 se inició la 4ª Ronda de Evaluación dedicada al tema aludido por parte de GRECO¹⁷. Por razón del objeto de este trabajo, concentraremos nuestro interés en el caso de España (no así en las conclusiones alcanzadas por dicho Grupo con respecto a otros países también sometidos a evaluación) y en relación con el mismo, en el aspecto específicamente dedicado a los jueces¹⁸. Asimismo, dentro de dicho ámbito se impone una ulterior decantación, puesto que llevaremos a cabo una reflexión pormenorizada sobre la cuestión concreta de la composición del Consejo General del Poder Judicial. Ciertamente, de la lectura de los distintos informes que ha ido aprobando GRECO en el marco de esta 4ª Ronda (desde 2014 a 2021) se desprende la existencia de otros aspectos problemáticos referidos tanto al poder judicial en su conjunto como al propio Consejo. Así sucede con su organización interna, la transparencia en su funcionamiento, el régimen de dedicación de sus vocales o la atribución de la competencia para la designación de las más altas magistraturas de la carrera judicial (magistrados del Tribunal Supremo, presidentes de las Audiencias Provinciales, entre otros). No obstante, como decimos, el foco analítico se dirigirá únicamente al tema de la composición, puesto que es el que suscita un grado más elevado de conflictividad y, de hecho, es el único con respecto al que la recomendación formulada por GRECO no ha sido atendida por el Estado español.

Circunscritos los márgenes del estudio a este tema, comprobamos que ya desde el Primer Informe de Evaluación (2014)¹⁹, se compelia a España (en el correspondiente capítulo de Recomendaciones) a llevar a cabo una evaluación del marco legislativo que rige el CGPJ, teniendo presente sus efectos sobre la independencia de este órgano frente a cualquier influencia indebida, real o aparente, con objeto de corregir cualquier deficiencia que se detecte. En función de esta aproximación de partida, GRECO pone de manifiesto sin ambages “la evidente amenaza de seria politización de este órgano”, lo que

¹⁷ Sobre la creación y dinámica funcional de GRECO, se remite al completo análisis realizado por J. A. Camisón Yagüe-S. Soriano Moreno, “Informes de Resultados de 2016 y 2017 sobre las recomendaciones propuestas por el GRECO para la prevención de la corrupción judicial en España: crónica de incumplimientos”, *Teoría y realidad constitucional*, núm. 41, 2018, pp. 338-343.

¹⁸ Por lo que a los fiscales se refiere, véase el trabajo dedicado al tema de A. Fernández Le Gal en este número.

¹⁹ Informe aprobado por la Reunión plenaria GRECO nº 62 (2 a 6 de diciembre, 2013). Disponible en [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round4/Eval%201V/GrecoEval4\(2013\)5Spain_ES.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/evaluations/round4/Eval%201V/GrecoEval4(2013)5Spain_ES.pdf)

constituye un “potencial foco de corrupción”. Asimismo, se recuerda que la finalidad de los Consejos judiciales es “salvaguardar mejor la independencia del Poder Judicial”, tanto en apariencia como en la práctica, algo que no se verifica en nuestro país, “siendo en España el opuesto según lo demuestra la constante inquietud pública en este ámbito” (punto 78). A modo de apoyo se traen a colación tanto la Recomendación 2010/12 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre Jueces, en la que, insistiendo una vez más en que los Consejos judiciales consagran su existencia a garantizar la independencia, eficacia y responsabilidad del poder Judicial, señala que para conseguir tales objetivos “al menos la mitad de los miembros de tales consejos han de ser jueces elegidos por sus compañeros, respetando el pluralismo”. Asimismo, se hace hincapié en que la Opinión 10/2007 del Consejo Consultivo de Jueces Europeos subraya la necesidad de que “las autoridades políticas no se impliquen en ninguna fase del proceso de selección de los miembros de los consejos judiciales” (punto 77). Atendiendo este contexto de referencia, GRECO se hace eco y asume la idea de la politización que el Consejo lleva sufriendo desde la reforma aprobada en 1985, la cual suscita un “descontento muy extendido entre los miembros de la carrera judicial”. Y si bien se valora positivamente la reforma introducida por la LO 4/2013, que reserva una parte de las listas de candidatos remitidas a las cámaras a jueces no afiliados a ninguna asociación profesional, GRECO matiza sustancialmente sus eventuales efectos positivos de cara a “reforzar eficazmente la imagen del CGPJ como un organismo imparcial” (párrafos 78 y 79). Es precisamente esta importante reserva la que conduce a GRECO a instar a España para que proceda a “evaluar la posibilidad de una nueva reforma que ponga fin a los problemas indicados a fin de evitar la corrupción de la institución” (párrafo 80).

Sentada tal premisa desde el principio, posteriormente, el seguimiento realizado en los sucesivos informes de evaluación aprobados en 2016²⁰, 2017²¹, 2019²² y hasta llegar al último de la serie, el de 2021²³, si bien ha tomado en consideración los argumentos esgrimidos por los distintos

²⁰ Informe intermedio de cumplimiento, aprobado por la 72 sesión plenaria GRECO (27 de junio-1 de julio, 2016). Disponible en: <http://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016806ca04a>

²¹ Informe intermedio de cumplimiento provisional, aprobado por la 78 sesión plenaria GRECO (4-8 de diciembre de 2017). Disponible en: <https://rm.coe.int/fourth-evaluation-round-corruption-prevention-in-respect-of-members-of/1680779c4d>

²² Segundo Informe intermedio de cumplimiento, aprobado por la 83 sesión plenaria GRECO (17-21 de 2019). Disponible en: <https://rm.coe.int/cuarta-ronda-de-evaluacion-prevencion-de-la-corrupcion-respecto-de-mie/168098c68e>

²³ Segundo informe de cumplimiento, aprobado por la 97 sesión plenaria GRECO (22-25 marzo de 2021). Disponible en: <https://rm.coe.int/cuarta-ronda-de-evaluacion-prevencion-de-la-corrupcion-con-respecto-a-/1680a3fd52>

Gobiernos españoles de cara a justificar la ausencia de reformas en relación con el sistema de elección de los vocales de extracción judicial, aludiendo a las difíciles circunstancias políticas vividas por nuestro país, no ha dejado de señalar que 7 años después la situación es exactamente la misma que en 2013²⁴. A este respecto, se afirma lo siguiente: “Las preocupaciones de GRECO continúan igual, sino más que antes” (apartado 40). Consecuentemente, la conclusión a la que se llega es que la recomendación formulada en su momento no ha sido atendida, incurriendo España en un flagrante incumplimiento. Haciéndose eco de esta valoración negativa, el segundo Informe sobre la situación del Estado de Derecho en España, elaborado en 2021 por la Comisión Europea, se refiere expresamente a que “al menos la mitad de los jueces del Consejo deberían ser nombrados por sus homólogos, entre todos los niveles del poder judicial”²⁵.

III. SOBRE LA NO RENOVACIÓN DEL CONSEJO COMO PATOLOGÍA PERSISTENTE

1. *Aproximación al contexto interno*

A continuación, pasamos a abordar el segundo de los ejes problemáticos detectados en relación con el CGPJ: su no renovación. A este respecto, resulta pertinente aclarar que la consideración manifestada por el TC en su sentencia 108/86 en torno a los efectos positivos que se desprenden de la necesidad de mayoría de 3/5 para la elección de sus vocales ha desaparecido en la práctica. Tal exigencia, en efecto, ha dejado de funcionar como incentivo encaminado a optimizar el mecanismo de selección para pasar a convertirse en un instrumento de carácter obstruccionista en manos de quienes

²⁴ Ya en el Segundo Informe Intermedio de Cumplimiento (2019) GRECO lamentaba el fracaso cosechado por la Subcomisión de Justicia creada en el Congreso de los Diputados dedicada a la reforma de la Justicia y entre cuyos objetivos se contemplaba eliminar la elección del turno judicial por los políticos. No habiendo sido capaces de sacar adelante dicha reforma “se ha perdido la oportunidad de subsanar lo que ha demostrado ser, a los ojos de los ciudadanos, el talón de Aquiles de la judicatura española: su supuesta politización” (apartado 32). Al hilo de tal aseveración vuelve a emerger el mantra relativo a la justificación de los Consejos Judiciales (sic, garantizar mejor la independencia del Poder Judicial, en la apariencia y en la práctica), insistiéndose en que “lamentablemente en España, el resultado sigue siendo el contrario”. Tan demoledora afirmación, sin embargo, no obsta para que GRECO insista una vez más en que “esto no quiere decir que se ponga en tela de juicio la independencia de los jueces. GRECO ha sido muy claro y desea volver a serlo: No cabe duda de la independencia e imparcialidad de los jueces en el desempeño de sus funciones” (punto 34).

²⁵ SWD (2021), 710 final, Bruselas, 20.7.2021, p. 5.

rechazan cumplir con el deber constitucional de renovar el Consejo en plazo. Se ha producido, pues, una mutación funcional en virtud de la que la mayoría reforzada en vez de funcionar como un acicate para lograr el imprescindible consenso ha terminado por convertirse en un instrumento de bloqueo que beneficia a quienes no están dispuestos a lograrlo.

La respuesta normativa a esta situación de bloqueo persistente, que como ya se ha indicado no es nueva sino que muestra una larga trayectoria en el tiempo, ha traído consigo la aprobación de algunas reformas que han demostrado una eficacia práctica muy escasa. En primer lugar, cabe reseñar la modificación introducida por la Ley Orgánica 4/2013 que, en el marco de una operación de reconfiguración interna del Consejo de gran calado, introdujo una previsión tendente a permitir la renovación parcial del Consejo. En función de la misma se establece que, de alcanzarse la mayoría de 3/5 en una de las cámaras, queda abierta la puerta para que se incorporen al desempeño de sus funciones los 10 vocales elegidos (nuevo artículo 570.1 LOPJ). De esta forma, se permite la coexistencia en el seno del Consejo de dos grupos de vocales: los que permanecen en funciones, al tener el mandato prorrogado y pendientes de ser sustituidos (artículo 570.2 LOPJ), por un lado y, por otro, los que entran a formar parte del mismo al haber recibido el aval de la mayoría parlamentaria preceptiva. Este escenario posible, sin embargo, ha quedado relegado a un terreno meramente teórico, ya que, a pesar del tiempo transcurrido desde su aprobación, a día de hoy, permanece inédito.

También animada por la finalidad de no incentivar el retraso en la renovación, así como por la clara intención de preservar la unidad del órgano, esa misma reforma estableció que “el nombramiento de Vocales con posterioridad a la expiración del plazo concedido legalmente para su designación no supondrá, en ningún caso, la ampliación de la duración de su cargo más allá de los cinco años de mandato del Consejo General del Poder Judicial para el que hubieren sido designados” (nuevo artículo 570.3 LOPJ). Sobre la base de tal previsión, se desprende la hipótesis de un CGPJ integrado por vocales con un mandato de 5 años (aquellos que ingresaron tras producirse la caducidad de sus predecesores) y otros cuyo período al frente de la institución se determina en función del retraso acumulado en su designación.

Un segundo intento orientado a desincentivar el bloqueo ha venido de la mano de la reciente Ley Orgánica 4/2021 y consiste en la sustracción de competencias al CGPJ en funciones²⁶. En efecto, una vez finalizados los 5 años constitucionalmente previstos sin que se produzca la preceptiva renovación, se estima que el órgano de gobierno del Poder Judicial queda desprovisto de capacidad para adoptar decisiones que sólo le corresponde ejercer en

²⁶ Esta modificación ha sido fuertemente criticada por el partido popular y las asociaciones profesionales judiciales, considerándola como un “apagón legislativo del Consejo”.

un escenario de normalidad funcional. Sobre la base de esta aproximación, el elenco de facultades susceptibles de ser desarrolladas mientras dure la situación de interinidad institucional experimenta una significativa reducción (vid. el nuevo artículo 570 bis de la LOPJ), quedando privado de las siguientes: proponer el nombramiento del Presidente del Tribunal Supremo, de los Presidentes de las Audiencias, de los Tribunales Superiores de Justicia y la Audiencia Nacional, de los Presidentes de Sala y los Magistrados del Tribunal Supremo o de los Magistrados del Tribunal Constitucional. El efecto derivado de tal acción no se ha hecho esperar, puesto que a medida que han ido concluyendo los mandatos de los cargos jurisdiccionales indicados, las vacantes producidas no han podido ser cubiertas, con el consiguiente efecto disfuncional sobre el ejercicio de la función judicial²⁷. Lo cual, sin embargo, no ha servido de revulsivo para superar el impasse institucional en el que se encuentra el Consejo, que en el momento de escribir estas páginas sigue en vía muerta.

2. *La evaluación de esta patología realizada en sede europea*

Llegados a este punto, debemos empezar señalando que si bien se constata una valoración crítica en relación con la no renovación del Consejo, el rechazo demostrado con respecto a la iniciativa legislativa formulada para solventarlo mediante la rebaja de de la mayoría exigida, alcanza un grado decididamente más intenso. Comenzando por la valoración emitida por GRECO contrasta, en efecto, que el Informe de cumplimiento de 2021 se limite a dar cuenta de la persistencia de la situación de bloqueo (apartado 42), mientras que muestra un decidido rechazo frente a la vía intentada para superarla. Así se desprende de la existencia de un doble canal de articulación de la crítica que se articula, en primera instancia, a través de la carta dirigida por el presidente de GRECO (14 de octubre de 2020) al jefe de la Delegación de España, poniendo de manifiesto su preocupación por esta iniciativa. Adicionalmente, el Informe, además de reiterar a las autoridades españolas que “apliquen sin demora” la recomendación relativa al cambio del sistema electivo de los vocales de extracción judicial, llama la atención sobre el modo en que éste se lleva a cabo, resultando “sumamente importante que se consulte al poder judicial y que este tenga voz en las decisiones claves relativas a su funcionamiento y a sus prioridades. Los debates necesarios a este respecto con otros poderes del Estado deben celebrarse en un clima de mutuo respeto

²⁷ En enero de 2022, la situación ya alcanzaba tintes muy preocupantes. Así se desprende del elenco de vacantes judiciales no cubiertas. Una completa información al respecto se encuentra en <https://www.elindependiente.com/espana/2022/01/03/el-bloqueo-del-cgpj-deja-a-la-cupula-judicial-con-57-vacantes/>

y tener especialmente en cuenta la preservación de la independencia y la imparcialidad el Poder Judicial” (apartado 43).

Más incisivos, por su parte, se muestran los capítulos sobre la situación del Estado de Derecho en España, recogido en el Informe elaborado por la Comisión Europea en 2020 y 2021. En el primero²⁸, el epígrafe dedicado específicamente a la independencia del sistema judicial hace referencia expresa a esta situación, trayendo a colación las críticas manifestadas por parte del presidente del Consejo, que la calificó de “anomalía institucional”. No obstante, a modo de contrapunto, se alude a la situación de inestabilidad política en la que se encontró España a lo largo de 2019 (celebración de dos elecciones general y consiguiente parálisis institucional que impidió la renovación), lo que puede interpretarse como una suerte de cláusula de justificación implícita de la no renovación. Lo cual, sin embargo, no es óbice para que se ponga de manifiesto sin paliativos que el Consejo es una “institución expuesta a influencia política” (p. 2). El siguiente informe, por su parte, no sólo se limita a reiterar la preocupación ya manifestada anteriormente sino que, asimismo, pone de manifiesto que la proposición de ley para rebajar la mayoría para elegir a los vocales judiciales hubiera significado exponer a dicho órgano a una percepción todavía más elevada de politización por parte de la opinión pública, ya que habría traído consigo un incremento de “la percepción del Consejo como institución vulnerable a la politización” (p.4). Precisamente por tal razón, la Comisión muestra su satisfacción por la decisión de retirarla y, asimismo, insta a España para que el procedimiento de reforma del marco normativo no se lleve a cabo de espaldas a sus destinatarios y “se tengan en cuenta y se consulten a todas las partes interesadas” (p. 5).

IV. CONCLUSIONES

Finalizado el recorrido analítico a través de los que se han considerado los principales vectores conflictivos que lastran el cumplimiento de la función constitucional encomendada al Consejo General del Poder Judicial en España, resulta necesario llevar a cabo algunas reflexiones en torno a sus posibles vías de superación. Para ello, las apreciaciones realizadas por el Grupo de Estados contra la Corrupción, asumidas por la Comisión Europea en sus Informes sobre la situación del Estado de Derecho en España, se perfilan como insoslayables puntos de referencia a tomar en consideración.

Aclarando que las recomendaciones de GRECO y también las observaciones de la Comisión se muestran despojadas de efectos preceptivos, puesto que de las mismas no se derivan obligaciones imperativas para sus

²⁸ SWD (2020) 308 final, Bruselas 30/09/2020.

destinatarios, lo cierto es que no están desprovistas de eficacia práctica. El hecho a subrayar es que en este ámbito de soft law se genera un corpus sobre las exigencias de independencia e imparcialidad que han de mostrar los Consejos judiciales (en sintonía, por lo demás, con lo establecido por la Comisión de Venecia) que funge como estándar que debe ser respetado en la práctica por los Estados.

En función de tal planteamiento, la evaluación de la situación en la que se encuentra el CGPJ resulta muy deficiente. Como se ha expuesto, la opción relativa al sistema de selección de los vocales de extracción judicial vigente en nuestro país desde 1985, que atribuye a las Cortes Generales su designación, ha mostrado un alto grado de conflictividad. El alto riesgo de politización inherente al mismo, que la STC 108/1986, consideró susceptible de ser neutralizado amparándose en la exigencia de una mayoría de 3/5 para su elección, ha quedado patente en la práctica aplicativa. La colonización partidista de la institución, avalada por la implantación de un indisimulado sistema de cuotas en el reparto de los vocales, ha resultado palmaria, generando un profundo y persistente malestar en el seno de la Judicatura. Y es que la reivindicación histórica predominante entre jueces y magistrados, nombrar ellos mismos a los 12 vocales del Consejo de origen judicial, no ha sido atendida. Recuérdese que la misma desapareció tras una primera fase en que así se disponía por la LOPJ, sin que las reformas posteriores mediante las que se ha limitado la capacidad selectiva del Parlamento, circunscribiendo su radio de acción al listado de 36 candidatos nominados tanto por las asociaciones profesionales de jueces entre sus miembros, como por aquellos miembros de la carrera judicial -la mayoría- que no están asociados, hayan colmado tal aspiración.

Ambas cuestiones -colonización partidista y desconocimiento de la aspiración de los jueces y magistrados para seleccionar a sus vocales- han merecido el rechazo contundente de GRECO a lo largo del desarrollo de la 4ª Ronda de Evaluación, iniciada en 2013 y finalizada en 2021. Dicha instancia ha sostenido de modo invariable desde su primer informe de evaluación (2014) que España debe modificar el marco legislativo del CGPJ en este punto. En línea con lo establecido por la Comisión de Venecia, ha insistido en la necesidad de desparlamentarizar la actual fórmula de elección vigente en nuestro ordenamiento, incorporando una solución en la que se atienda a la voluntad de los jueces. El mantra utilizado ha sido monocorde y constante: los consejos judiciales consagran su existencia a garantizar la independencia de la Judicatura y para alcanzar tal objetivo, su composición no sólo ha de situarse al margen del circuito político, sino que también debe escapar al riesgo del corporativismo inherente a la elección de todos sus miembros por parte de los jueces. Conjugar la carga de legitimidad democrática que se desprende de la elección de vocales por la representación popular reunida en el

Parlamento con la necesaria presencia de representantes de la carrera judicial (“al menos un 50%”) se perfila, pues, como el objetivo a alcanzar. Algo que, a pesar de la aprobación de algunas iniciativas legislativas orientadas a limitar el margen selectivo de las Cortes Generales en la elección de los vocales judiciales, no ha conseguido todavía en España.

A esta primera deficiencia sistémica se une la incapacidad -no nueva, pero sí especialmente intensificada desde 2018- para renovar el Consejo. La necesidad de alcanzar una mayoría de 3/5 para elegir a sus vocales se ha trocado de facto en una capacidad de veto que es utilizada por quienes rehúsan llegar a acuerdos. La adopción de una reproble conducta obstruccionista, que supone un flagrante incumplimiento del deber constitucional de renovar la institución, sin embargo, aparece desprovista de sanción jurídica²⁹. Es precisamente en este contexto de impasse prolongado en el que se inscribe la reciente reforma del marco legislativo, despojando al Consejo en funciones de importantes competencias para la elección de la cúpula judicial³⁰, con las disfuncionales consecuencias que para el normal desarrollo de la función jurisdiccional se derivan de la permanencia temporal de las vacantes no cubiertas. No llegó a aprobarse, por su parte, la proposición de ley que pretendía rebajar la mayoría de elección de los vocales judiciales, bastando la mayoría absoluta en las cámaras en una segunda ronda de votaciones. Ante la virulenta reacción que tal iniciativa causó entre la Judicatura y que se plasmó en la carta dirigida a la Comisión Europea denunciando la amenaza que ésta suponía para el Estado de Derecho en nuestro país, se decidió su retirada. Una decisión que contó con el beneplácito tanto de GRECO como del Ejecutivo de la Unión, que no solo no dudaron en mostrar su abierto rechazo al contenido de la reforma frustrada, sino que también insistieron una vez más en la necesidad de ajustar la normativa española a los estándares forjados en sede supranacional. Estamos, pues, ante una asignatura pendiente que, a pesar de los años transcurridos y de los distintos intentos realizados, no ha sido aún superada, con lo que ello implica en términos de deslegitimación de nuestro sistema judicial.

V. BIBLIOGRAFÍA

AGUIAR DE LUQUE, L. “Artículo 122”, en RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.; BRAVO-FERRER, M.; CASAS BAAMONDE, E., *Comentarios a la Constitución española*, Tomo II, Wolters Kluwer-BOE, Madrid, 2018.

²⁹ La Constitución prevé la obligación de renovar en plazo, pero no así una sanción para el caso de que aquella se incumpla.

³⁰ Esta previsión ha sido impugnada por el Partido Popular ante el Tribunal Constitucional mediante un recurso de inconstitucionalidad.

- CAMISÓN YAGÜE, J. A.; SORIANO MORENO, S., “Informes de Resultados de 2016 y 2017 sobre las recomendaciones propuestas por el GRECO para la prevención de la corrupción judicial en España: crónica de incumplimientos”, *Teoría y realidad constitucional*, núm. 41, 2018.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L.M. “Artículo 122”, en P. Pérez Tremps-A. Saiz Arnaiz (Dirs.), *Comentario a la constitución española. 40 aniversario 1978-2018*, Tomo II (Artículo 97 a Disposición Final), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, P., “La independencia y el gobierno de los jueces. Un debate constitucional”, *Teoría y realidad constitucional*, núm. 40, 2017.

Estudios

LA PAZ SOCIAL COMO PROYECCIÓN OBJETIVA DE UN POSIBLE DERECHO CONSTITUCIONAL AL BIENESTAR EMOCIONAL EN EL MARCO ESPAÑOL Y EUROPEO¹

*Social peace as an objective projection of a possible
constitutional right to emotional well-being in the Spanish
and European framework*

Abdelhamid Adnane Rkioua
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

<https://doi.org/10.18543/ed.2499>

Recibido: 18.04.2022
Aceptado: 14.06.2022
Publicado en línea: junio 2022

Resumen

El presente trabajo defiende la toma en consideración de los sentimientos religiosos en tanto que partícipes de la paz social, considerada como bien jurídico protegible. Ello implica un redimensionamiento del alcance de la libertad de expresión, posibilitando su razonable limitación siempre y cuando a la conciencia social le pueda resultar de sumo valor. Limitación que ha de desaparecer o, cuanto menos, relajarse cuando dicho bien no resulte fundamental para dicha conciencia y no contribuya al mantenimiento de la invocada paz social.

¹ Contribución realizada en el marco del proyecto de investigación denominado: “Los delitos de opinión y libertad de expresión: un análisis interdisciplinar. La ¿(de) construcción de una sociedad (in) tolerante?” CONVOCATORIA DE AYUDAS A PROYECTOS DE I+D+I EN EL MARCO DEL PROGRAMA OPERATIVO FEDER ANDALUCÍA 2014-2020. CONVOCATORIA 2018.

Palabras clave

Libertad de expresión, bienestar emocional, derecho subjetivo, paz social.

Abstract

The present work defends the taking into consideration of religious feelings as participants in social peace, considered as a protectable legal asset. This implies a redimensioning of the scope of freedom of expression, allowing its reasonable limitation as long as it can be of great value to social conscience. Limitation that has to disappear or, at least, to relax when this concept is not fundamental for said conscience and does not contribute to the maintenance of the invoked social peace.

Keywords

Freedom of expression, emotional well-being, subjective right, social peace.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. POSTURAS DOCTRINALES Y JURISPRUDENCIALES EN TORNO A LA PROTECCIÓN DE LOS SENTIMIENTOS RELIGIOSOS: 1. El debate doctrinal. 2. Aproximación a la jurisprudencia. III. LA PAZ SOCIAL COMO PROYECCIÓN OBJETIVA DE UN POSIBLE DERECHO SUBJETIVO AL BIENESTAR EMOCIONAL. IV. CONCLUSIONES. V. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La ofensa a los sentimientos religiosos constituye un delito en varios países europeos; concretamente, en Andorra, Chipre, Croacia, Chequia, Dinamarca, España, Finlandia, Alemania, Grecia, Islandia, Italia², Lituania, Noruega, Países Bajos, Polonia, Portugal, Rusia, Eslovaquia, Turquía y Ucrania³.

Debe tenerse en cuenta que el análisis de un concepto tan vago como impreciso como es el caso de “la paz social” en su relación con los sentimientos religiosos precisa de una aproximación global, completa e integral que no sólo aborde el estudio desde la literalidad de las normas positivas, sino que tenga presente el resto de factores que influyen y moldean dichas normas.

De ahí que resulte desaconsejable abordar esta cuestión exclusivamente desde la perspectiva fría de las normas, sino que haya que completarla asomándose a todos los factores que participan en la conformación del referido bien jurídico, y siendo, además, necesaria la comprobación continua en el tiempo y en el espacio de la oportunidad o no de mantener la protección jurídica establecida.

Quede claro que, en el presente trabajo, no se sostiene ningún argumento a favor de la protección penal de los sentimientos religiosos ni tampoco se muestra preferencia alguna por ello. Aún más, el autor no entra a valorar el perjuicio que ciertas expresiones pueden producir en los sentimientos jurídicos para pronunciarse sobre el tipo de protección que habría que brindarle al bien jurídico en cuestión. Por todo ello, se puede afirmar que la protección no tiene por qué ser forzosamente penal, pues la vía administrativa o el proceso civil pueden ser cauces oportunos para ello.

² En el Código Penal italiano (*Codice Penale*), la materia analizada se recoge en los artículos 402-413, ubicados en los capítulos I “De los delitos contra los sentimientos religiosos” y II “De los delitos contra la piedad de los difuntos”, del título IV “De los delitos contra el sentimiento religioso y contra la piedad de los difuntos”, del libro II “De los delitos en particular”. Cfr. GONZÁLEZ URIEL, Daniel. Bol. Mex. Der. Comp. vol.52 n°.156 Ciudad de México sep./dic. 2019 Epub 23-Mar-2021. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S0041-86332019000301477&script=sci_arttext. Pág. 7. (última consulta: 29 de abril de 2021).

³ ZOILA CUMBALÍA. “Los conflictos entre libertad de expresión y religión: tratamiento jurídico del discurso del odio”. Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado, vol. XXXI, 2015, p. 360.

En las páginas que siguen, luego de exponer el estado de la cuestión tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, se llevará a cabo una labor interpretativa tendente a insinuar la existencia de un posible “derecho al bienestar ciudadano en su faceta emocional”. Ello se hará enlazando los sentimientos religiosos, insuficientes en sí mismos para fundamentar una limitación de libertad de expresión, con el bien jurídico “paz social” que tiene rango constitucional y puede considerarse como la proyección objetiva de dicho “derecho subjetivo”.

II. POSTURAS DOCTRINALES Y JURISPRUDENCIALES EN TORNO A LA PROTECCIÓN DE LOS SENTIMIENTOS RELIGIOSOS

1. *El debate doctrinal*

No huelga recordar que la doctrina europea en general, y la española en particular, distan mucho de los planteamientos de la Corte Suprema de los Estados Unidos, que en el año 1952⁴ afirmó que la Primera Enmienda de la Constitución impedía que el Estado pudiera alegar como interés legítimo para limitar la libertad de expresión la protección de un dogma religioso ni mucho menos, en lo que nos concierne en este trabajo, de algún sentimiento religioso. Sus argumentos fueron expuestos a la hora de conocer de la prohibición impuesta contra la exhibición y distribución de la película “El milagro” de Roberto Rossellini por el Estado de Nueva York, por ser de contenido impío o sacrilego.

En torno al contenido y límites de la libertad de expresión resulta interesante cómo ROSENFELD⁵ sintetiza los, al menos, cuatro modos que han coexistido respecto de la justificación y la dotación de contenido a dicha libertad en Estados Unidos. Señala, en primer lugar, la justificación basada en la democracia que protegería solo las manifestaciones propias del discurso político; la segunda, basada en el contrato social cubre las expresiones necesarias para poder tomar decisiones informadas, lo que amplía algo más el espectro de lo amparado; la tercera basada en la búsqueda de la verdad, fundada en la filosofía de John Stuart Mill, y que cubriría incluso aquellas manifestaciones que son falsas o dañinas, en tanto que mediante las mismas se incentiva el debate libre, oponiéndola el único límite consistente en no tolerar aquellas manifestaciones que inciten a la violencia; y en último lugar, la justificación basada en la autonomía individual gira en torno a que todas las formas de expresión preservan la dicha autonomía y

⁴ 343 U.S. 495, 1952.

⁵ ROSENFELD, Michel. “La filosofía de la libertad de expresión en América”. *Derechos y libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, 8, 469-483. Citado por Cabellos Espiérrez, Miguel Ángel. (2020). “Libertad de expresión y límites penales...”, op.cit. pps. 43-44 en nota en pie de página n° 43.

la dignidad de la persona, lo que llevaría a un muy amplio alcance de la libertad de expresión.

En España, podemos reconducir a dos las posiciones doctrinales, difícilmente reconciliables, entorno a los sentimientos religiosos. La primera defiende su carácter protegible y su potencial para limitar el ejercicio de la libertad de expresión, mientras que la segunda, intenta desmontar todos los argumentos alegados a favor de la primera tesis y le despojan de todo valor jurídico susceptible de reducir el alcance de una libertad tan fundamental en el Estado democrático como es el caso de la libertad de expresión.

1/ Para los defensores de su necesaria toma en consideración, el sentimiento religioso suele concebirse “como el estado de ánimo o disposición emotiva de una persona hacia las representaciones religiosas. Esta definición hace referencia a una entidad ideal, pero el que carezca de materialidad no significa que se escape a procesos causales y que los sentimientos religiosos no puedan lesionarse o ser puestos en peligro.”⁶

La opinión más abundante acerca del fundamento de ese bien jurídico de los sentimientos religiosos es que éstos constituyen una manifestación de la libertad ideológica y religiosa⁷ del art. 16 CE. En esta línea, se afirma que tales creencias generan sentimientos y emociones intensas, porque “la adhesión a unas creencias religiosas, o a una ideología, a la vez que conforma la personalidad del individuo y genera inevitablemente una comunión sentimental con las mismas”. De ahí que, las ofensas o el desprecio a los referentes de esas creencias menoscaben los vínculos de esa adhesión y, con ello, la dimensión interna de la libertad religiosa⁸.

En otros ensayos doctrinales se fundamenta la protección de los sentimientos religiosos desde un punto de vista colectivo de la libertad religiosa, con el argumento de que el sujeto pasivo no sería la persona individual sino, en general, la comunidad de creyentes en su globalidad. En este sentido, MORILLAS CUEVA⁹, con base en cierta jurisprudencia¹⁰, considera que los sentimientos religiosos se originan por la unión de personas que integran las confesiones religiosas. Por lo tanto, el bien jurídico (sentimientos religiosos)

⁶ ROCA DE AGAPITO, Luis. “El delito de escarnio de los sentimientos religiosos”. Anuario De Derecho Eclesiástico Del Estado, Vol. XXXIII, p. 565.

⁷ Véase, por ejemplo, PALOMINO, Rafael. “Libertad religiosa y libertad de expresión”. IUS CANONICUM, XLIX, N. 98, 2009, p. 539.

⁸ *Cfr.* en este sentido GARRIGA DOMÍNGUEZ, A., “El conflicto entre la libertad de expresión y los sentimientos religiosos en las sociedades multiculturales”, Anuario de Filosofía del Derecho, n.º 30, 2014, p. 103.

⁹ MORILLAS CUEVA, DJ nº 37-40, 1983, p. 1357-1358.

¹⁰ La Sentencia del Juzgado de lo Penal de Madrid nº 8, nº 235/2012, de 8 de junio, dictada en primera instancia en el “caso Krahe”, que mantuvo una concepción colectiva del bien jurídico protegido.

surgiría por la constitución de una comunidad con una serie de sentimientos comunes.

Por último, sin relacionar el objeto de protección directamente con la libertad religiosa, sino con la defensa del patrimonio religioso de la comunidad, SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO¹¹ señala que este bien se constituiría en un elemento necesario para el mantenimiento del orden público y la convivencia pacífica.

Las palabras de MARTÍ SÁNCHEZ apuntan en la misma dirección afirmando que “los beneficios de la libertad de expresión no pueden ocultar que la violencia dialéctica suele ser la antesala de la física y que, cualquier violencia, constituye una seria vulneración de la integridad, garantizada en el art. 15 CE, y de la dignidad de la persona (art. 10.1 CE)”¹². A ello añade que “si el efecto de la libertad de expresión rectamente ejercida es ensanchar el caudal y la riqueza de la vida en común, su abuso o desnaturalización más bien estrecha y empobrece la convivencia”¹³.

SALINAS MENGUAL aborda esta cuestión desde otra perspectiva cuando indica que “la libertad de expresión debe ser sopesada, y ha de ser ejercida con la debida responsabilidad a fin de propiciar el espíritu de tolerancia que debe regir en toda sociedad democrática, de respetar el derecho de los demás a sus creencias religiosas y de garantizar el orden público debido por medio de lo que podría denominarse una mínima «paz religiosa»”¹⁴.

Otros autores vinculan el sentimiento religioso con la dignidad¹⁵, y por lo tanto resulta “merecedor de tutela penal como expresión de la personalidad, como momento central de una dignidad por decir así existencial, como dato originario e inherente de la naturaleza humana. En este sentido, la protección penal no se presta en relación al reconocimiento emotivo con esta o aquella explicación trascendente de la vida, sino a la dignidad de la relación entre la persona y unos valores”. Así mismo parte de la doctrina, partiendo del

¹¹ SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J.L.: “El delito de escarnio de creencias”, *La Ley* 1996- 5, p. 1383.

¹² MARTÍ SÁNCHEZ, J. M.^a, “La difusión del discurso religioso y el ataque a las convicciones, ante la jurisprudencia del TEDH”, en Martí Sánchez, J. M.^a; Moreno Mozos, M.^a M. (Coord.) *Derecho de difusión de mensajes y libertad religiosa*, Dykinson, Madrid, 2018, p. 97.

¹³ MARTÍ SÁNCHEZ, J. M.^a, “La difusión del discurso religioso y el ataque a las convicciones, ante la jurisprudencia del TEDH”, en Martí Sánchez, J. M.^a; Moreno Mozos, M.^a M. op. Cit. p. 98.

¹⁴ SALINAS MENGUAL, J. “Evolución de la jurisprudencia española en la relación entre libertad de expresión y libertad religiosa. Perspectiva actual”. *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXXV, 2019, p. 259.

¹⁵ PÉREZ MADRID, F., “Incitación al odio religioso o hate speech y libertad de expresión”, *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, 19, 2009, p. 24.

principio de la dignidad humana y del libre desarrollo de la personalidad consagrado en el art. 10.1 CE, consideran que la protección de los sentimientos religiosos individuales habría que encuadrarla más bien dentro del derecho al honor del art. 18 CE¹⁶.

En esta lógica general, SALINAS MENGUAL¹⁷ aprecia que “determinados discursos que atentan contra los sentimientos religiosos no solo pueden llegar a suscitar un odio en la sociedad y una ruptura de la convivencia armónica y de la paz social, sino que pueden conducir a una discriminación, si no formal sí material, de determinadas creencias religiosas en el ámbito público, respecto de discursos ideológicos de otra índole y diametralmente opuestos, pero que gozan del favor de determinados grupos de presión con un poder más que evidente en medios de comunicación social que llegan a ejercer una gran influencia en la configuración de un pensamiento socialmente dominante”. El mismo autor resalta la importancia del elemento objetivo del tipo penal indicando que “la realidad objetiva y el resultado de la acción, herir los sentimientos religiosos de personas creyentes, debería primar sobre la realidad subjetiva o intencionalidad”¹⁸.

2/ A pesar de resultar incontrovertido que el Derecho Penal no sólo protege derechos fundamentales, pero en general incide de lleno en la configuración y desarrollo de los derechos estrictamente fundamentales y libertades públicas de la sección 1.ª del capítulo II del Título I de la Constitución, y de otros derechos y principios que tienen rango constitucional¹⁹, otra parte de la doctrina aboga por la no toma en consideración de los sentimientos religiosos en tanto que límite a la libertad religiosa²⁰. De ahí que se sostenga la no necesaria protección penal de la indemnidad de sensibilidades particulares, ni la integridad de identidades culturales, ni mayoritarias ni minoritarias, ya que la

¹⁶ TAMARIT SUMALLA. “La libertad ideológica en el Derecho penal”, Ed. PPU, Barcelona, 1989, p. 197 ss.

¹⁷ SALINAS MENGUAL, Jorge. “Evolución de la jurisprudencia española en la relación entre libertad de expresión y libertad religiosa. Perspectiva actual”. Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado, vol. XXXV, 2019, pp. 237-238.

¹⁸ SALINAS MENGUAL, Jorge. “Evolución de la jurisprudencia española en la relación entre libertad de expresión y libertad religiosa. Perspectiva actual”. Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado, vol. XXXV, 2019, pp. 256-257.

¹⁹ MUÑOZ CONDE, F. “Protección de los derechos fundamentales en el Código penal. Estudios sobre el Código Penal español de 1995 (Parte General)”. Derecho y Cambio Social, p.1.

²⁰ Tampoco han faltado voces en la doctrina penal italiana que hayan abogado por la completa desaparición de estos delitos. Estas tesis “abolicionistas” defienden la reconducción de las conductas contenidas en estos tipos penales a delitos comunes o, al menos, reducir al máximo el Título a aquellos que verdaderamente muestren una especialidad en materia religiosa. Así, por ejemplo, en la doctrina italiana SIRACUSANO, P.: “I delitti in materia di religione. Beni giuridici e limiti dell’ intervento penale”. Giuffrè, Milano, 1983.

protección de sentimientos religiosos solo podría legitimarse desde la previa atribución a la religión de un trato diferencial y privilegiado sobre otras creencias o convicciones.

En estas coordenadas se señala que “lo que quizá sea más preocupante, por cuanto denota realmente que ese cambio de modelo ha venido para quedarse, es que la censura de la expresión ofensiva no viene solo impuesta desde los poderes públicos, sino que es demandada por la propia ciudadanía, cada vez más sensible y menos tolerante a la irreverencia, la sátira o la crítica procaz”²¹.

Con la misma aguja de marear, sostiene ROXIN que “la protección de ciertos sentimientos sólo puede considerarse protección de bienes jurídicos cuando se trata de sentimientos de inseguridad (...) El Derecho penal no puede pretender una protección más amplia. El ser humano actual vive en una sociedad multicultural entre cuyas condiciones de existencia se encuentra la tolerancia de conductas que contradicen las propias representaciones valorativas”²²

ROCA DE AGAPITO²³, a su vez, se muestra crítico respecto de la consideración de que los sentimientos religiosos sociales sean el bien jurídico protegido en estos tipos de conflictos. En defensa de su planteamiento, alega, partiendo de que los sentimientos sólo pueden personales y sería una ficción tratar de homogeneizarlos, la vaguedad e indeterminación que ello conlleva y el riesgo de que sólo se tutelarían los sentimientos de la mayoría y quedarían desprotegidos los sentimientos de las minorías.

Queden esbozadas estas posturas doctrinales que se renuncia a estudiar con el detenimiento debido, pues apenas se persigue a su propósito arrojar luz sobre el valor que se lo otorga por parte de la doctrina a cada uno de los bienes jurídicos en cuestión. De ello se colige que ninguna duda cabe de su receptividad a la idea de la necesaria ponderación de los mismos que en cada postura lleva a resultados distintos.

2. Aproximación a la jurisprudencia

La jurisprudencia, por lo general, no es tan polarizada, como se expondrá a continuación, aunque han de tenerse en cuenta los matices de

²¹ ALCÁCER GUIRAO, Rafael. “Símbolos y ofensas Crítica a la protección penal de los sentimientos religiosos”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. RECPC 21-15, 2019, p.4.

²² ROXIN, C., “¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?”, en: Hefendehl (ed.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid/Barcelona, 2007, p. 451.

²³ ROCA DE AGAPITO, Luis. “El delito de escarnio de los sentimientos religiosos”. *Anuario De Derecho Eclesiástico Del Estado*, Vol. XXXIII, pp. 566-567.

cada pronunciamiento judicial. De todos modos, los parámetros que han guiado la acción de los jueces, tanto a nivel nacional como europeo, han sufrido un ligero giro que, de consolidarse, supondrá una cierta ampliación del haz de facultades que la libertad de expresión reconoce a sus titulares.

Antes de abordar el tratamiento jurisprudencial de esta cuestión tanto en España como en el TEDH, se estima oportuno hacer breves referencias a ciertos pronunciamientos judiciales tanto en Estados Unidos de América como en la República Italiana sobre el alcance de la libertad de expresión. La elección de estos dos países obedece al tratamiento claramente diferenciado que le brindan a la cuestión objeto del presente trabajo.

Téngase en cuenta que en la jurisprudencia del TS de los EE. UU. se distingue entre asuntos de importancia meramente privada y asuntos de relevancia pública, decretando una protección más amplia en el segundo caso que en el primero, aunque de ningún modo cabe denegársela en este último como regla general²⁴. En cuanto a la definición del segundo tipo de asuntos, los de relevancia pública, observa la doctrina²⁵ que la noción es suficientemente amplia como para abarcar todo aquello que gire en torno a algún asunto relevante, por más que ofenda; el asunto de relevancia pública “[puede] ser justamente considerado como relativo a cualquier tema de interés legítimo desde el punto de vista informativo; esto es, un tema de interés general y de valor y relevancia para el público”. Que tenga carácter inapropiado o controvertido es “irrelevante para la cuestión de si tiene que ver con un asunto de relevancia pública”²⁶. No se trata, por lo tanto, de hacer una gran contribución al debate público, sino de hablar sobre un tema que tenga alguna relevancia, aunque sea sin aportar nada; por ello el propio Tribunal ampara en este caso un discurso “ciertamente hiriente, cuya contribución al debate público puede ser despreciable”²⁷ por el hecho de que trataba sobre temas de relevancia pública²⁸.

En sentido diferente, la Giurisprudenza italiana, tanto ordinaria como constitucional, reconocen en reiteradas ocasiones el alcance constitucional de los sentimientos religiosos y, por ende, le otorgan amparo en perjuicio de

²⁴ Cfr. sentencia Snyder vs. Phelps, 562 U.S. 452, 2011.

²⁵ Véase, CABELLOS ESPIÉRREZ, Miguel Ángel. “Libertad de expresión y límites penales: una nueva fase en el camino hacia la fijación de criterios interpretativos constitucionalmente coherentes”. Revista Catalana de Dret Públic, 61, pág. 44 en nota en pie de página nº 44.

²⁶ 562 U.S. 453.

²⁷ 562 U.S. 460.

²⁸ Véase, CABELLOS ESPIÉRREZ, Miguel Ángel. “Libertad de expresión y límites penales: una nueva fase en el camino hacia la fijación de criterios interpretativos constitucionalmente coherentes”, Op. cit. p. 44 en nota en pie de página nº 44.

la libertad de expresión. En este sentido, *La Corte costituzionale della Repubblica italiana*, al conocer de una cuestión de constitucionalidad del artículo 402 del Código Penal, excluye la inconstitucionalidad del ultraje a la religión en la sentencia n° 39 de 1965²⁹, considerando, en sustancia, que los hechos constitutivos de tal delito nunca podrían considerarse como reflejo el ejercicio del derecho a la libre expresión del pensamiento garantizado por el artículo 19 de la Constitución. El Tribunal precisa de modo diáfano que “el delito de desprecio de la religión católica no limita el derecho de todos, reconocido en el artículo 19 de la Constitución, a profesar su fe religiosa de cualquier forma, de propagarla y de ejercer su culto a través de ritos que no ofendan a la buena moral”. Este derecho, añade, implica “el derecho, también garantizado por la Constitución, a manifestar el pensamiento sobre las otras religiones y a convertirlas en objeto de discusión”, con el límite de no “ofender la religión de otros mediante graves atentados o bien convirtiéndola en objeto de burla en público”³⁰.

En la sentencia n° 188 de 1975³¹, que trata de la constitucionalidad del artículo 403 del Código Rocco, la *Corte costituzionale* parece repetir sus razonamientos anteriores, pero modulando su posición al dejar entrever la posibilidad de una conciliación entre las dos exigencias constitucionales: la libre manifestación del pensamiento y el sentimiento religioso³².

²⁹ Corte costituzionale, sentenza., n° 39 de 13 maggio 1965.

³⁰ “E fuori dubbio che il vilipendio della religione altrui non rientra in queste manifestazioni di fede religiosa, garantite dalla Costituzione; esso non è un modo di professare la propria fede, di farne propaganda, e meno che mai di esercitarne il culto. E vero che il diritto di professare una religione e farne propaganda implica il diritto, ugualmente garantito dalla Costituzione, di manifestare il proprio pensiero su religioni diverse dalla propria e di farne oggetto di discussione, ma questo diritto non comprende il poter vilipendere la religione altrui, recando ad essa grave offesa e facendola oggetto di pubblico dileggio.”. Corte costituzionale, sentenza., n° 39 de 13 maggio 1965, Considerato in diritto n° 3.

³¹ Corte costituzionale., sentenza., n° 188 de 27 giugno 1975, Considerato in diritto n° 4.

³² “È da premettere che il sentimento religioso, quale vive nell'intimo della coscienza individuale e si estende anche a gruppi più o meno numerosi di persone legate tra loro dal vincolo della professione di una fede comune, è da considerare tra i beni costituzionalmente rilevanti, come risulta coordinando gli artt. 2, 8 e 19 Cost., ed è indirettamente confermato anche dal primo comma dell'art. 3 e dall'art. 20. Perciò il vilipendio di una religione, tanto più se posto in essere attraverso il vilipendio di coloro che la professano o di un ministro del culto rispettivo, come nell'ipotesi dell'art. 403 cod. pen., che qui interessa, legittimamente può limitare l'ambito di operatività dell'art. 21: sempre che, beninteso, la figura della condotta vilipendiosa sia circoscritta entro i giusti confini, segnati, per un verso, dallo stesso significato etimologico della parola (che vuol dire "tenere a vile", e quindi additare al pubblico disprezzo o dileggio), e per altro verso, dalla esigenza - cui sopra si è accennato - di rendere compatibile la tutela penale accor-

En este sentido, la *Corte Suprema di Cassazione* aclaró con firmeza que la tesis según la cual el derecho a manifestar el propio pensamiento, en materia religiosa, no se enfrentaría a ningún límite, resulta carente de justificación. Según el Juez Supremo, el hecho de que un credo religioso y los principios que implica se basan en un acto de fe, cuya explicación racional puede ser delicada como, puede serlo, también, la refutación de creencias diferentes y de sus dogmas, no autoriza las agresiones verbales, desprovistas de soporte dialéctico-argumentativo, y por tanto gratuitas³³.

Esta “línea jurisprudencial” es seguida hoy constantemente por la *Corte Suprema di Cassazione* italiana que, en sus decisiones, se refiere explícitamente a las sentencias del Tribunal Constitucional. Así, por la sentencia n° 41044, de 13 de octubre de 2015, la Corte Suprema, recuerda que en decisiones antiguas, pero bien relacionadas con los principios constitucionales en vigor, afirmó que “en materia religiosa, la crítica es lícita cuando - sobre la base de datos o informaciones previamente recopilados o enunciados - se manifiesta por la expresión motivada y razonable de una valoración diferente y en ocasiones opuesta, resultante de una investigación realizada, gracias a métodos serenos, por personas con las habilidades necesarias y la adecuada preparación”. En contra, el ultraje se da “cuando -a través de un juicio sumario y gratuito- manifiesta una actitud de desprecio hacia la religión, negando a la institución y a sus componentes esenciales (dogmas y ritos) cualquier valor y la valía que la comunidad reconoce en ellos”. La Corte añadió “que no es necesario que las expresiones ofensivas conciernan a fieles determinados, pues basta, para que se dé la

data al bene protetto dalla norma in questione con la più ampia libertà di manifestazione del proprio pensiero in materia religiosa, con specifico riferimento alla quale non a caso l'art. 19 anticipa, in termini quanto mai espliciti, il più generale principio dell'art. 21. È evidente, ad esempio, a tacer d'altro, che non sussisterebbe quella libertà di far "propaganda" per una religione, come espressamente prevede e consente l'art. 19, se chi di tale diritto si avvale non potesse altrettanto liberamente dimostrarne la superiorità nei confronti di altre, di queste ultime criticando i presupposti o i dogmi. Il vilipendio, dunque, non si confonde né con la discussione su temi religiosi, così a livello scientifico come a livello divulgativo, né con la critica e la confutazione pur se vivacemente polemica; né con l'espressione di radicale dissenso da ogni concezione richiamantesi a valori religiosi trascendenti, in nome di ideologie immanentistiche o positivistiche od altre che siano. Sono, invece, vilipendio, e pertanto esclusi dalla garanzia dell'art. 21 (e dell'art. 19), la contumelia, lo scherno, l'offesa, per dir così, fine a sé stessa, che costituisce ad un tempo ingiuria al credente (e perciò lesione della sua personalità) e oltraggio ai valori etici di cui si sostanzia ed alimenta il fenomeno religioso, oggettivamente riguardato. Nei sensi e nei limiti così indicati, la questione sollevata in riferimento all'art. 21 deve anch'essa dichiararsi non fondata”.

³³ Cass. pen. sez. III, n° 12744 di 7 ottobre 1998. En el mismo sentido, Cass. pen. sez. III, n° 7605 de 31 marzo 2006, Resp. civ. prev., 2006.

infracción, que puedan reconducirse de manera abstracta a la generalidad indistinta de los miembros de la confesión religiosa”. Finalmente, indica que “estos principios han sido aceptados por la Corte Constitucional, llamada varias veces a pronunciarse sobre cuestiones relacionadas con el sentimiento religioso y de ilícito penal, sobre todo, precisa, en la resolución nº 188 de 1975, en la cual ha realizado una lectura del artículo 403 del Código Penal a la luz de los principios constitucionales, prestando especial atención al artículo 21”.

1/ A nivel nacional, parte de la jurisprudencia vino sosteniendo una amplia defensa de la libertad religiosa haciendo prevalecer el elemento objetivo del tipo penal del que se trate en cada caso concreto, y pretiriendo, por ello, toda consideración al aspecto subjetivo del mismo.

Sirvan como ejemplo de ello el pronunciamiento del Tribunal Superior de Justicia de Madrid al afirmar que “aunque no se negase la intención de los convocantes de difundir un ideario ateo con valores de racionalidad, fomento del pensamiento crítico, libertad y responsabilidad individuales, rechazo de actitudes fundamentalistas, etc, ello se va a materializar mediante un castigo a la conciencia católica, haciendo daño a la misma y siendo consustancial a la propia convocatoria, la ofensa a la religión católica”³⁴. En la misma línea sostuvo en otras sentencias³⁵ la prevalencia de la libertad religiosa frente a la libertad de expresión al entender que la relevancia de ciertos actos religiosos y el respeto a los derechos de terceros constituyen razón justificada para restringir el derecho de libertad de expresión, de reunión y de manifestación de los demandantes.

Comulga con estas premisas argumentales, en defensa de los sentimientos religiosos, la sentencia 235/12 del Juzgado de lo Penal n.º 8 de Madrid de 8 de junio de 2012 cuando afirma que “en la tutela de libertad religiosa el Código Penal quiere proteger no solo su ejercicio material sino también los íntimos sentimientos que a la misma se asocian”. Añade que “se reconoce además que esta libertad religiosa se integra no solo por la realización de actos materiales que la exterioricen, sino también, y en ocasiones principalmente, por el respeto a los sentimientos que conforman su esfera íntima.” Y termina precisando la sentencia que “no se trata aquí de salvaguardar cualquier sentimiento, sino que se trata de reconocer que existe un sentimiento religioso colectivo de quienes profesan, en este caso, la religión Católica, sentimiento que es digno de protección también para el Estado laico”.

³⁴ Sentencia del TSJ de Madrid 267/2011, de 20 de abril de 2011.

³⁵ Sentencias del TSJ de Madrid 213/2012 de 30 de marzo y 209/2014 de 14 de abril.

Esta postura jurisprudencial contrasta con varias sentencias que hacen hincapié en el elemento subjetivo³⁶ del tipo penal³⁷ para resolver los casos sometidos a su consideración. Pueden citarse como ejemplo de ello los siguientes pronunciamientos judiciales.

El primero, recogido en el auto de la Audiencia Provincial de Madrid 809/2011 de 29 de julio, donde se afirma que “no basta con que se ofendan los sentimientos religiosos de otros... sino que se requiere que esa conducta haga escarnio de los dogmas, creencias, ritos o ceremonias de una confesión religiosa y, además, se realice con la expresa e inequívoca intención de ofender esos sentimientos religiosos.” Y precisa que “para la comisión del controvertido ilícito penal no basta con que se ofendan los sentimientos religiosos de otros, lo que en el caso de autos ocurre para los querellantes, sino que se requiere que esa conducta haga públicamente escarnio de los dogmas, creencias, ritos o ceremonias de una confesión religiosa y, además, se realice con la expresa e inequívoca intención de ofender esos sentimientos religiosos”.

En sentido similar, como segundo ejemplo, se argumenta en la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 224/2011 que “las imágenes emitidas y las manifestaciones que las acompañan tienen un indudable sentido satírico, crítico y provocador. Ahora bien, ello no es suficiente para dotarlas de relevancia criminal, pese a su contenido burlesco, pues el tipo penal requiere que se haga escarnio público de dogmas, creencias, rito o ceremonias y con la finalidad de ofender los sentimientos de los miembros de una confesión religiosa. Se protege, pues, la libertad de conciencia en su manifestación de

³⁶ En Italia, una obra controvertida por razones religiosas fue la película de M. Scorsese realizada en 1988, “La última tentación de Cristo”. La razón básica de la polémica causada fue porque en un momento dado de la película se muestra una supuesta fantasía de Jesús moribundo —cuando éste se hallaba clavado en la cruz, torturado y desangrándose—, acerca de lo que pudo haber sido su vida si en lugar de haber provocado a las autoridades religiosas con su actividad crítica de profeta, por la cual se hallaba crucificado en ese instante, se hubiera decantado por ser un hombre normal, manteniendo su relación amorosa con María Magdalena, casándose y teniendo hijos con ella. La película dio lugar a la sentencia del Tribunal de Venecia de 8 de octubre de 1988, que consideró que no se daba la conducta típica de vilipendio a la religión del Estado tipificada en el artículo 402 CP italiano (que sería declarado inconstitucional posteriormente), por falta de voluntad de ofender. La sentencia fue confirmada por la Corte de Apelación de Venecia en 1989. *Cfr.* COSTA, J. P., *Libertà di espressione e identità collettive*, G. Giappichelli, ed. 2007, p. 52.

³⁷ El delito de escarnio se encuentra recogido en el art. 525 CP, a tenor del cual:

“1. Incurrirán en la pena de multa de ocho a doce meses los que, para ofender los sentimientos de los miembros de una confesión religiosa, hagan públicamente, de palabra, por escrito o mediante cualquier tipo de documento, escarnio de sus dogmas, creencias, ritos o ceremonias, o vejen, también públicamente, a quienes los profesan o practican.

2. En las mismas penas incurrirán los que hagan públicamente escarnio, de palabra o por escrito, de quienes no profesan religión o creencia alguna”.

libertad religiosa, pero no que se haga crítica y sátira de determinadas creencias y sentimientos religiosos dentro de un contexto de libertad de expresión y artística”³⁸.

Dicha lógica viene recogida de igual modo en la sentencia del Juzgado de lo Penal nº 10 de Sevilla de 9 de octubre de 2019 cuando se considera que la finalidad era lícita, pues apuntaba el “debate social sobre el contenido del proyecto sobre la reforma de la regulación del aborto que, impulsado por el Ministerio de Justicia bajo la denominación Ley de Salud Sexual y Reproductiva e Interrupción Voluntaria del Embarazo”. Como colofón de ello, y atendiendo a los mensajes en su totalidad, eso es al contexto de crítica que los envuelve y a la finalidad de los mismos sin olvidar la trayectoria del difusor de los mismos ni su tono habitual, la sentencia del Juzgado de lo Penal nº 26 de Madrid de 21 de febrero de 2020 viene a consolidar la importancia de la intencionalidad en la valoración de la conducta sometida a su juicio.

Este matiz, por lo demás nada despreciable, va a tener acogida en la doctrina del máximo intérprete de la Constitución en la STC 35/2020 al reclamar un “análisis riguroso del contexto en que una determinada expresión se ha realizado, a fin de garantizar que la libertad de expresión es realmente valorada en su contribución al sistema democrático al aplicar una serie de tipos penales como los antes mencionados”³⁹. La doctrina se ha hecho eco de este pronunciamiento al afirmar que de este modo “se impone así, en definitiva, la necesidad de hacer un análisis especialmente cuidadoso de las circunstancias que rodean al emisor y al contexto de ese mensaje, lo que debiera llevar por ejemplo a excluir de ser considerados susceptibles de reproche penal los mensajes de carácter irónico o de finalidad de crítica social o política, por desafortunados que puedan resultar”⁴⁰.

El Tribunal Europeo de los Derechos Humanos ha tenido más de una ocasión para pronunciarse sobre esta cuestión. Aunque pueda decirse que, por lo general, no ha habido giro jurisprudencial alguno respecto del hilo argumental que ha venido sosteniendo los diferentes fallos del Tribunal, sí cabe

³⁸ La misma lógica puede consultarse en: AAP Valladolid 251/2011, de 9 de junio; AAP de Madrid 265/2012, de 12 de abril; SJP de Madrid 235/2012, de 8 de junio de 2012; AAP de Madrid 265/2012, de 12 de abril; Juzgado de lo Penal Madrid Sentencia 235/2012 de 8 junio. *Cfr.* CÁMARA ARROYO, Sergio. Consideraciones críticas sobre la tutela penal de la libertad religiosa y los delitos contra la libertad de conciencia, los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos ADPCP, VOL. LXIX, 2016. p. 200-201.

³⁹ CABELLOS ESPÍERREZ, Miguel Ángel. “Libertad de expresión y límites penales: una nueva fase en el camino hacia la fijación de criterios interpretativos constitucionalmente coherentes”, *Op. cit.* p. 37.

⁴⁰ CABELLOS ESPÍERREZ, Miguel Ángel. “Libertad de expresión y límites penales: una nueva fase en el camino hacia la fijación de criterios interpretativos constitucionalmente coherentes”, *Op. cit.* p. 43.

precisar que algunas sentencias dictadas por el mismo dejan vislumbrar cierta restricción al margen de apreciación reconocido en beneficio de los Estados y, de ahí, la exigencia de una mayor dosis de argumentación para el otorgamiento de la protección de los sentimientos religiosos.

2/ Es harto sabido que, a nivel europeo, el Convenio Europeo de Derechos Humanos reconoce la libertad de expresión en su artículo 10⁴¹. La jurisprudencia ha enfatizado desde el principio en que “la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de las sociedades democráticas, una de las condiciones primordiales para su progreso y para el desarrollo de los hombres”⁴². Además, se viene reclamando que la función de este derecho como “una de las precondiciones del funcionamiento de la democracia”⁴³ determina una especial amplitud del objeto protegido que se abarca “no sólo la sustancia de las ideas y la información expresadas sino también la forma en la que se transmiten”⁴⁴. Los principios básicos sobre la cuestión de si una injerencia en la libertad de expresión es “necesaria en una sociedad democrática” están bien establecidos en la jurisprudencia del Tribunal⁴⁵.

Volviendo al art. 10.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, la libertad de expresión está sujeta a ciertos límites, que se hallan expresamente en el propio artículo. Sin embargo, hay ciertos criterios que deben tenerse presente a la hora de aplicar dichos límites, en pos de evitar una merma del derecho a la libertad de expresión. Prueba de ello es la STEDH 7.12.1976 (Asunto Handyside contra el Reino Unido⁴⁶) que sienta las bases de la

⁴¹ “Artículo 10. Libertad de expresión.

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.

2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud 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”.

⁴² Asunto Handyside c. Reino Unido, de 7 de diciembre de 1976.

⁴³ Asunto Appleby y otros c. Reino Unido, de 6 de mayo de 2003.

⁴⁴ Asunto De Haels y Gijssels c. Bélgica, de 24 de febrero de 1997.

⁴⁵ Véase, por ejemplo, los casos Hertel c. Suiza, de 25 de agosto de 1998; Delfi AS c. Estonia -Gran Cámara, de 16 de junio de 2015, y Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete e Index.Hu ZRT c. Hungría, de 2 de febrero de 2016.

⁴⁶ “Esta sentencia se refería al secuestro judicial de un libro, ordenado por los tribunales británicos por razones de moral pública. El libro se titulaba “The Little Red School-

doctrina sobre esta cuestión. En la misma sentencia, el Tribunal destaca que la libertad de expresión, al ser un componente esencial en la sociedad democrática, toda restricción a su ejercicio debe ser proporcionada, especialmente cuando es la autoridad quien interviene. El TEDH elabora un test que aplica siempre que se encuentra ante injerencias de las autoridades y que consiste en que la limitación o injerencia ha de estar prevista en la ley; ha de estar justificada en una finalidad legítima; ha de ser necesaria en una sociedad democrática y debe ser proporcionada a la finalidad legítima perseguida. A ello cabe añadir que a raíz de otras sentencias⁴⁷ el mismo Tribunal ha establecido el principio del “margen de apreciación”, que implica la participación y competencia de los Estados a la hora de precisar estos límites y determinar proporcionadamente sus alcances.

A cuyo respecto, dicho Tribunal⁴⁸ define el margen de apreciación como el terreno discrecional que se ofrece a las sociedades democráticas para decidir sobre la extensión de la injerencia. Sobre este particular, no huelga recordar que la interposición de los límites carece de carácter obligatorio, siendo las autoridades nacionales las que han de decidir la misma. Téngase en cuenta también que este margen de discrecionalidad no es ilimitado ni absoluto, pues resulta controlable por el propio Tribunal.

El efecto que ha producido esta doctrina del margen de apreciación ha sido relativizar el concepto de necesidad de las limitaciones al ejercicio de un derecho, remitiendo su determinación concreta a la prudencia del Tribunal en el enjuiciamiento de cada caso singular sometido a su jurisdicción.

Recuérdese que en principio, el TEDH ha afirmado que cualquier restricción que se establezca a la libertad de expresión ha de ser objeto de una interpretación estricta⁴⁹, de tal modo que quedan amparadas por este derecho expresiones que choquen, inquieten o incluso ofendan a un Estado o a cierta parte de su población⁵⁰. No obstante, señala también⁵¹ que el ejercicio de la

book” e iba destinado al uso de niños en edad escolar. El motivo de su incautación fue unos fragmentos dedicados a materias sexuales” ROCA DE AGAPITO, L. “El delito de escarnio de los sentimientos religiosos”. Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado, Vol. XXXIII (2017), p. 573, en nota en pie de página nº 30.

⁴⁷ STEDH 23 de julio de 1969 en el caso sobre el régimen de la lengua en la educación en Bélgica, o la STEDH 21 de septiembre de 1990 en el asunto Powell y Rayner contra el Reino Unido.

⁴⁸ STEDH de 23 de julio de 1969.

⁴⁹ Otto-Preminger-Institut c. Austria, apdo. 50.

⁵⁰ Paturel c. Francia, Sentencia de 22 de diciembre de 2005, Demanda núm. 54968/00, apdo. 43.

⁵¹ Otto-Preminger-Institut contra Austria, adpos. 47 y 49; Wingrove c. Reino Unido, Sentencia de 25 de noviembre de 1996, Demanda núm. 17419/90, apdo. 52; o Giniewski c. Francia, apdo. 43.

libertad de expresión conlleva deberes y responsabilidades y precisa que el respeto a las convicciones de los demás exige que se traten de evitar expresiones que sean gratuitamente ofensivas para los sentimientos religiosos de aquéllos.

Los dos primeros pronunciamientos del Tribunal en materia de conflicto entre la libertad religiosa y la libertad de expresión son los casos *Otto-Preminger-Institut c. Austria*⁵² y *Wingrove c. Reino Unido*⁵³. En ellos, el Tribunal establece los principios rectores que orientarán su actuación en posteriores casos⁵⁴, y hace prevalecer la protección de los sentimientos religiosos ante ciertas expresiones consideradas como ofensivas de modo injustificado contra aspectos de índole religiosa.

En ambos casos el material en cuestión era cinematográfico. Se trataba de dos obras satíricas, con explícitos episodios sexuales, que implicaban, en el primer caso, a Dios, Jesucristo y la Virgen, y en el segundo, a Santa Teresa de Ávila. La exposición de dichas películas fue prohibida con el fundamento de proteger los sentimientos religiosos, sin que el Tribunal de Derechos Humanos considerara en ningún supuesto que dichas negativas incurriesen en una injerencia ilegítima en la libertad de expresión tal como está prevista en el Convenio. El TEDH apeló, en ambos casos, al amplio margen de apreciación del que gozan los Estados en esta materia, debido a la ausencia de un consenso común sobre la protección frente a los ataques a las creencias religiosas motivados por expresiones blasfemas. Por ello, consideró conformes con el art. 10.2 del CEDH las medidas adoptadas por dichas autoridades.

En el año 2005, el TEDH volvió a reiterar su doctrina en el caso *I. A. vs. Turquía*, de 12 de septiembre, en el que confirmó la condena impuesta al director de una editorial por la publicación de un libro titulado “Las frases

⁵² STEDH, *Otto Preminger Institute c. Austria*, 24 de septiembre 1994. En ella se afirma que “la libertad de expresión exige que se tolere la crítica” pero que “esta libertad no da cobertura a los insultos proferidos en una película, incluso aunque no exista un concepto europeo general sobre el significado de la religión en la sociedad. Es el margen de apreciación de los Estados lo que fundamenta la posición del TEDH para justificar las injerencias de los poderes públicos (secuestro y confiscación de la película) en defensa de las creencias religiosas”. ROCA DE AGAPITO, L.: “El delito de escarnio de los sentimientos religiosos”, Op.cit, pp. 574-575.

⁵³ STEDH, *Wingrove c. Reino Unido*, 25 de noviembre de 1996. En este caso se trataba de un vídeo musical titulado “The Visions of Ecstasy” con escenas de contenido sexual explícito con Santa Teresa de Ávila y el cuerpo de Jesús en la cruz, que para poder ser comercializado se precisaba de una autorización administrativa que no ha sido concedida con base en el hecho de que dicho contenido resultaba contrario a la ley sobre la blasfemia.

⁵⁴ MARTÍNEZ-TORRÓN, J., “Libertad de expresión y libertad religiosa en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Quaderni di Diritto e Politica Ecclesiastica*, núm. 1, 2008, p. 2.

prohibidas”, en el que se contenía una frase considerada blasfema por la legislación nacional: “[...] el mensajero de Dios rompió su ayuno a través de las relaciones sexuales después de la cena y antes de la oración. Mohammed no prohibió las relaciones sexuales con una persona muerta o un animal vivo”. Sin embargo, poco después de la publicación de las viñetas del profeta del Islam en el periódico danés *Jyllands-Poste*, en el año 2006, el Consejo de Europa flexibilizó su postura con la promulgación de la Resolución 1510 (2006), titulada “Libertad de expresión y respeto a las creencias religiosas”, en la que afirmó que la libertad de expresión, tal y como está protegida en el art. 10 CEDH, no debe ceder ni un ápice ante las exigencias derivadas de las crecientes sensibilidades de ciertos grupos religiosos”⁵⁵.

Esta postura jurisprudencial de partida, sin perder su principal corpus argumental va a sufrir serias matizaciones tendentes a equilibrar los platos de la balanza en beneficio de la libertad de expresión. Así, en el año 2006 el Tribunal resuelve los asuntos *Giniewski*⁵⁶, *Aydin Talav*⁵⁷ y *Klein*⁵⁸. Mediante

⁵⁵ VALERO HEREDIA, A. “Los discursos del odio. Un estudio jurisprudencial”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 110, pp. 326-328.

⁵⁶ El asunto *Giniewski* contra Francia versaba sobre un artículo, titulado “La oscuridad del error”, publicado en el periódico francés “*Le quotidien de Paris*”, y relativo a la encíclica *Veritatis Splendor* del Papa Juan Pablo II. El artículo estaba firmado por Paul Giniewski, periodista, sociólogo e historiador, quien manifestaba que ciertos principios de la religión católica, que la citada encíclica volvía a afirmar, unidos al antijudaísmo de la versión católica de la historia sagrada, habían constituido el germen de la idea y la realización del Holocausto. *Giniewski* fue condenado por difamar a un grupo de personas en razón de su pertenencia a una religión en virtud del art. 29 de la Ley de 29 de julio de 1881 sobre libertad de prensa.

⁵⁷ De la obra de cinco volúmenes titulada *Islamiyet Gerçeği* (La realidad del Islam), el volumen cuestionado era el primero dedicado a “El Corán y la religión”, donde se criticaba al Islam como una religión legitimadora de la injusticia social al retratarla como la “voluntad de Alá”, y vertía opiniones críticas sobre las religiones en general, y en particular sobre el Islam y el Corán. Ello dio lugar a una condena penal por profanación según el art. 175 CP turco. Precisa, a este respecto, el TEDH que “quienes decidan ejercer la libertad de profesar una confesión religiosa, sea mayoritaria o minoritaria, no pueden razonablemente pretender quedar al abrigo de toda crítica” y “deben tolerar y aceptar el rechazo de sus creencias por otras personas e incluso la propagación de doctrinas hostiles a su fe”.

⁵⁸ El TEDH conoció del caso de un periodista que había publicado un artículo muy crítico con un arzobispo católico por haber solicitado en un programa de televisión la retirada de la película “El pueblo contra Larry Flynt” y el cartel que la publicaba por considerarlos difamatorios del crucifijo, símbolo de la religión cristiana. El periodista fue condenado por los tribunales eslovacos por un delito de difamación al arzobispo y de ofensa a los sentimientos religiosos de los católicos. El TEDH consideró que la publicación no vulneraba los sentimientos religiosos católicos, aunque su crítica pudiera haber ofendido a algunos creyentes. La sentencia concluyó afirmando que había existido una violación del art. 10.2 CEDH porque la injerencia en el derecho a la libertad de expresión

estas Sentencias el Tribunal contribuyó a clarificar los conceptos de “ofensa” e “insulto” a los sentimientos religiosos⁵⁹. Dichas sentencias vienen a restringir la doctrina del margen de apreciación de los Estados a la hora de limitar o imponer sanciones a expresiones críticas con la religión y obligan a tener presente si la expresión supuestamente ofensiva o difamatoria es gratuita e innecesaria y cuyo principal propósito sea el vilipendio y humillación de los miembros o dogmas de una confesión religiosa, o si se refiere a materias propias de un debate de interés general. Añade a ello que, para que la limitación de la libertad de expresión tenga un soporte legítimo, debe probarse la “necesidad social imperiosa”. Concepto, este último, que, a nuestro juicio, se relaciona indefectiblemente con la paz social que posibilita una razonable limitación siempre y cuando a la conciencia social le pueda resultar de sumo valor. Limitación que, sostenemos, ha de desaparecer o, cuanto menos, de relajarse cuando dicho bien no resulte fundamental para dicha conciencia y no contribuya al mantenimiento de la invocada paz social.

III. LA PAZ SOCIAL COMO PROYECCIÓN OBJETIVA DE UN POSIBLE DERECHO SUBJETIVO AL BIENESTAR EMOCIONAL

Es pacífico considerar que el principio de unidad de la Constitución impone llevar a cabo una interpretación sistemática de la misma. De lo que deriva que todas sus disposiciones tienen igual valor, por lo que no hay prevalencia apriorística de unas sobre otras ni cabe admitir la existencia de una supuesta jerarquía intra-constitucional. Así mismo, una comprensión tendencialmente cabal de los diferentes principios incluidos en la norma fundamental sólo se hace posible poniéndolos en relación los unos con los otros.

Dicho en otros términos, las partes de cualquier orden constitucional no han de ser consideradas como elementos separables cuya suma produzca la Constitución, sino de momentos que se integran en una unidad, que adquieren significado en el seno de ella y que se condicionan mutuamente⁶⁰. Ésta sería una manera, y a nuestro juicio de las más correctas en términos jurídicos, de abordar e interpretar los textos constitucionales. Ello deriva, como ha quedado expuesto, del carácter sistemático de los mismos y la interacción mutua que se da entre sus disposiciones. El sentido de cualquiera de las

del recurrente no respondía a una necesidad social imperiosa, ni era proporcionada al fin legítimo perseguido. Por ello, no era “necesaria en una sociedad democrática”.

⁵⁹ LÓPEZ GUERRA, Luis María. “Libertad de expresión y libertad de religión a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: blasfemia e insulto a la religión”, *Revista de Derecho Europeo*, núm. 46, 2013, p. 86.

⁶⁰ *Cfr.* GARCÍA PELAYO, M. “Derecho Constitucional Comparado”, segunda edición, 1951, p. 42.

disposiciones contenidas en dichos textos no puede llevar a negar el sentido de las demás. La conciliación entre las diferentes disposiciones, sin imponer una prevalencia de unas sobre otras, ha de guiar toda labor de interpretación. Hacer lo contrario supondría silenciar una parte en beneficio de la otra, lo que haría del interprete un legislador constituyente.

Además, resulta incontrovertible que sería carente de fundamento negarle a la Constitución la posibilidad de asignarle significados concretos a sus contenidos⁶¹. Aunque, bien mirado, no sea cosa suya ni, por tanto, se espera que decida sustraer algunas de sus previsiones a la disponibilidad de los poderes constituidos por ella, esto es, a la oportuna acción concretizadora de las mismas sino excepcionalmente⁶².

Si bien se considera aquí inusual la primera opción referida, por la singularidad que representa la inserción del correspondiente enunciado en el contexto de unas disposiciones tan deliberadamente ambiguas e imprecisas⁶³ como las que usualmente conforman la Constitución. Por eso mismo, favorecedoras de una pluralidad de concretizaciones ciertamente beneficiosas para su permanencia en el tiempo. También el Tribunal Constitucional ha considerado lógico el recurso a términos abiertos que corresponderá después acotar, mediante criterios técnicos, lógicos o de experiencia, a los jueces⁶⁴ y siempre con límites pues, recuerda el TC, no cabría “admitir formulaciones tan abiertas por su amplitud, vaguedad o indefinición, que la efectividad dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria del intérprete y juzgador”⁶⁵.

En otra Sentencia, el Tribunal Constitucional comenzaba advirtiendo de la dificultad para discernir con la exactitud y el rigor ciertas categorías jurídicas. Y recordó que la Constitución Española, “como las demás, utiliza palabras, expresiones o conceptos sin ocuparse de definirlos, por no ser misión suya y cuyo significado hay que extraer del sustrato cultural donde confluyen vectores semánticos ante todo y jurídicos en definitiva, con un contenido real procedente a su vez de distintos saberes y también de la experiencia”⁶⁶.

⁶¹ El Tribunal constitucional recordó que la Constitución Española, “como las demás, utiliza palabras, expresiones o conceptos sin ocuparse de definirlos, por no ser misión suya y cuyo significado hay que extraer del sustrato cultural donde confluyen vectores semánticos ante todo y jurídicos, en definitiva, con un contenido real procedente a su vez de distintos saberes y también de la experiencia”. *Cfr.* STC 102/1995, de 6 de junio, F.J. 4º.

⁶² TEROL BECERRA, M.J., “Aproximación al contenido de un Derecho Constitucional al medio ambiente”. *Estudios de Deusto* 1, Vol. 59/2, Bilbao, junio-diciembre 2011, p. 170.

⁶³ *Cfr.* STC 102/1995, de 6 de junio, F.J. 4º.

⁶⁴ Véase, entre otras, las SSTC 62/1982, 69/1989, 137/1997 o 151/1997.

⁶⁵ *Cfr.* STC 104/2009, F.J. 2º.

⁶⁶ *Cfr.* STC 102/1995, de 26 de junio F.J. 4º

Ambigüedad, vaguedad e indefinición que se dan también en las normas de las que se predica la concretización de los postulados constitucionales. A este respecto, conviene remarcar que “el problema que presenta la vaguedad terminológica de los tipos mencionados es que, unido ello a la ya citada prevención frente a determinados medios de comunicación y expresión, se lleva al derecho penal a terrenos alejados de los principios que deben guiarle en un Estado social y democrático de Derecho, esto es, de su carácter de ultima ratio o del principio de intervención mínima, y acaban en la vía penal expresiones y mensajes que, más allá de mostrar la inmadurez o la estulticia de quien los profiere, no reúnen realmente la relevancia mínima ni generan el riesgo necesario para nadie que serían exigibles para entrar en el ámbito penal.”⁶⁷

Puede adelantarse que el silencio constitucional respecto de los sentimientos religiosos en su relación con el concepto de paz social, unido al de los documentos certificantes de cómo se elaboró la disposición en torno a qué valor podrían otorgarles sus artífices a dicho concepto, alienta a pensar en que para el constituyente se trataba de un concepto lo bastante conocido como para no precisar de mención.

Sea como fuere, nada tiene de particular que a fuerza de difundir los medios de comunicación una concreta visión de la libertad de conciencia terminara ésta por calar en la opinión pública y, por su intermediación, en el mundo del Derecho. Bastante elocuente del predicamento que tiene en España dicha visión es el protagonismo que adquirieron, en ciertas construcciones doctrinales efectuadas con la finalidad de conceptuarla, las evocaciones de los sentimientos religiosos⁶⁸. De ahí, quizás, la sintonía de la limitación a la libertad de expresión con la conciencia social.

Sin perder el hilo conductor de la presente reflexión, se advierte que ya en el artículo 10.1 de la Constitución se alude a la paz social emparejándola con el concepto de orden político⁶⁹ y concibiéndola como un valor al que no define, sino que enuncia someramente⁷⁰. En la discusión del referido artículo 10.1 de la Constitución aparece en ocasiones la paz como un medio o

⁶⁷ CABELLOS ESPÍERREZ, Miguel Ángel. “Libertad de expresión y límites penales...”, Op. cit. p. 33.

⁶⁸ Véase supra, el apartado referido a los sentimientos religiosos en sede doctrinal.

⁶⁹ Si el orden tiene más bien una proyección política e institucional, la paz es un concepto que se desenvuelve mejor en un ámbito sociológico, o que, cuando menos, abarca realidades más amplias que las estrictamente contenidas en el concepto de orden. Por ello, la paz podría considerarse como un valor de carácter más espiritual, con una dimensión ética que falta en el concepto de orden, más apegado a la concreción de un estado de cosas en la organización del Estado. SORIANO, Ramón. “La Paz y la Constitución española de 1978”. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época) Número 45, Mayo-Junio 1985*, p. 97.

⁷⁰ SORIANO, Ramón. “La Paz y la Constitución española de 1978”. Op. cit. p. 110.

instrumento de la acción social, y en otras como una aspiración o fin⁷¹. Quizás sea porque la paz, como sentimiento espiritual de los ciudadanos, se construye día a día, porque necesita la reválida de una difícil y dinámica materialización social de los valores superiores de libertad, igualdad, justicia, etc., en una constante adaptación al cambio de las valoraciones sociales⁷².

Pero, repárese en lo ajeno que, en términos de pura racionalidad, se revela lo emotivo o lo sentimental al mundo del Derecho, tendente al logro de una paz social imposible de sustentarse en consideraciones de orden emocional y cuanto estorba, por tanto, su ponderación en el razonamiento jurídico. Pues interesa subrayar que aun cuando a veces pueda resultarle difícil al jurista sustraerse a tales influencias debe proponérselo y no sólo el jurista teórico al que, como a cualquier otro investigador, debe exigírsele alejamiento de su objeto de estudio en aras de la objetividad, sino también al jurista práctico y, por consiguiente, al juez, quien sólo mediante ese distanciamiento del justiciable podrá obtener idéntica finalidad.

En definitiva, se entiende aquí por racional la argumentación empleada para dar respuesta a un problema de esa índole, sustentada, entre otros posibles extremos, en interpretaciones de enunciados constitucionales efectuadas con arreglo a métodos comúnmente empleados a tal efecto en Derecho y susceptible de considerarse adaptada a la obligación derivada de la relación de interdependencia existentes entre los distintos elementos de la Constitución, es decir, a esa exigencia de no contemplar en ningún caso la norma aislada a la que se refiere Konrad Hesse cuando habla del principio de unidad de la Constitución para significar que todas las normas constitucionales han de ser interpretadas de tal manera que se eviten contradicciones con otras normas constitucionales⁷³.

No ha de desmerecer, por lo expuesto, la toma en consideración de la paz social en tanto que límite razonable a la libertad de expresión, pues la paz adquiere tanta más importancia cuantas mayores son las posibilidades de quiebra de un concreto sistema político. Pues, a veces, en situaciones de especial gravedad, la paz es el valor único a conquistar, porque sin la paz es imposible el desarrollo del resto de los valores jurídicos⁷⁴.

Recuérdese que la Sentencia del TEDH *Otto Preminger-Institut c. Austria* (de 20 de septiembre de 1994) no sólo no se aviene, como se ha podido comprobar, a recibir esa consideración, sino que, además ha servido de pauta razonable a un buen número de resoluciones jurisprudenciales posteriores

⁷¹ SORIANO, Ramón. “La Paz y la Constitución española de 1978”. Op. cit. p. 96.

⁷² SORIANO, Ramón. “La Paz y la Constitución española de 1978”. Op. cit. p. 98.

⁷³ *Cfr.* “La interpretación Constitucional”, en *Escritos de Derecho Constitucional* (trad.: Pedro Cruz Villalón), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, p. 33.

⁷⁴ SORIANO, Ramón. “La Paz y la Constitución española de 1978”. Op. cit. p. 106.

caracterizadas por revalidar, con absoluta fidelidad, la noción de sentimientos religiosos⁷⁵ allí formulada. No en balde acabará esa idea operando en ellas como premisa de la respuesta a la contienda jurídica que, en cada caso, afrontan tal como ha quedado apuntado.

Adviértase cómo mediante tales sentencias el Tribunal Europeo de Derechos Humanos usa una técnica tan heterodoxa como eficaz, para tutelar los sentimientos religiosos concadenándolos a la paz social. Pues so pretexto de proteger los sentimientos religiosos tutelaba, en realidad, por conexión con los mismos, la paz social. Los cuales parece concebirlos el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como la base de un derecho al bienestar personal y colectivo que no admite injerencias o intromisiones de terceros lesivas para la paz social.

Igualmente, a nivel nacional, la jurisprudencia tanto ordinaria como la del Tribunal Constitucional da buena cabida, tal como ha quedado expuesto, a los sentimientos religiosos en tanto que partícipes de la mencionada paz social.

Queda así claro que se estima razonable el juicio de esa clase que incorpora además criterios éticos, políticos, sociológicos o de cualquier otra naturaleza ajena al Derecho, no previstos específicamente por la norma constitucional. Se trata de lo que Konrad Hesse denomina el principio de la concordancia práctica, con arreglo al cual, según afirma, “los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos deben ser coordinados de tal modo en la solución del problema que todos ellos conserven su entidad”⁷⁶.

En coherencia con ello, se afirma que “el pensar en bienes jurídicos al margen de las valoraciones que les subyacen carece de sentido. Sin embargo, las valoraciones correspondientes no pueden desarrollarse a partir de la teoría del bien jurídico, pues tienen una naturaleza genuinamente política (...) En el marco de una comprensión liberal no se extraen las mismas consecuencias de la teoría del bien jurídico que en el marco de una comprensión preventivo-conservadora que acentúa la protección (...). Ahora bien, con independencia de su carácter liberal o conservador, un determinado concepto de bien jurídico “depende [en todo caso] de un clima intelectual y social, que lo sostiene y posibilita su imposición (...) Si varía este clima, se altera también el segmento de bienes jurídicos que son percibidos como merecedores de protección.”⁷⁷

⁷⁵ Para otras definiciones de sentimientos religiosos entre la doctrina italiana, véase, SPIRITO, P.: “Sentimiento religioso e religione nel Codice penale vigente”, en VV. AA.: *Studi in onore di Lorenzo Spinelli*. Tomo III, Modena, 1989, pp. 1077-1093.

⁷⁶ *Cfr.* “La interpretación Constitucional”, en *Escritos de Derecho Constitucional* (trad.: Pedro Cruz Villalón), Op.cit. p. 33.

⁷⁷ PAWLIK, Michael. “El delito, ¿lesión de un bien jurídico?” *InDret*. Revista para el análisis del Derecho., abril 2016. pp. 3-4.

Téngase en cuenta, para operar de este modo, que “la cuestión sobre la frontera entre lo que es “meramente inmoral”⁷⁸ y aquello que ya resulta ser “relevante jurídico-penalmente” no puede responderse con una pretensión de validez general, y todavía menos atemporal”⁷⁹. De ahí el margen de apreciación ideado por el TEDH y reconocido a los Estados miembros del CEDH, y también que “la razón por la que desaparecen las necesidades de castigo no es una revisión más profunda de la necesidad de delimitar el Derecho penal y la moral, sino una alteración de las condiciones marco sociales”⁸⁰. En coherencia con ello, y utilizando las palabras del TC⁸¹ respecto de otro bien jurídico, podría decirse que tanto de los sentimientos religiosos como su correlato, la paz social, son conceptos esencialmente antropocéntricos y relativos. No hay ni puede haber una idea abstracta, intemporal y utópica de los mismo, fuera del tiempo y del espacio. Es siempre una concepción concreta, perteneciente al hoy y operante aquí.

No es inusual, conviene insistir en ello, el uso por la jurisprudencia de criterios sociológicos para aprehender el significado de los conceptos constitucionales. Pues, sorprendería encontrar un mandato constitucional impermeable a esta operación interpretativa. Es esa la causa por la que se califican de razonables las referidas resoluciones jurisprudenciales tanto del TEDH como las tomadas por el poder judicial en España o por el Tribunal Constitucional, toda vez que, aun la fundamentada en formulaciones sobre los sentimientos religiosos procedentes de la conciencia social y, por ende, ajurídicas, como es el caso en varias sentencias nacionales, no rebasa lo permitido por la norma constitucional.

Merece destacarse ahora cómo ciertos bienes jurídicos (y también los contenidos tanto en el CEDH como en la jurisprudencia del TEDH) muy bien podrían expresar la idea instalada en la conciencia social de asistirse a un deterioro de la paz social imputable a la conducta humana. Se estima, pues, tan digno de tutelarse por el legislador nacional los elementos considerados como necesarios para la paz social.

En efecto, se puede colegir de la jurisprudencia que los sentimientos religiosos en tanto que bien jurídico relacionado con la paz social es de gran

⁷⁸ “Dado que todo bien, sea bien jurídico o no, expresa una determinada moralidad y, por lo tanto, los bienes y las moralidades son categorías intercambiables, una contraposición entre los bienes jurídicos por un lado, y las meras inmoralidades por el otro, está condenada desde un comienzo al fracaso.” PAWLIK, Michael. “El delito, ¿lesión de un bien jurídico?” InDret. Revista para el análisis del Derecho., Op. cit. p. 6.

⁷⁹ PAWLIK, Michael. “El delito, ¿lesión de un bien jurídico?” InDret. Revista para el análisis del Derecho., Op. cit. p. 6.

⁸⁰ PAWLIK, Michael. “El delito, ¿lesión de un bien jurídico?” InDret. Revista para el análisis del Derecho., Op. cit. p. 7.

⁸¹ *Cfr.* STC 102/1995, de 6 de junio, F.J. 4º.

utilidad en tanto que permite reconducir a la unidad los diversos componentes de una realidad en peligro de desunión y de confrontación. De tal modo que, de no haberse presentado dicho peligro, sería inimaginable su aparición ni mucho menos su toma en consideración jurídica.

De tales riesgos procedían, para la doctrina que reclama la toma en consideración de los sentimientos religiosos en un Estado aconfesional, las reacciones jurídicas a nivel nacional e internacional propensas a su defensa y protección, esto es, a su amparo, defensa, e incluso, podría pensarse en su fomento.

Con base en ello, cabe suscribir que “en el marco de una comunidad compleja, que contempla el mantenimiento de estados polifacéticos, desarrollos funcionales y situaciones de confianza legítima como algo bueno y correcto, no suscita ningún problema especial el formular como base para el pretendido castigo un bien que se menoscaba o pone en peligro a través de la forma de comportamiento correspondiente”⁸². Bien jurídico que no sólo precisa de protección sino, en el marco de un Estado social⁸³ amén de aconfesional, podría reclamar una ponderada promoción. Ello, si se admite esta premisa, impone al Estado las obligaciones de defenderlo y de restaurarlo, comprometiéndolo así con la procura existencial del individuo que escapa a su control y que, redundando, a mayor abundamiento, en beneficio de la convivencia, la tolerancia y la paz social. A este respecto, conviene traer a colación que, según García Pelayo, en todo caso, la procura existencial ha de ocuparse, entre otros asuntos, de “la seguridad de los distintos aspectos vitales en la sociedad nacional”⁸⁴.

En definitiva, el que la Constitución de 1978 contemple a la conciencia como una parcela del bienestar ciudadano, alienta a emprender su estudio desde una perspectiva antropocéntrica, en la cual se convierta el individuo en el sujeto de la acción tuitiva estatal frente a las alteraciones que en su entorno pueda producirle la actuación de un tercero con merma para su calidad de vida. Eso, exige indagar no tanto respecto a los posibles elementos

⁸² FRISCH, “Geglückte und folgenlose Strafrechtsdogmatik”, en ESER et al. (eds.), *Die Deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende*, 2000, p. 194. Citado por PAWLIK, Michael. “El delito, ¿lesión de un bien jurídico?” *InDret*. Revista para el análisis del Derecho. Op. cit. p.8.

⁸³ “En un Estado social y democrático de Derecho, como es el nuestro, el principio de exclusiva protección de bienes jurídicos atiende a la protección de aquellas condiciones básicas para el funcionamiento social y para el desarrollo y la participación de los ciudadanos en la vida social.” ROCA DE AGAPITO, Luis “El delito de escarnio de los sentimientos religiosos”. *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, Vol. XXXIII, p. 559.

⁸⁴ *Cfr.* GARCÍA PELAYO, Manuel: “El Estado social y sus implicaciones”. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid, Alianza, 1977 (1982, 3ª ed. Corregida y aumentada), pp. 26-30.

constitutivos de ese entorno, sino sobre la extensión del ámbito correspondiente a la parcela de bienestar llamada a convertirse en el objeto de la protección del Estado. Y consiguientemente con ello, investigar sobre la clase de significativas alteraciones que puede conocer el individuo en sus sentimientos religiosos y con manifiestas repercusiones sobre la paz social.

Difícilmente puede negarse que los sentimientos religiosos sean una parcela de la calidad de vida o, mejor dicho, del bienestar. Tal es el lazo, de cuantos pueden imaginarse anudables entre estos dos bienes, que se juzga aludido por la Constitución el cual tal vez admita identificarse más claramente por los efectos que en ese caso reportaría el cuidado de dichos sentimientos religiosos para la calidad de vida del ciudadano y, a partir de ahí, para la paz social.

Siendo así, resultaría incontrovertible no sólo que el uso responsable (ausencia de intencionalidad de ofender de modo gratuito) de la libertad de expresión beneficia a la paz social, sino también que las acciones públicas tuitivas de dicha paz social, relativas a su defensa y restauración, contribuyen a la protección y mejora de la calidad de vida o del bienestar de los ciudadanos.

En resumidas cuentas, atendiendo al programa sobre el bienestar de la Constitución y a su enunciado, cabe afirmar que con el concepto de sentimientos religiosos se apela a un sector de la realidad concreto y específico y llamado a convertirse en objeto de un posible derecho subjetivo a un bienestar concreto que se traduce objetivamente en la denominada paz social. Idéntica función argumental, subordinada al servicio del propósito indicado, desempeñaría igualmente pretender bien que cuanto se avenga a estimarse los sentimientos religiosos como bien jurídico al servicio de la paz social se contribuye al bienestar de las personas.

Alcanzado este punto se impone dar un paso más en torno a qué reclaman para sí los sentimientos religiosos en su relación con la paz social, esgrimible como seña identificativa de los mismos.

A cuyo respecto se propone aquí acercarse, nada más todavía, a sus contenidos identificando ese bien jurídico, en primer término, con la situación que permite a sus beneficiarios vivir tranquila y sosegadamente, sin ofensas gratuitas para sus sentimientos religiosos y reaccionar, por tanto, frente a las injerencias en ese estado de cosas imputables a la imprudente actividad de terceros.

Toda vez que aun cuando no podría asignársele a la Constitución interés alguno por la religión en sí misma, si no es por sus posibles consecuencias para el ciudadano, en este caso creyente, es cierto que cabe la posibilidad de que las mismas pueden sufrir críticas o menoscabo sin riesgo ninguno para el bienestar de nadie y por ende para la paz social. Es por ello, probablemente, que la doctrina le ha reprochado al Tribunal Constitucional su amplia protección de la que derivaría el efecto desaliento.

Precisamente ALCÁCER GUIRAO achacaba al Tribunal Constitucional, en referencia a sus sentencias previas a la del año 2020, contribuir eficazmente a causar dicho desaliento: “lo rechazable de esta jurisprudencia de excepción no es solo que en el enjuiciamiento de las sentencias condenatorias se haya ignorado el canon del efecto desaliento, sino el desaliento mismo que los pronunciamientos del Tribunal Constitucional generan sobre el ejercicio de la libre expresión, al restringir desproporcionadamente los contornos de su contenido protegido e imponer a los tribunales ordinarios (artículo 5.4 LOPJ) una concepción jibarizada del derecho fundamental”⁸⁵.

En dicha línea señala el mismo autor que “una sociedad democrática estable debe poder tolerar [un cierto] grado de desestabilización social [que pueda causar la libre expresión] y [...] debe disponer de otros métodos de reestabilización que no sean el ius puniendi [...]. Otras vías —civiles, administrativas, económicas— que los grupos minoritarios, potenciales víctimas del odio o la discriminación, [...] dispongan de posibilidades expresivas de respuesta [...] y restringir el uso de la sanción penal a los supuestos de provocación directa e inminente a una conducta lesiva de la seguridad de los individuos o grupos”⁸⁶. También, en el mismo sentido señala TERUEL LOZANO que “el mal gusto o la estulticia no pueden ser delito, aunque ello no quiere decir que como sociedad lo toleremos. Podemos y debemos responder ante discursos radicales, ante expresiones execrables. Pero debemos hacerlo como sociedad educada y culta que por sí misma es capaz de reprocharlos sin necesidad de recurrir al brazo armado del Derecho. Una sociedad plural que reconozca la libertad de expresión implica tener que lidiar con una cierta dosis de basura, que será inmune jurídicamente; pero ello no quiere decir que la santifiquemos”⁸⁷.

Del legislador, y también del juez, se espera que en su decisión de proteger distintos bienes pondere su respectiva sustantividad⁸⁸. Con tanto mayor

⁸⁵ Cfr. ALCÁCER GUIRAO, Rafael. “Opiniones constitucionales”, Indret, 1/2018, p. 33.

⁸⁶ Cfr. ALCÁCER GUIRAO, Rafael. “Discurso del odio y discurso político. En defensa de la libertad de expresión de los intolerantes”. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 14-2, 2012, pp. 1-32.

⁸⁷ Cfr. TERUEL LOZANO, Germán Manuel. “El discurso del odio como límite a la libertad de expresión en el marco del Convenio Europeo”. Revista de Derecho Constitucional Europeo, 27, 2017.

⁸⁸ Téngase en cuenta que, en palabras de MEYER-BISCH, “el Estado “culturalmente desnudo” que se pretende al margen de las culturas, es un monstruo respecto a las libertades reales: aquellas que necesitan ser protegidas y sostenidas las vías de transmisión de la riqueza cultural. (...) En el seno de lo cultural, lo religioso está en primera línea, pues propone una visión integrada de la ética y de la política, con la condición de que la (religión) misma sea un testimonio y un factor de hospitalidad cultural”. MEYER-BISCH, P. “Les droits culturels, axes d’interprétation des interactions entre liberté religieuse et neu-

motivo cuando puede asistir a la concurrencia de uno que reúna la consideración de derecho fundamental con un bien jurídico de distinta calidad, como sucedería con la libertad de expresión y, de acuerdo con lo que se lleva dicho, con la paz social. De estimarse que la protección de los sentimientos religiosos participa del bien jurídico “paz social”, el equilibrio que, necesariamente, habría de buscarse entre ambos, exigiría ponderar las circunstancias presentes en cada ocasión. A ello, sin lugar a dudas, responde el giro jurisprudencial operado por el TEDH, y que alcanza también a esta cuestión.

Quede dicho que no cabe una protección indiscriminada de los sentimientos religiosos. En tal supuesto es obvio que el contenido esencial de la libertad de expresión operará como límite de la acción protectora desplegable por el legislador sobre los sentimientos religiosos. La cual, en definitiva, podrá modular el alcance del bien jurídico “paz social” hasta donde lo permita la integridad de su contenido esencial. O ¿acaso dichos sentimientos religiosos no resultan afectados por expresiones ofensas u oprobiosas provenientes de fuera del ámbito geográfico protegido por la norma estatal o europea?

No se discute aquí que, en ocasiones, dicha tarea cumpla una función socio-política de primer orden. Sin embargo, de ahí a sostener que la protección de los sentimientos religiosos esté justificada, por sí misma, es decir desvinculada de la paz social, media un largo trecho que no ayuda a recorrer el silencio absoluto de la Constitución en torno a este asunto.

Quizá hubiera sido razonable proponer aquí una suerte de equilibrio distinto del indicado entre la libertad de expresión y los sentimientos religiosos, de haberle prestado la Constitución a esta última alguna atención. Sin embargo, el mutismo de aquella a su respecto no le depara siquiera el respaldo de la garantía constitucional que oponer al del contenido esencial del derecho por reducido que pueda ser su ámbito. De ahí que se entronque, justificadamente, con el bien jurídico “paz social”.

Los invocados sentimientos religiosos sólo pueden ser tenidos en cuenta cuando la expresión pretende ofender amén de poder afectar la paz social, ya que si la crítica de un dogma o de un rito se realiza con otra intención dejaría de estar reprobada socialmente y de ser punible por convertirse en atípica. En este sentido, PÉREZ MADRID considera que es precisamente en la exigencia de esta intención de ofender, y no en la destipificación de la conducta, donde cobra virtualidad el principio de intervención mínima del Derecho penal, el cual supone no castigar cualquier ataque a un bien jurídico, sino sólo aquellos ataques que revistan una especial gravedad por ser socialmente

tralité de l'Etat”, en TAGLIARINI, F. (ed.), “Diritti dell'uomo e libertà religiosa”, Jovene Editore, Napoli 2008, pp. 31-32. Citado por VEGA GUTIÉRREZ, A. M., “El derecho a cambiar de Religión. consecuencias jurídicas de la pertenencia y disidencia religiosa en el derecho comparado”. IUS CANONICUM, Vol. 51-2011, p.165, nota en pie de página 12.

intolerables⁸⁹, amén, a nuestro juicio, de ser susceptibles de alterar la paz social. Añade el mismo autor que “el escarnio comporta siempre una dosis de fertilización, un modo burlesco de presentar las afirmaciones, una deformación intencionada y manifiesta. (...). La simple negación o la crítica razonada, mesurada, no entraña por sí misma ni afrenta, ni ofensa, ni menosprecio; así, cuando del análisis de las afirmaciones cabe deducir un afán meramente crítico, incluso aunque concurren afirmaciones poco serias, no necesariamente habrá que afirmar la existencia de una conducta escarnecedora”⁹⁰.

IV. CONCLUSIONES

La Constitución española de 1978, y también el Convenio Europeo de los Derechos Humanos, contemplan a la conciencia como una parcela del bienestar ciudadano, lo que alienta a emprender su estudio desde una perspectiva antropocéntrica, en la cual el individuo se convierta en el sujeto de la acción protectora estatal frente a las alteraciones que en su entorno pueda producirle la actuación de un tercero con merma para su calidad de vida. Eso, como ha quedado expuesto, exige indagar no tanto respecto a los posibles elementos constitutivos de ese entorno, sino sobre la extensión del ámbito correspondiente a la parcela de bienestar llamada a convertirse en el objeto de la protección del Estado. Y con base en ello, investigar sobre la clase de significativas alteraciones que puede conocer el individuo en sus sentimientos religiosos y con manifiestas repercusiones sobre la paz social.

El presente trabajo, que ha puesto en valor el grandioso esfuerzo doctrinal y jurisprudencial, propone una matizada construcción del bien jurídico en cuestión en su relación con el programa constitucional sobre el bienestar ciudadano tan apuntado a lo largo y ancho de la norma fundamental. Ello, sin descuidar los claros ajustes introducidos por el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos y por el Tribunal Constitucional en sus sentencias con respecto al valor que ha de otorgársele a los bienes en liza en cada caso.

En primer lugar, el análisis llevado a cabo nos ha permitido emparejar ese bien jurídico con la situación que permite a sus beneficiarios vivir con sosiego y tranquilidad y sin ofensas gratuitas para sus sentimientos religiosos y reaccionar, por tanto, frente a las injerencias en ese estado de cosas imputables a la imprudente actividad de terceros.

Quisiera, a estas alturas, precisar que ningún pasaje de la presente contribución apunta la relación directa entre la paz social y el Derecho penal en tanto que medio de protección idóneo. Únicamente se han identificado

⁸⁹ PÉREZ MADRID, F. “La tutela penal del factor religioso en el derecho español” Eunsa, Navarra, 1995, p. 227.

⁹⁰ PÉREZ MADRID, F. “La tutela penal del factor religioso...”, op. cit., pp. 232 y 233.

razones constitucionales susceptibles de justificar el carácter protegible de los sentimientos religiosos, sin optar por una vía de protección u otra.

En segundo lugar, se ha concluido que la protección de este bien jurídico puede sostenerse en un posible derecho al bienestar emocional necesario para una sólida paz que es el valor único a conquistar, porque sin la cual sería imposible el desarrollo del resto de los valores jurídicos.

Además, la toma en consideración de los sentimientos religiosos en tanto que partícipes de la paz social, considerada como bien jurídico protegible, implica un redimensionamiento del alcance de la libertad de expresión, posibilitando su razonable limitación siempre y cuando a la conciencia social le pueda resultar de sumo valor. Limitación que ha de desaparecer o, cuanto menos, de relajarse cuando dicho bien no resulte fundamental para dicha conciencia y no contribuya al mantenimiento de la invocada paz social.

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALCÁ CER GUIRAO, Rafael. “Discurso del odio y discurso político. En defensa de la libertad de expresión de los intolerantes”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 14-2, 2012.
- . “Opiniones constitucionales”, *Indret*, 1, 2018.
- . “Símbolos y ofensas Crítica a la protección penal de los sentimientos religiosos”. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología RECPC*, 2019.
- ÁLVAREZ GARCÍA, Héctor. “Los precursores de la libertad de expresión en España”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- CABELLOS ESPIÉRREZ, Miguel Ángel. “Libertad de expresión y límites penales: una nueva fase en el camino hacia la fijación de criterios interpretativos constitucionalmente coherentes”. *Revista Catalana de Dret Públic*, 61, 2020.
- CÁMARA ARROYO, Sergio. “Consideraciones críticas sobre la tutela penal de la libertad religiosa y los delitos contra la libertad de conciencia, los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos”, *ADPCP*, VOL. LXIX, 2016.
- GARCÍA Pelayo, Manuel: “El Estado social y sus implicaciones”. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid, Alianza, 1977 (1982, 3ª ed. Corregida y aumentada).
- GARRIGA DOMÍNGUEZ, A., “El conflicto entre la libertad de expresión y los sentimientos religiosos en las sociedades multiculturales”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, n.º 30, 2014.
- HEFENDEHL (ed.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho Penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid/Barcelona, 2007.
- HESSE, Konrad “La interpretación Constitucional”, en *Escritos de Derecho Constitucional* (trad.: Pedro Cruz Villalón), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.
- LÓPEZ GUERRA, Luis María. “Libertad de expresión y libertad de religión a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: blasfemia e insulto a la religión”, *Revista de Derecho Europeo*, núm. 46, 2013.

- MARTÍ SÁNCHEZ, J. M.^a, “La difusión del discurso religioso y el ataque a las convicciones, ante la jurisprudencia del TEDH», en Martí Sánchez, J. M.^a; Moreno Mozos, M.^a M. (Coord.) *Derecho de difusión de mensajes y libertad religiosa*”, Dykinson, Madrid, 2018.
- MARTÍNEZ-TORRÓN, J., “Libertad de expresión y libertad religiosa en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Quaderni di Diritto e Politica Ecclesiastica*, núm. 1, 2008.
- MEYER-BISCH, P. “Les droits culturels, axes d’interprétation des interactions entre liberté religieuse et neutralité de l’Etat”, en Tagliarini, F. (ed.), *Diritti dell’uomo e libertà religiosa*, Jovene Editore, Napoli 2008.
- MORILLAS CUEVA, DJ nº 37-40, 1983.
- MUÑOZ CONDE, Francisco. “Protección de los derechos fundamentales en el Código Penal. Estudios sobre el Código Penal español de 1995 (Parte General)”. *Derecho y Cambio Social*, nº 22, 2011.
- ORTEGA Y GASSET, J., “Ideas y creencias”, Espasa Calpe Argentina, Buenos Aires-México 1940.
- PALOMINO, Rafael. “Libertad religiosa y libertad de expresión”. *IUS CANONICUM*, XLIX, N. 98, 2009.
- PAWLIK, Michael “El delito, ¿lesión de un bien jurídico?” *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, abril, 2016.
- PÉREZ MADRID, “La tutela penal del factor religioso en el derecho español”, Eunsa, Navarra, 1995.
- SORIANO, Ramón. “La paz y la Constitución española de 1978”. *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época) Número 45, Mayo-Junio 1985*.
- ROCA DE AGAPITO, Luis. “El delito de escarnio de los sentimientos religiosos”. *Anuario De Derecho Eclesiástico del Estado*, Vol. XXXIII, 2017.
- ROSENFELD, Michel. “La filosofía de la libertad de expresión en América”. *Derechos y libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, 8, 2000.
- ROXIN, C., “¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?”, *Salinas Mengual, Jorge*. “Evolución de la jurisprudencia española en la relación entre libertad de expresión y libertad religiosa. Perspectiva actual”. *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXXV, 2019.
- SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, J.L.: “El delito de escarnio de creencias”, *La Ley* 1996- 5.
- TAMARIT SUMALLA, “La libertad ideológica en el Derecho penal”, Ed. PPU, Barcelona, 1989.
- TEROL BECERRA, M.J., “Aproximación al contenido de un Derecho Constitucional al medio ambiente”. *Estudios de Deusto* 1, Vol. 59/2, Bilbao, junio-diciembre 2011.
- TERUEL LOZANO, Germán Manuel. “El discurso del odio como límite a la libertad de expresión en el marco del Convenio Europeo”. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 27. 2017,
- VALERO HEREDIA, A. “Los discursos del odio. Un estudio jurisprudencial2. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 110, 2017.
- VANEIGEM, Raoul. “Rien n’est sacré, tout peut se dire. Réflexions sur la liberté d’expression”, Ed. La découverte, Paris, 2003.

LA PAZ COMO INSTRUMENTO PARA LOGRAR SOCIEDADES JUSTAS, PACÍFICAS E INCLUSIVAS (ODS 16 AGENDA 2030)

*Peace as an Instrument to achieve justice, peaceful and
inclusive Societies (SDG 16 The 2030 Agenda)*

Manuel Álvarez Torres¹

Investigador en formación en el Programa de Doctorado en Unión Europea
UNED

<https://doi.org/10.18543/ed.2500>

Recibido: 18.04.2022

Aceptado: 14.06.2022

Publicado en línea: junio 2022

Resumen

El presente artículo tiene como objeto reflexionar sobre la Agenda 2030 y la importancia que tienen la cultura, educación, derecho a la Paz y la difusión mediante los avances tecnológicos que los derechos a la libertad expresión y los mecanismos alternativos de solución de conflictos, para eliminar el grave inconveniente que suponen para el desarrollo sostenible la inseguridad, la censura y el acceso limitado a la justicia.

Palabras clave

Agenda 2030, libertad de expresión, mecanismos alternativos de solución de conflictos, mediación.

¹ Manuel Álvarez Torres. Profesor de Derecho Constitucional. Universidad Rey Juan Carlos de Madrid. manuel.alvarez@urjc.es

Abstract

This article aims to reflect on the 2030 Agenda and the importance of culture, education, right to Peace and dissemination through technological advances that the rights to freedom of speech and alternative dispute resolution (ADR) to eliminate the serious inconvenience to sustainable development posed by insecurity, censorship and limited access to justice.

Keywords

Agenda 2030, freedom of speech, alternative dispute resolution, mediation.

SUMARIO: I. ESTADO DE LA CUESTIÓN. II. EL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y COMUNICACIÓN Y SU RECONOCIMIENTO INTERNACIONAL. III. AVANCES TECNOLÓGICOS EN EL ACCESO Y EJERCICIO DE LOS DERECHOS A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y COMUNICACIÓN PARA ASENTAR UNA CULTURA DE PAZ. IV. LA MEDIACIÓN COMO MEDIO ALTERNATIVO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS E INSTRUMENTO DE PREVENCIÓN Y LOGRO DE LA PAZ. ESPECIAL ATENCIÓN A LA MEDIACIÓN. V. CONSIDERACIONES FINALES. VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. ESTADO DE LA CUESTIÓN

La consecución de la paz y la seguridad como objetivo principal de las Naciones Unidas (ONU) tras el fin de la Segunda Guerra Mundial, según lo establecido en la Carta de las Naciones Unidas y a través del Consejo de Seguridad, así como la consolidación de la paz mediante construcción de una cultura de paz en todos los estados miembros de la ONU basada en la educación, la ciencia y la cultura a través de la UNESCO como Órgano de la ONU encargado, engloba diferentes puntos de vista relacionados entre sí y que no son excluyentes. Así pues, entendemos la paz como un objetivo a alcanzar a través de diferentes medios adecuados de solución de conflictos (MASC); como un derecho, tanto colectivo como individual; o como una obligación constitucional, si así lo demanda la Norma Fundamental.

La paz como un objetivo a alcanzar a través de los MASC, como son el arbitraje, la mediación (desde un punto de vista civil y mercantil), la conciliación (punto de vista familiar) y la negociación, se presentan como una invitación a la resolución pacífica del conflicto, donde se establece que la paz no es la ausencia de conflictos sino la posibilidad que se ofrece, una vez sucede el conflicto, para poder resolverlo partiendo de la decisión democrática de optar por el uso de estos mecanismos dentro del marco constitucional, como defiende la Asamblea General de la ONU.

La Carta de Naciones Unidas dispone que sea el Consejo de Seguridad, el responsable de la difícil tarea de mantener la paz y la seguridad internacional, de manera que, ante un conflicto, el Consejo invita a las partes que lleguen a un acuerdo por medios pacíficos, ya sean ellos mismos o que inicien el proceso de mediación al que hace referencia la Carta en el apartado primero del artículo 33. Si el conflicto es más grave y se trata de un conflicto armado, el Consejo intenta iniciar un proceso de paz con el fin del uso de las armas y lo hará incluso con el envío de las Fuerzas Armadas de las que dispone por la cesión de las diferentes potencias que conforman la organización o las también denominadas “misiones de paz”, las cuales se diferencian en distintos tipos, dependiendo del tipo de conflicto y de la intervención que sea

necesaria. Así se distinguen entre: prevención de conflictos y mediación o Conflict prevention and mediation, donde la acción o acciones a realizar se tratan de la alerta temprana cuando surge una controversia, la recopilación de información y un profundo análisis de las causas que originan el conflicto; establecimiento de la paz o peacemaking, aquí estaríamos ante las que se recogen en el Capítulo VI de la Carta. Este tipo de acción diplomática va dirigida a que las partes lleguen a un acuerdo negocia; imposición de la paz o peace enforcement, que consiste en aplicar medidas coercitivas o incluido el uso de la fuerza militar bajo la bandera de las Naciones Unidas cuando el conflicto bélico no se soluciona y ha quebrantado la paz y la seguridad de la comunidad internacional. Para el uso de este tipo de medida es necesaria la autorización expresa del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas; y por último, consolidación de la paz o peacebuilding, una vez concluido el conflicto, ya sea porque las partes han llegado a un acuerdo por ellas mismas de forma pacífica o por haber tenido que intervenir las Naciones Unidas a través de la imposición de la paz, con la medida de consolidación de la paz se pretende reducir el riesgo a que surja un nuevo conflicto o que el anterior vuelva a aparecer. Se realiza mediante el asentamiento de unas bases para la paz y un desarrollo sostenibles, creando las condiciones necesarias incluyendo la posible ayuda humanitaria que fuera necesaria para lograrlo².

En el año 2005 la Asamblea General de las Naciones Unidas decide crear un grupo de expertos conocido como “Grupo de Reforma” con el fin de realizar un estudio para ver si era posible la reforma del sistema de Administración de Justicia de las Naciones Unidas. Al año siguiente, en julio de 2006, el Grupo de expertos establecidos por el Secretario General realizó un informe recomendando determinados cambios en los procedimientos y estructuras de los sistemas judiciales y extrajudiciales. Entre las conclusiones que figuraban en ese informe se plantean una serie de recomendaciones, como la necesidad de adoptar la reforma y establecimiento de un nuevo sistema interno de justicia, debido a que, desde el punto de vista del Grupo para la reforma, el sistema interno de la administración de justicia establecido en ese momento es “antiguado, disfuncional, ineficaz y carente de independencia”³, además de ser un sistema con altos costes y, por lo tanto, difícil de mantener. Proponen para mejorar la eficacia y el sistema utilizado mediante la descentralización de la Oficina del Ombudsman, para que aquellos funcionarios que prestan sus servicios en diferentes lugares tengan el amparo del sistema interno de la administración de justicia. Además, pretende conseguir con ello mejorar la eficacia

² Operaciones de mantenimiento de la paz/ ¿Qué es el mantenimiento de la paz? /Paz y Seguridad <http://www.un.org/es/peacekeeping/operations/peace.shtml>

³ Informe del Grupo de Reforma del sistema de administración de justicia de las Naciones Unidas A/61/205

económica de costes, ejerciendo una mejor gestión de las instituciones, a través de la profesionalización de los mediadores e independencia del sistema con los recursos necesarios para lograr una tramitación de los casos más fluida y, por lo tanto, más rápida. En tercer lugar, propone reemplazar las Juntas Mixtas de Apelación y los Comités Mixtos de Disciplina por un Tribunal Contencioso Administrativo de las Naciones Unidas descentralizado cuyas sentencias sean vinculantes. Por último, para la gestión de la Organización y consolidar la independencia del sistema, se plantea la creación de una Oficina de Administración de Justicia en las Naciones Unidas.

En el año 2015, la ONU aprobó la Agenda 2030 sobre el Desarrollo Sostenible a través de la aprobación de la resolución A/Res/70/L1, de aplicación 01/01/2016. Esta Agenda está compuesta por 17 objetivos y 169 metas que abarcan las esferas económica, social y ambiental y que son de aplicación universal por los países para alcanzar un mundo sostenible en el año 2030 y eliminar, todo tipo de desigualdad y garantizar una educación inclusiva, equitativa y de calidad, promoviendo oportunidades de aprendizaje durante toda la vida para todos, siendo muchos los documentos de Naciones Unidas que hacen referencia a la paz, ya sea mediante la educación en la paz y en otros casos acordando la necesidad del respeto a la paz o el implantar una cultura de paz.

Asimismo, el reconocimiento en las normas internacionales sobre derechos humanos de la libertad de opinión y de expresión como un derecho subjetivo y su consagración en el constitucionalismo occidental como un derecho fundamental, expresa la relevancia en la defensa y promoción de los derechos humanos por medio de la denuncia de injusticias y la configuran como garantía institucional que protege el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos en su lucha contra la tiranía y la democracia en un estado de derecho. Además, el respeto y garantía de estos derechos ayuda a la implementación de una cultura de paz y, es por ello, por lo que estos derechos sufren constantes vulneraciones por parte de los gobiernos y deben estar protegidos, siendo una misión, que nos compete a todos, mediante la libertad de expresar opiniones ideas y pensamientos, como límite al poder del Estado. Hay que poner de relieve la repercusión que los avances tecnológicos han tenido en el acceso y ejercicio de los derechos a la libertad de expresión y comunicación, como es el caso de Internet, la importancia que tienen para poder llevar a cabo una educación y cultura de paz, así como los retos a los que se enfrenta y sus desafíos, como por ejemplo, el derecho al olvido, la censura, la discriminación en el ejercicio de este derecho o los límites al derecho de acceso a la información que encontramos en países donde existe mayor impunidad y por ende, mayor índice de violencia.

Todos somos conscientes de la gran importancia y poder, que hoy en día poseen los medios de comunicación, gracias a la difusión y alcance tan grande que tienen en todos los ámbitos de la sociedad. Esta transcendencia es

gracias al reconocimiento a los ciudadanos, de derechos como la libertad de expresión y comunicación o el derecho a la información, que salvaguardan y fundamentan nuestro Estado social y democrático de Derecho, porque, no son solo derechos fundamentales, también son una garantía institucional que generan y permiten la opinión pública, haciendo que estos derechos, en muchas ocasiones, prevalezcan sobre derechos individuales.

En resumen, en este artículo queremos mostrar que la paz y el conflicto conforman un espacio circular, que suponen una sucesión de situaciones donde el objetivo primordial debe ser prevenir el conflicto y que haya paz. Esta prevención se logra mediante la educación y la cultura para la paz, así como con el reconocimiento del derecho a la paz que poseemos todas las personas y, llegado el caso de que el conflicto sea inevitable y surja, utilizando los medios alternativos de solución de controversias, para eliminar el grave inconveniente que suponen, para el desarrollo sostenible los conflictos, ya que provocan inseguridad, censura y limitan el acceso a la justicia. Pero el problema al que nos enfrentamos a la hora de instaurar una educación para la Paz⁴, que desemboque en una Cultura de Paz, es la propia imposibilidad de los estados a cumplir con el respeto a una serie de derechos que muchas veces por las situaciones en que se encuentran, ya sea por guerras, terrorismo o problemas de financiación, se ven imposibilitados a poder cumplir.

II. EL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y COMUNICACIÓN Y SU RECONOCIMIENTO INTERNACIONAL

Con la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1945 (DUDH), se consagra el derecho a la libertad de expresión y con ella también el derecho a la información y comunicación, mediante los cuales, cualquier persona puede difundir y expresar sus ideas y opiniones sin ser molestado a causa de ello, pero también conocer y acceder a investigaciones, noticias e informaciones sin obstáculos que impidan el ejercicio de estos derechos. Con la consagración de la libertad de expresión y opinión, de información y comunicación, se garantiza el correcto funcionamiento de las instituciones y, por lo tanto, el propio sistema democrático. Así lo manifiestan los diferentes documentos a nivel internacional, como los artículos 19 y 29⁵ de la DUDH,

⁴ GALVÁN TELLO, M., C. “Los derechos humanos como eje transversal de la Educación para la Paz”. *Eirene Estudios de Paz y Conflictos*, Vol. 1, N.º. 1, 2018, pp. 13-28

⁵ Declaración Universal de los Derechos Humanos. Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948 en su Resolución 217 A (III). Artículo 19 establece “*Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión*”.

ya que, al analizar ambos preceptos, deducimos que, este derecho al ser ejercido de forma libre provoca la generalización del acceso y divulgación del conocimiento y las investigaciones, de las ideas y opiniones, creando sociedades democráticas más sólidas y responsables. Esta tendencia de garantía individual de los textos liberales, se verá reflejada en la definición de la libertad de expresión, que se encuentra en el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, estableciendo en él, que todos tenemos derecho a opinar y expresarnos, así como a no ser molestado por la divulgación de esos pensamientos u opiniones, dándole un nuevo y más amplio significado e incluyendo el derecho a *“investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”*⁶. Tanto la Declaración Universal de Derechos Humanos, como en el artículo 13 y 14⁷ de la Convención Americana de Derecho

Artículo 29 dispone *“... 2. En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática. 3. Estos derechos y libertades no podrán en ningún caso ser ejercidos en oposición a los propósitos y principios de las Naciones Unidas”*

⁶ Véase Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, en concreto el artículo 19.

⁷ Convención Americana sobre Derechos Humanos, adoptada el 22 de noviembre de 1969 y que entró en vigor el 18 de julio de 1978. Artículo 13 dispone *“1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. 2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a. el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b. la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas. 3. No se puede restringir el derecho de expresión por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones.”*

Artículo 14 dispone *“1. Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley. 2. En ningún caso la rectificación o la respuesta eximirán de las otras responsabilidades legales en que se hubiese incurrido. 3. Para la efectiva protección de la honra y la reputación, toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial.”*

Humanos, conocido como el Pacto de San José; en el artículo 5⁸ de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; y en los artículos 19 y 20⁹ del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, determinan que este derecho es esencial y por ello debe garantizarse. Gracias a él, los individuos pueden debatir e intercambiar ideas entre sí y, con los distintos actores políticos, lo cual integra otra libertad, que permite al individuo realizarse y desarrollarse, como es la libertad de pensamiento. Pero debemos tener en cuenta que la libertad de expresión implica también deberes y obligaciones.

En África, el reconocimiento de este derecho lo encontramos en el artículo 9¹⁰ de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, conocida como la Carta de Banjul. En el cual, se garantiza tanto la libertad de expresar pensamientos y opiniones como el acceso a la información por parte de los individuos.

La protección de los derechos fundamentales en Europa comienza con el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH) de 1950, en Roma el 4 de noviembre. En concreto el derecho a la libertad de expresión se garantiza en el artículo 10¹¹

⁸ Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948. Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana. En Bogotá, Colombia. Artículo 5 dispone “*Toda persona tiene derecho a la protección de la Ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar.*”

⁹ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966 y que entró en vigor el 23 de marzo de 1976. Artículo 19 dispone “*1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones. 2. 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. 3. 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 expresamente fijadas por la ley y ser necesarias 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.*”

Artículo 20 dispone “*1. Toda propaganda en favor de la guerra estará prohibida por la ley. 2. Toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad o la violencia estará prohibida por la ley.*”

¹⁰ Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, conocida como la Carta de Banjul. Aprobada el 27 de julio de 1981, durante la XVIII Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana, reunida en Nairobi, Kenya. Artículo 9 dispone “*1. Todo individuo tendrá derecho a recibir información. 2. Todo individuo tendrá derecho a expresar y difundir sus opiniones, siempre que respete la ley*”

¹¹ Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH). Firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950. Artículo 10 sobre

del Convenio. Más adelante, con la adhesión de la Comunidad Europea (CE), organización de ámbito económico, al CEDH, y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la cual también recoge el derecho a la libertad de expresión en su artículo 11¹².

Respecto a la garantía del derecho a la libertad de expresión por parte de las Naciones Unidas, cabe mencionar el derecho a la libertad de información como parte integrante de este derecho, como así determina la Resolución A/RES/59 (I) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, aprobada el 14 diciembre 1946 por unanimidad, así como la Declaración Universal de Derechos Humanos al establecer que el derecho a la libertad de expresión incluye el derecho de “*investigar y recibir informaciones y opiniones...*”. Por último, en el ámbito internacional, quiero destacar en relación con el artículo 19 de la DUDH, el artículo 4 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial¹³, así como el tratado

la libertad de expresión dispone “*1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas, sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa. 2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud 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.*”

¹² Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En Estrasburgo, el 12 de diciembre de 2007 (2016/C 202/02). Artículo 11. Libertad de expresión y de información dispone “*1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. 2. Se respetan la libertad de los medios de comunicación y su pluralismo.*”

¹³ Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial. Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965. Entrada en vigor: 4 de enero de 1969. Artículo 4 dispone “*Los Estados partes condenan toda la propaganda y todas las organizaciones que se inspiren en ideas o teorías basadas en la superioridad de una raza o de un grupo de personas de un determinado color u origen étnico, o que pretendan justificar o promover el odio racial y la discriminación racial, cualquiera que sea su forma, y se comprometen a tomar medidas inmediatas y positivas destinadas a eliminar toda incitación a tal discriminación o actos de tal discriminación, y, con ese fin, teniendo debidamente en cuenta los principios incorporados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como los derechos expresamente enunciados en el artículo 5 de la presente Convención, tomarán, entre otras, las siguientes medidas: a) Declararán como*

internacional que, según UNICEF es el más respaldado de la historia, ya que 195 Estados ratificaron la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Entre los 54 artículos que la integran y que garantizan a los niños unos derechos para poder desarrollarse plenamente en diferentes ámbitos, es el artículo 13 de la Convención el que garantiza la libertad de expresión.

III. AVANCES TECNOLÓGICOS EN EL ACCESO Y EJERCICIO DE LOS DERECHOS A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y COMUNICACIÓN PARA ASENTAR UNA CULTURA DE PAZ

Las Naciones Unidas a través de organismos como la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) o la UNESCO fomentan la transparencia, el acceso y ejercicio del derecho a la información y a la libertad de expresión. Los avances tecnológicos, en concreto con la aparición de Internet y el uso de nuevas tecnologías, han influido en la difusión y protección de los derechos, ya que han ampliado su campo de acción. El derecho a la libertad de expresión y de información en Internet¹⁴ ha permitido que las personas tengan a su alcance poder buscar, recibir y difundir información e ideas de cualquier índole con libertad. La consideración de estos derechos como derechos humanos posibilitan una participación efectiva de la sociedad de forma libre, favoreciendo la existencia de sistemas democráticos más eficaces. Sin embargo, debemos señalar que la libertad de expresión no es un derecho absoluto que prevalezca siempre sobre los demás derechos y debe interpretarse y aplicarse con proporcionalidad para que ningún derecho vea afectado su contenido esencial. Es por esto, por lo que, como veremos más adelante, se establecen límites en el ejercicio de los derechos, para que los demás derechos sean respetados.

Por lo que corresponde a los avances tecnológicos, es importante destacar a la Comisión de Derechos Humanos como órgano subsidiario del Consejo

acto punible conforme a la ley toda difusión de ideas basadas en la superioridad o en el odio racial, toda incitación a la discriminación racial, así como todo acto de violencia o toda incitación a cometer tales actos contra cualquier raza o grupo de personas de otro color u origen étnico, y toda asistencia a las actividades racistas, incluida su financiación; b) Declararán ilegales y prohibirán las organizaciones, así como las actividades organizadas de propaganda y toda otra actividad de propaganda, que promuevan la discriminación racial e inciten a ella, y reconocerán que la participación en tales organizaciones o en tales actividades constituye un delito penado por la ley; c) No permitirán que las autoridades ni las instituciones públicas nacionales o locales promuevan la discriminación racial o inciten a ella.”

¹⁴ Resolución A/66/290, de 25 de octubre de 2012. 66º periodo de sesiones. Temas 14 y 117 del programa.

Económico y Social, en concreto a la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos y algunas de sus resoluciones sobre el derecho a la libertad de opinión y de expresión¹⁵. Asimismo, el Consejo de Derechos Humanos de la ONU aprobó la Resolución A/HRC/20/L.13, en su 20º periodo de sesiones, el 5 de julio de 2012, sobre la libertad de expresión en Internet. En ella, el propio texto establece que la protección de derechos que deben tener las personas debe ser igual en todos los ámbitos de la vida, incluyendo en Internet. Esta resolución tuvo un gran respaldo por parte de una gran variedad de estados participantes, entre los que se encontraban Alemania, Argentina, Australia, Azerbaiyán, Bélgica, Brasil, Chile, Egipto, España, Guatemala, Honduras, India, Indonesia, Túnez o Turquía, y creó un precedente respecto a la promoción, protección y disfrute de los derechos humanos en Internet, concediéndole carácter global y sin fronteras, con la finalidad de lograr acelerar el progreso hacia el desarrollo en sus distintas formas y en el ejercicio de los derechos humanos. Del mismo modo, debido a la censura y bloqueo en el acceso, que aún se seguía produciendo en Internet, el Consejo de Derechos Humanos de la ONU aprobó la resolución A/HRC/32/L.20 en su 32º periodo de sesiones, el 27 de junio de 2016, donde los más de 70 estados participantes reconocieron el problema existente y se comprometieron a asumir las medidas necesarias para tratar de acabar con dicha censura y lograr mayor seguridad en la Red, protegiendo la privacidad y demás derechos humanos de los usuarios en Internet. A dicha resolución, aunque no es vinculante, se pronunciaron 17 estados en contra, entre los cuales se encontraban China y Rusia.

Con el fin de examinar las circunstancias en las que se encuentran los derechos humanos en un determinado país y poder informar de cualquier tipo de acto de violencia, amenaza o discriminación, contra aquellas personas, que quisieran ejercer o promover su derecho a la libertad de expresión y opinión, el Consejo de Derechos Humanos de la ONU creó la figura de un experto independiente denominado Relator Especial a través de la resolución 1993/45 de 5 de marzo de 1993¹⁶, el cual es parte de los Procedimientos Especiales del Consejo de Derechos Humanos, pero no es considerado como personal de las Naciones Unidas, además de no percibir ninguna remuneración económica

¹⁵ Resolución 2003/42, de 23 de abril de 2003, resolución 2004/42, de 19 de abril de 2004, y resolución 2005/38, de 19 de abril de 2005. Véase 55º, 56º y 57º sesiones del Consejo Económico y Social. Comisión de Derechos Humanos (hoy Consejo de Derechos Humanos), Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, cap. XI, E/2004/23 – E/CN.4/2004/127; cap. XI, E/CN.4/2005/L.10/Add.11.

¹⁶ Para más información, consultar el Folleto informativo sobre los derechos humanos de las Naciones Unidas: N° 27: Diecisiete Preguntas frecuentes acerca de los Relatores de las Naciones Unidas.

por el ejercicio de sus funciones, ya que son consideradas un deber y un compromiso con los derechos humanos. Desde noviembre de 2000, son 43 los expertos de las Naciones Unidas que trabajan en la esfera de los derechos humanos, teniendo 36 mandatos con relación a diferentes cuestiones con materias de derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales. Por lo general, cada mandato es confiado a un experto, pero existen ocasiones, que por razón de una materia determinada, la Comisión establece grupos de trabajo de expertos, integrados por cinco personas pertenecientes a los Grupos Regionales de Estados Miembros de las Naciones Unidas (Grupo de los Estados de África, Grupo de los Estados de Asia y el Pacífico, Grupo de los Estados de Europa Occidental y otros Estados, Grupo de los Estados de Europa Oriental y el Grupo de los Estados de América Latina y el Caribe). Mediante diferentes resoluciones¹⁷, el Consejo de Derechos Humanos decidió prorrogar el mandato del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión por periodos de tres años, señalando que, para que un mandato sea prorrogado, la Comisión adopta una resolución específica prorrogándolo y estableciendo su ámbito.

El Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, realiza recomendaciones y análisis en sus informes¹⁸, donde pone de manifiesto las violaciones, amenazas, abusos y

¹⁷ Resolución A/HRC/RES/36/7, de 28 marzo de 2008, 42ª sesión del CDH. Resolución A/HRC/RES/16/4, 24 de marzo de 2011, 45ª sesión del CDH. Resolución A/HRC/RES/25/2, de 27 de marzo 2014, 54ª sesión del CDH. Resolución A/HRC/34/L.27 de 21 de marzo de 2017, 34ª periodo de sesiones de CDH, 3º punto del día.

¹⁸ Informes del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión E/CN.4/2004/62 y Add.1 a 4, E/CN.4/2005/64 y Add.1 a 5; e informes del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión presentados al Consejo de Derechos Humanos y a la Asamblea General E/CN.4/1994/33, de 26 enero 1994, E/CN.4/1995/32, de 14 diciembre 1994, E/CN.4/1996/39, de 22 marzo 1996, E/CN.4/1997/31, de 4 febrero de 1997, E/CN.4/1998/40, de 28 de enero 1998, E/CN.4/1999/64, de 29 enero de 1999, E/CN.4/2000/63, de 18 enero de 2000, E/CN.4/2001/64, de 13 febrero de 2001, E/CN.4/2002/75, de 30 enero de 2002, E/CN.4/2003/67, de 30 diciembre de 2002, E/CN.4/2004/62, de 12 diciembre de 2003, E/CN.4/2005/64, de 17 diciembre de 2004, E/CN.4/2006/55, de 17 diciembre de 2004, A/HRC/4/27, de 2 enero de 2007, A/HRC/7/14, de 28 de febrero de 2008, A/HRC/11/4, de 30 de abril de 2009, A/HRC/14/23, de 20 de abril de 2010, A/66/290, de 10 de agosto de 2011, A/HRC/17/27, de 16 de mayo de 2011, A/67/357, de 7 de septiembre de 2012, A/HRC/20/17, de 4 de junio de 2012, A/68/362, de 4 de septiembre de 2013, A/HRC/23/40, de 17 de abril de 2013, A/69/335, de 21 de agosto de 2014, A/HRC/26/30, de 2 de julio de 2014, A/70/361, de 8 de septiembre de 2015, A/HRC/29/32, de 22 de mayo de 2015, A/71/373, de 6 de septiembre de 2016, A/HRC/32/38, de 11 de mayo de 2016, A/HRC/35/22, de 30 de marzo de 2017, A/72/350, de 18 de agosto de 2017, A/73/348, de 29 de agosto de 2018, A/HRC/38/35, de 6 de abril

actos de violencia que se siguen produciendo contra las víctimas y los defensores de los derechos humanos, incluyendo a los periodistas y profesionales de la comunicación, que defienden, ejercen y promueven esos derechos. Los informes de los relatores advierten de las deficiencias, que existen, sobre una determinada materia o en un país determinado y dan a conocer las reclamaciones de quienes han visto vulnerados sus derechos. Estos informes del Relator Especial son presentados cada año tanto al Consejo de Derechos Humanos, como a la Asamblea General de las Naciones Unidas, sobre las actividades y métodos de trabajo realizados.

El Consejo de Derechos humanos de las Naciones Unidas cuenta con el Examen Periódico Universal (EPU), como herramienta que gestiona de manera uniforme la evaluación en materia de derechos humanos de los 193 países miembros de las Naciones Unidas y analiza las medidas que se han ido adoptando, y si se han ido mejorado o no las situaciones en dicha materia. Debemos poner en relieve que en la actualidad, no existe ningún otro mecanismo universal como el EPU, el cual sea aprobado por el Consejo de Derechos Humanos en su resolución A/HRC/RES/5/1¹⁹, de 18 de junio de 2007, cumpliendo el mandato otorgado por la resolución aprobada por la Asamblea General A/RES/60/251, de 15 de marzo de 2006, consistente en un análisis periódico que engloba 4 años, del cumplimiento de las obligaciones en materia de derechos humanos, recopilando información real y objetiva sobre las medidas adoptadas sobre supuestos casos de discriminación, abusos y violación de los derechos humanos, en concreto, en el caso que nos ocupa, contra la promoción y ejercicio del derecho a la libertad de opinión y de expresión en la esfera pública y privada en el mundo real, digital y virtual, contando con la cooperación del país sobre el que se realiza el examen y dirigido por los Miembros de las Naciones Unidas. La finalidad principal del EPU es mejorar la situación de derechos humanos y conseguir que sean respetados de igual forma por todos los Estados. Para lograrlo, como establece la resolución A/HRC/RES/5/1 del Consejo de Derechos Humanos, el EPU tendrá como objetivos mejorar la situación de los derechos humanos; cumplir las obligaciones y compromisos del país sometido a examen en materia de derechos humanos; fortalecer las capacidades del Estado con la cooperación de otros Estados intercambiando las prácticas realizadas en la promoción y protección de los derechos humanos.

de 2018, A/HRC/41/35, de 28 de mayo de 2019, A/74/486, de 9 de octubre de 2019, A/HRC/44/49, de 23 de abril de 2020.

¹⁹ Debe tenerse en cuenta que la regulación que motiva esta resolución ha sido modificada o complementada por Resoluciones, entre otras, por la Resolución A/HRC/RES/16/21 del CDH, de 25 de marzo de 2011, y en la Decisión A/HRC/DEC/17/119 del CDH, de 17 de junio de 2011

En cuanto al impacto tecnológico y los objetivos de desarrollo sostenible, la Agenda 2030, entre las metas de su objetivo 9, hace mención del “acceso universal y asequible a Internet”. Los avances tecnológicos y la innovación son fundamentales para dar soluciones estables y duraderas a aquellos territorios menos favorecidos, donde es más difícil la implementación de la cultura de paz a través de la educación. Las Naciones Unidas aprobaron por la Asamblea General una serie de resoluciones²⁰ que junto con las resoluciones A/RES/73/17 de 26 de noviembre 2018, y 72/305, de 23 de julio de 2018, tenían como finalidad llevar a cabo un Mecanismo de Facilitación de la Tecnología en apoyo de los Objetivos de Desarrollo Sostenible, así como analizar la aplicación de las decisiones anteriores sobre la repercusión de los avances tecnológicos en la consecución de las metas marcadas por los Objetivos de Desarrollo Sostenible.

Así pues, la investigación y la innovación tecnológica contribuyen en el desarrollo económico y social de los países. Las tecnologías de la información y la comunicación (en adelante TIC) ayudan a cumplir con esa finalidad de desarrollar la educación, complementándola y transformándola. Con relación a las TIC, debemos volver a mencionar la Agenda 2030 y en concreto, su objetivo de desarrollo sostenible 4, cuya finalidad es “*garantizar una educación inclusiva, equitativa y de calidad y promover las oportunidades de aprendizaje durante toda la vida para todos*”. Este objetivo, ya fue manifestado en el año 2015, en la Declaración de Qingdao²¹, la cual, promueve el uso de la tecnología como instrumento de acceso y aprendizaje para lograr los objetivos de una educación inclusiva, equitativa y de calidad, que se verán reflejados posteriormente en el ODS 4 de la Agenda 2030. La ONU, mediante la UNESCO elabora políticas y actividades en el ámbito de las nuevas tecnologías para ayudar a los Estados a conseguir esos objetivos en educación, entre las que destacan, la Conferencia internacional sobre la Inteligencia Artificial en la Educación o la Semana del Aprendizaje Mediante Dispositivos Móviles.

El caso que nos ocupa no es el análisis del uso de las TICs en la educación, tema que puede ser objeto de una investigación más profunda. Lo que queremos poner de relieve, es como, gracias a los avances tecnológicos, los derechos de libertad de expresión y comunicación han alcanzado otra dimensión con relación a la educación y cultura en la paz. Los derechos a la libertad

²⁰ Consultar más información A/RES/68/204, de 20 de diciembre de 2013; A/RES/68/279, de 30 de junio de 2014; A/RES/69/278, de 8 de mayo de 2015; A/RES/69/313, de 27 de julio de 2015, y A/RES/70/1, de 25 de septiembre de 2015 con título Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible.

²¹ Para más información, véase Declaración de Qingdao, 2015: Dieciséis oportunidades digitales, liderar la transformación de la educación. Código del documento: ED / PLS / ICT / 2015/01 REV.2, ED-2018 / WS / 64

de expresión y comunicación se enfrentan a varios desafíos al ser ejercidos mediante el uso de las TICs como garantía del derecho a la educación y la cultura en la paz, como es el caso, por ejemplo, de la censura, las infraestructuras o los límites que tienen estos derechos al ser ejercidos en el mundo digital. En cuanto a la influencia de los medios sobre la sociedad y los temas que más interés tienen, destacamos la importancia de la teoría creada por Maxwell McCombs y Donald Shaw conocida como “Agenda setting” o “Teoría de la fijación de la agenda”²². Dicha teoría adquiere relevancia sobre todo cuando hablamos de sociedades donde la violencia y el conflicto son parte de la vida. De la misma manera, las redes sociales han ido adquiriendo cada vez mayor importancia debido a la globalización y al alcance internacional que poseen. Por ello, es necesario reconocer y analizar la gran repercusión, el impacto y el poder que la comunicación posee.

En febrero del 2020, la ONU a través de su Secretario General impulsó un plan de acción basado en siete apartados para consolidar los derechos humanos, incluyendo a todos los actores de la escena internacional como la propia Organización o la sociedad civil entre ellos, ante el desgaste del Estado de derecho. Hay que tener en cuenta, que la aparición de Internet, y sobre todo, los avances tecnológicos, que se han producido en los últimos 20 años, como son los teléfonos móviles y la inteligencia artificial, han revolucionado y transformado la sociedad en la que vivimos, facilitado el acceso a la información y, por ende, a la educación, pero también, esta nueva era digital supone nuevas amenazas que tenemos que combatir, ya que implica nuevos límites y alcance de los derechos humanos en distintos ámbitos, como el de la privacidad, el honor, el derecho al olvido, etc. En cuanto a esto, en el año 2018 Antonio Guterres, Secretario General de las Naciones Unidas desde 2017, creó el Panel de Alto Nivel sobre la Cooperación Digital²³, el cual está compuesto por miembros de gobiernos, del sector privado y empresarial, del mundo académico, de organizaciones y fundaciones con carácter internacional y de la sociedad civil, entre los que destacan Melinda Gates (Copresidenta de la Fundación Bill y Melinda Gates), Isabel Guerrero Pulgar (Directora de IMAGO Bases Globales y conferencista de la escuela Harvard Kennedy), Jack Ma (Presidente Ejecutivo de Alibaba Group) o Nikolai Astrup (Ministro de Desarrollo Internacional de Noruega). El Secretario General de las Naciones Unidas encomendó la realización de un informe²⁴ al

²² MCCOMBS, M. E., SHAW, D I. “The agenda-setting function of mass media” *Public Opinion Quarterly*, Volume 36, Issue 2, SUMMER 1972, pp. 176–187

²³ Para más información sobre funciones y miembros, véase <https://www.un.org/es/digital-cooperation-panel/index.html> (mayo 2020).

²⁴ Véase <https://www.un.org/en/pdfs/DigitalCooperation-report-for%20web.pdf> (mayo 2020)

Panel de Alto Nivel sobre la Cooperación Digital, para poder definir las estrategias a realizar, conocer mejor cómo alcanzar los ODS fijados en la Agenda 2030 de las Naciones Unidas, en concreto, superar en el ámbito tecnológico las necesidades que sufren las mujeres y los niños en muchas partes del planeta, como ya hemos visto, ya que, el mundo digital, no se ha desarrollado e implementado por igual a lo largo del mismo. En palabras de Isabel Guerrero, *“más del 50% de la población no está conectada por eso es por lo que hablamos de que la conexión digital, la inclusión digital, debería ser considerada como un bien público [...]”*²⁵ y a adquirir unos compromisos por parte de los Estados, que permitan la implementación de la tecnología, que ayude al desarrollo social y económico, para poder resolver los problemas y no dejar a nadie atrás.

Todo lo anterior nos lleva a preguntarnos si se deben establecer límites a los avances tecnológicos, sobre todo por el constante desarrollo de las TICs y su uso en la educación²⁶ y, establecer quién debe poner esos límites. La tecnología no tiene límites, pero cuando hacemos uso de la tecnología y ejercemos determinados derechos en el mundo digital, éstos tienen límites, ya que no todo vale ni en el mundo físico, ni en el digital. Debemos preguntarnos cuál es la necesidad de modificar determinadas leyes y normas que permitan una mejor utilización y disfrute de estos derechos, así como, una mayor protección de éstos, que, hasta ahora, no se tenían presentes.

Todas las constituciones de base liberal del mundo garantizan la libertad de expresión, ese derecho a pensar, expresar, informar o difundir nuestras ideas, así como, el derecho a ser informados y a formarnos a través del acceso a esa información. La protección de este derecho es muy amplia frente al poder estatal. Ahora bien, este derecho también tiene límites, como es, cuando se produce una colisión entre derechos, en concreto cuando colisiona con el derecho a la intimidad, al honor y la propia imagen. Así pues, la privacidad la entendemos como el derecho de todas las personas a mantener determinados aspectos de la intimidad al margen de la esfera pública, ergo al referirnos al mundo digital, lo que queremos proteger, son todos aquellos datos privados de carácter personal y mantenerlos separados del ámbito del espacio virtual o Internet.

El tema de la protección de datos en el ciberespacio es un tema controvertido y muy estudiado, siendo hoy en día, un tema que está en constante

²⁵ Isabel Guerrero, miembro del Panel, fundadora y directora ejecutiva de la ONG Imago Bases Globales y profesora en la Universidad estadounidense Harvard Kennedy. Declaraciones disponibles en <https://news.un.org/es/story/2019/06/1457461> (marzo 2020).

²⁶ TOSCANO, D. “Comunicación vs Tecnología”. Ed. Universidad Técnica de Machala. Vol. 1. N° 1, (Ejemplar dedicado a: Revista Cumbres-junio) 2015, Pp. 53-54.

evolución y donde muchos países tienen un largo camino aún por recorrer, ya sea, por las diferentes empresas del sector privado o de los gobiernos y, el uso que se hace, con los datos de carácter personal de los ciudadanos en Internet. Es necesario que este derecho a la privacidad sea protegido con el fomento de políticas y actualización y creación de normas de carácter universal, que regulen y protejan la información y los datos personales que, llegado el caso, también sancionen aquellas conductas realizadas por los diferentes agentes, que vulneren los derechos de las personas. También es cierto, que esta regulación, de la que hacemos mención está y estará hecha bajo el principio de proporcionalidad y de equilibrio, puesto que, sino el problema que surge y, que ya hemos mencionado, es el de la censura por parte de los gobiernos o de las diferentes autoridades.

Son numerosas las normas de carácter internacional, que han regulado a lo largo de los años la protección de los datos de carácter personal, que garantizan como derecho fundamental el respeto a la vida privada y establecen los límites de la privacidad, así como la evolución de la normativa en protección de datos²⁷. Tenemos que decir que aparte de los establecido por el Relator Especial de las Naciones Unidas para la libertad de expresión, el cual establece que cualquier medida que limite el acceso a Internet es ilegítima, la primera norma que garantiza este derecho fundamental a la protección de datos la encontramos regulado en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950; también el Convenio 108, elaborado por el Consejo de Europa en Estrasburgo el 28 de enero de 1981, para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, el que protegía a las personas respecto al tratamiento de sus datos de carácter personal, pero esta regulación necesitaba ser actualizada y adaptarse a la realidad digital que se estaba imponiendo.

Entre las normas comunitarias más importantes encargadas de regular en el ámbito de la protección de datos de carácter personal encontramos la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 95/46/CE, de 24 de octubre de 1995, que trataba la transferencia de datos personales a terceros países; el Reglamento 45/2001 de 18 de diciembre de 2000, del Parlamento Europeo y del Consejo, el cual regula sobre cómo son tratados los datos personales por las instituciones comunitarias y a la libre circulación de estos datos; la Directiva 97/66/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones; la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, que garantiza la libre circulación de los servicios de la sociedad de la información entre los Estados miembros; y la Directiva 2002/58/CE del

²⁷ REBOLLO DELGADO, L., y Serrano Pérez, M^a., “*Manual de protección de Datos*”. Dykinson. Madrid. 2014. Pp. 39-58.

Parlamento Europeo y del Consejo, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas.

Asimismo, en el ámbito europeo, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea reconoce el derecho a la protección de los datos de carácter personal a toda persona en el párrafo 2 del artículo 8. En cuanto a la protección digital de este derecho de privacidad de los datos personales y esta renovación necesaria que se iba instaurando en la sociedad, el 27 de abril de 2016 la Unión Europea mediante la aprobación del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, que derogaba la Directiva 95/46/CE, introdujo una serie de novedades²⁸ que iban a otorgar mayor seguridad jurídica, como establecer un ordenamiento comunitario uniforme en materia de protección de datos de carácter personal para todos los Estados miembros de la Unión Europea.

En la esfera internacional, destacan los Estados Unidos de América en relación con la regulación en materia de actos criminales que impliquen un deterioro a la libertad de expresión en el ciberespacio, aunque esa misma regulación suponga al fin y al cabo una forma de control a la ciudadanía estadounidense e internacional de todas aquellas actividades que se llevan a cabo en la Red. Es el caso de la Ley de la Decencia en las Telecomunicaciones (Communications Decency Act o CDA). Esta ley fue muy polémica, ya que se consideraba que atentaba contra el derecho de la libertad de expresión, consagrado en la Primera Enmienda de la Carta de Derechos de los Estados Unidos. Así, en respuesta a esta ley John Perry Barlow, el 8 de febrero de 1996 proclamó su Declaración de Independencia del Ciberespacio, como una forma de reivindicar la libertad de la Red frente a un acto de abuso del

²⁸ Algunas de estas novedades relativas al tratamiento en materia de protección de datos de carácter personal son: el artículo 5 relativo a principios aplicables a la protección de datos; artículo 7 sobre regulación de los requisitos para entender válidamente prestado el consentimiento; en el artículo 8 incorpora condiciones aplicables al consentimiento del niño en relación con los servicios de la sociedad de la información; el artículo 9 introduce nuevas categorías especiales de datos personales; entre los artículo 12 a 21 existe un reconocimiento de nuevos derechos en el ámbito de la protección de datos; el artículo 17 regula uno de los derecho que en mi opinión tiene una gran importancia como es el derecho al olvido o derecho de supresión; el artículo 24 regula la responsabilidad del responsable del tratamiento de los datos por la adopción y actualización de las medidas adecuadas; el artículo 30 establece el registro de las actividades de tratamiento; los artículos 33 y 34 sobre notificación de una violación de la seguridad de los datos personales a la autoridad de control y comunicación a los interesados de las violaciones de seguridad; el artículo 35 en relación a la evaluación de impacto relativa a la protección de datos; los artículos 37 a 39 tratan la figura del delegado de protección de datos; los artículo 44 a 50 regulan las transferencias internacionales de datos; los artículo 68 a 70 establecen la creación del comité europeo de protección de datos.

Gobierno estadounidense²⁹, al que se sumaron varias organizaciones encabezadas por la American Civil Liberties Union (ACLU por sus siglas en inglés) y la oposición mundial a esta ley, considerándola una forma de censura. Ante tanta oposición, el 11 de junio de 1996, tan solo, unos meses más tarde, de que fuera promulgada, la Corte del Distrito Este de Pensilvania (Federal Court for the Eastern District of Pennsylvania), declaró inconstitucional a la controvertida Ley de la Decencia en las Telecomunicaciones por decisión unánime de los tres jueces.

De igual modo destacamos la Ley para Detener la Piratería en Línea (Stop Online Piracy Act o SOPA); la Ley de Derechos de Autor de la Era Digital (Digital Millennium Copyright Act o DMCA); y la Ley para prevenir las amenazas reales en línea en contra de la creatividad económica y el robo de Propiedad Intelectual (Digital Millennium Copyright Act, y Preventing Real Online Threats to Economic Creativity and Theft of Intellectual Property Act o PIPA). Todas estas leyes tienen como objetivo poner punto final a la difusión de contenidos que se encuentren protegidos por los derechos de autor. Pero contra estas leyes existe cierta desconfianza ante un posible control y posterior censura de Internet, ya que estas leyes permiten a los Estados Unidos proceder contra cualquier página web de todas las partes del mundo vulnerando la libertad de expresión de dichos sitios web.

Normas con un carácter similar las encontramos en varios países como, entre otras, en España con la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (conocida como Ley SINDE), en Francia Ley promotora de la difusión y la protección de la creación en internet o Ley HADOPI; en el Reino Unido con La ley antipiratería Digital Economy Act; en Suecia, donde se aplica una Directiva del Parlamento Europeo y es conocida como Enforcement Directive o IPRED; en Brasil la Ley General de Protección de Datos de Brasil (Lei Geral de Proteção de Dados); en Perú la Ley de Protección de Datos Personales N° 29733; en Canadá la Ley de Protección de la Información Personal y los Documentos Electrónicos (PIPEDA) y Ley de Protección de la Información Personal (PIPA); en Rusia la Ley Federal 152-FZ de Datos Personales de 2006 (PD Law); o en 2003 en Japón entró en vigor la Ley de Protección a la Información Personal (APPI) y fue una de las primeras regulaciones de protección de datos en Asia.

En definitiva, la garantía del del derecho a la privacidad no solo corresponde a los Estados, sino también al sector privado y las empresas. Esta pre-ocupación por la privacidad y la importancia que se le otorga en el sector empresarial es en parte debido a todas las normativas existentes, así como a

²⁹ Véase <https://sindominio.net/biblioweb/telematica/republica/node12.html> (junio 2020).

la propuesta de Reglamento sobre el respeto a la vida privada y la protección de los datos personales en el sector de las comunicaciones electrónicas, conocido como E-Privacy y que deroga la Directiva 2002/58/CE.

Las empresas están tomando conciencia de los derechos que como usuarios de ellas tenemos y podemos reclamarles, tales como ser informados de los datos que nos pertenecen y que van a ser recopilados y cuál será el uso de esos datos. También la petición de consentimiento de forma clara y sin ser camuflada entre los términos y condiciones de uso. Así como el derecho de supresión, un derecho que desde mi punto de vista tiene una gran importancia, ya que tenemos que decidir cómo y cuándo eliminar nuestros datos o retirar el consentimiento dado en un principio, es decir, el conocido como derecho al olvido.

Los avances tecnológicos ayudan al desarrollo económico y social de los países, y con ello a la implementación de una cultura y una educación en la paz, teniendo en cuenta que poseen límites y que no debemos confundir Internet con el ciberespacio, ya que la primera es un instrumento de comunicación dentro de las nuevas tecnologías de la información y que se incluye dentro del segundo.

IV. LA MEDIACIÓN COMO MEDIO ALTERNATIVO DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS E INSTRUMENTO DE PREVENCIÓN Y LOGRO DE LA PAZ.

Al realizar un análisis de la resolución de conflictos se puede observar que, si se refuerza la educación y la cultura de la paz con un reconocimiento del derecho, la resolución del conflicto tendría otro enfoque, que es el que se pretende dar en esta investigación. La mediación no es un derecho humano ni un derecho reconocido por las Naciones Unidas, ya que el derecho reconocido por las Naciones Unidas es el Derecho a la paz, siendo la mediación un instrumento para la resolución de controversias y por ende alcanzar el objetivo que es la paz. Es una sucesión de situaciones donde el objetivo primordial debe ser prevenir el conflicto y que haya paz, porque si no prevenes el conflicto, surge el conflicto. Así pues, el conflicto se previene a través de un instrumento que es la mediación y que desemboca en la paz.

El término conflicto va unido de forma inherente a la naturaleza del hombre. Cuando surge un conflicto, las partes intervinientes intentan imponer su razón a la parte contraria. Tanto el conflicto como su resolución han estado presentes a lo largo de la evolución del hombre en la sociedad. En muchas de las antiguas civilizaciones ya estaba presente, como en el caso de la antigua China, los recursos básicos para la resolución de conflictos eran la conciliación y la mediación. Según Confucio en el 550 a.C., los conflictos se solucionaban con la *“persuasión moral y el acuerdo, y no bajo*

coacción”³⁰. Lo que se extrae del pensamiento de Confucio es que se debe llegar a la solución de la discrepancia mediante la voluntad de las partes en conflicto y no por la imposición unilateral o la intervención de un adversario que dificultaría el llegar a ese acuerdo y pondría fin a la armonía natural que existe en las relaciones humanas. En la actualidad, los comités populares de conciliación siguen ejerciendo la mediación.

En la actualidad y durante el pasado siglo XX, disponemos de claros ejemplos dentro de la esfera internacional de procesos mediadores, como por ejemplo: la mediación Papal en el conflicto del Beagle, sobre la soberanía que Chile y Argentina mantenían en 1978 por la posesión de las islas situadas al sur del canal de Beagle y por el dominio de los espacios marítimos adyacentes; Acuerdos de Camp David de 1978, donde Egipto e Israel firmaron la paz en los conflictos territoriales entre ambos países; Acuerdos de Madrid y Oslo de 1993, por las desavenencias entre Israelíes y Palestinos; los Acuerdos de Dayton, entre otros.

Como se puede ver en la mayoría de los casos, existe la figura del líder de la familia, del clan o del pueblo que brindaban su conocimiento para ayudarlos a encontrar un acuerdo que solucionara sus discrepancias. Karl Marx, situaba el origen del conflicto en la dialéctica del materialismo y en la lucha de clases. Así pues, se hace imprescindible entender que es necesario contar con un mínimo orden social. Para poder lograr esto, los miembros de la comunidad deben desarrollar políticas de conformidad o de consenso y es ahí donde entran en juego los diferentes instrumentos alternativos de resolución de conflictos, como la mediación, el arbitraje, la conciliación y la negociación.

Debemos tener claro que no existe un concepto unificado del término Mediación y por lo tanto antes de realizar una definición general del término, podemos mencionar algunas de las distintas definiciones que realizan algunos autores como por ejemplo Jay Folberg y Alison Taylor, que para ellos la mediación es “... *el proceso mediante el cual los participantes, junto con la asistencia de una persona o personas neutrales, aíslan sistemáticamente los problemas en disputa con el objetivo de encontrar opciones, considerar alternativas, y llegar a un acuerdo mutuo que se ajuste a sus necesidades. La mediación es un proceso que hace hincapié en la propia responsabilidad de los participantes de tomar decisiones que influyen en sus vidas.*”³¹. Kressel y Pruitt en 1985 definen la mediación como la asistencia de una tercera parte neutral que ayuda a que dos o más partes en disputa logren llegar a un acuerdo³². Mientras que por su

³⁰ FOLBERG, J y TAYLOR, A. “Mediación: resolución de conflictos sin litigio”. Ed. Limusa, S.A. de C.V. Grupo Noriega Editores, Balderas 95, México, D.F.1996. P. 21.

³¹ Ibidem.

³² KRESSEL, K. y PRUITT, D.G. (1985). Themes in the mediation of social conflict. *Journal of Social Issues*, 41 (2), 179-198.

parte Susskind y Ozawa³³, también en 1985, realizan una definición de la mediación como un proceso voluntario que se distingue de la simple negociación por la inclusión de facilitador no partidista que sirve a la voluntad del litigante.

Christopher Moore define la mediación como: “...un tercero neutral e imparcial ayuda a la gente, facilitando la resolución de sus diferencias y nos ofrece una obra integral sobre lo que los mediadores hacen realmente para auxiliar a las personas en conflicto.”³⁴ Moore (1986), entiende la mediación como una ampliación del proceso de negociación, subrayando la actitud imparcial y neutral del mediador³⁵. Para Sara Cobb la mediación es “...proceso que estructura la intervención de las partes involucradas en modos que favorecen su participación y legitimidad, asumiendo responsabilidades para diseñar la resolución de sus disputas.”³⁶

Todas las definiciones realizadas por distintos autores coinciden y nos brindan la posibilidad de realizar una definición general de la mediación, entendiéndola como el instrumento a través del cual las partes implicadas en un conflicto buscan una solución con la ayuda de un tercero imparcial y sin capacidad decisoria denominado mediador. Este mecanismo de resolución de conflictos es extrajudicial y privado, al igual que en el caso del arbitraje. El mediador tiene la función de ser el conductor de la mediación, buscando que las partes mantengan un diálogo fluido, con respeto y educación, para poder identificar las diferencias, encontrar los intereses y objetivos comunes y, por último, descubrir una solución, pero sin intervenir de una forma directa en esa solución.

La mediación se compone de serie de características³⁷ fundamentales para su existencia y que la definen. Estas características son:

- Es voluntaria, ya que son las partes en conflicto las que inician el proceso y pueden interrumpirlo si lo consideran oportuno;
- Buena fe, ya que es necesaria una actitud íntegra de los participantes en la mediación;

³³ OZAWA, C., P., SUSSKIND, L. “Mediating science-intensive policy disputes”. *Journal of Policy Analysis and Management*, 1985, vol. 5, no 1, pp. 23-39.

³⁴ MOORE, C. “El Proceso De Mediación. Métodos prácticos para la resolución de conflictos”. Ed. Granica. Edición 2006. Colección Mediación.

³⁵ MOORE, C. “The Mediation Process: Practical Strategies for Resolving Conflict”, (San Francisco: Jossey-Bass Publishers, 1986).

³⁶ Material bibliográfico del curso: Negociación y resolución de conflictos. Universidad de California, Santa Bárbara. (agosto-septiembre de 1995)

³⁷ ROZENBLUM DE HOROWITZ, S. “Mediación en la Escuela Resolución de conflictos en el ámbito educativo adolescente” [Conflict resolution in adolescent education]. Argentina: Aique Grupo Editor S.A. 1998, p.235.

- Es neutral debido a que el mediador a la hora de actuar no impone criterios propios en la toma de decisiones y debe mantener una posición imparcial respecto a las partes y no posicionarse o favorecer a ninguna de ellas.
- Es confidencial, porque lo expuesto en un proceso de mediación no será utilizado fuera éste, excepto en casos donde se detecte un hecho constitutivo de falta o delito. Dicha confidencialidad engloba tanto al mediador como a las partes en conflicto y ninguna información debe ser entregada ni compartida con personas ajenas al proceso. Para poder cumplir con esto se llevará a cabo la firma de un documento de confidencialidad en el que conste explícitamente la obligación legal y moral de guardar el debido silencio y respeto a la información difundida por las partes durante el proceso. Así pues, el mediador no podrá ser citado como testigo antes, durante o después de la Mediación, así como ninguno de los materiales utilizados para la Mediación será susceptibles de ser empleados en ningún procedimiento administrativo o judicial relacionado con la disputa por ninguna de las partes en conflicto.
- Es flexible, ya que el proceso de mediación no se encuentra sujeto a un procedimiento reglado rígido, solo se establecen unos requisitos mínimos en la Ley, por lo que se adapta a las características y necesidades de las partes en conflicto que estén dispuestos a solucionar sus diferencias.
- Es colaborativa, porque las partes deberán compartir información para poder llegar a una solución del conflicto y por lo tanto habrán de tener una actitud solidaria y cooperativa, donde ninguna de las partes imponga nada a la parte contraria, y donde los interesados pongan énfasis en los puntos de convergencia y estén motivados para resolver los problemas y alcanzar los mejores acuerdos que satisfagan a ambas partes.
- Es responsable: las partes implicadas deben alcanzar un compromiso de cumplimiento de los acuerdos alcanzados.
- Es autónoma, Serán los propios interesados los que llegan a acuerdos creados por ellos mismos y que satisfacen sus propios intereses.

En definitiva, la mediación es un procedimiento que facilita la resolución de conflictos sin tener que recurrir a un proceso judicial o arbitral. El tercero imparcial (mediador) no actúa como juez, árbitro o como la figura del “hombre bueno” o “conciliador”, cuyos objetivos se sitúan en guiar a las partes hacia un acuerdo que este “hombre bueno” considere más justo. De este modo, el mediador no facilita a las partes la solución, su tarea se centra en que el proceso de mediación se desarrolle de una forma fluida y con respeto sugiriendo en todo caso si las partes se lo solicitan distintas alternativas, como hemos mencionado anteriormente, hasta que las partes por sí solas

lleguen a un acuerdo que consideran razonable, justo y que las satisfaga³⁸. Parte de la labor del mediador será la sugerencia de distintas posibilidades con el fin de que las partes puedan considerar diversas alternativas a la hora de llegar a un acuerdo.

Tanto por parte de las Naciones Unidas, como en el caso de la Unión Europea, hay un gran interés por fomentar la implantación y el uso de la Mediación como un instrumento alternativo real a la solución de conflictos. Desde una perspectiva internacional y de forma más concreta, dentro de las Naciones Unidas se creó en el año 2006 una Unidad de Apoyo a la Mediación, perteneciente al Departamento de Asuntos Políticos, cuyas funciones son las de fortalecer a las organizaciones regionales y asesorarlas financiera y logísticamente para que se lleven a cabo los procesos de paz. Además, el Departamento de Asuntos Políticos creó una herramienta que aún sigue en funcionamiento llamada “*peacemaker*”, la cual dispone de una base de datos muy extensa más de 750 acuerdos de paz, textos de orientación y de información sobre los servicios de apoyo a la mediación de la ONU. La experiencia de esta Unidad es muy amplia ya que sus miembros han brindado apoyo en docenas de negociaciones, como, por ejemplo, en cuestiones de reparto del poder, los recursos naturales y los conflictos, la elaboración de constituciones, alto el fuego y otras medidas de seguridad, y las cuestiones de género en relación con el conflicto.

La obligación de los Estados mediante la aplicación de sus respectivos marcos legislativos y las funciones que se desarrollan a través de las Naciones Unidas con su Departamento de Asuntos Políticos (Department of Political Affairs o DPA). Conforme a esto, destacamos las funciones que tiene España dentro de las Naciones Unidas en relación con la mediación dentro de la Unidad de Apoyo a la Mediación (“Mediation Support Unit”) creada en el año 2006, encuadrada en el Departamento de Asuntos Políticos (“Department of Political Affairs”), como miembro del Grupo de Amigos de la Mediación creado en el año 2010, así como las iniciativas existentes de las Naciones Unidas en comunión con la Unión Europea para la implantación y difusión de la mediación con el Programa Gotemburgo, adoptado por el Consejo Europeo el 16 de junio de 2001 y que constituye la piedra angular de la Unión Europea en la materia. El Programa Gotemburgo trata sobre la Prevención de Conflictos Violentos y tiene como objetivos el convertir la prevención de conflictos en un objetivo esencial de sus relaciones exteriores; establecer prioridades en materia de prevención a la hora de determinar alertas tempranas y tener la capacidad de dar una respuesta rápida a los conflictos; extendió el ámbito de aplicación de la prevención de conflictos a todos los sectores

³⁸ Ibidem. p. 81.

que conforman la acción exterior de la Unión; destacó la necesidad de hacer un uso más sistémico, coordinado y coherente de los instrumentos disponibles por la Unión en la materia.

En España la actuación de la misión permanente de España en Naciones Unidas en el ámbito de la mediación, a través de la Unidad de Apoyo a la Mediación (“Mediation Support Unit” o MSU) y el Grupo de Amigos de la Mediación, del que forma parte España, así como la “Iniciativa para la Mediación en el Mediterráneo” presentada junto con Marruecos en la 67ª Semana Ministerial de la Asamblea General de Naciones Unidas, en septiembre de 2012, y que constituye una plasmación regional práctica de los postulados defendidos por el citado Grupo de Amigos de la Mediación. Dicha iniciativa fue recibida con gran interés por parte de la comunidad internacional. Además de las funciones que viene desarrollando el CITpax (Centro Internacional de Toledo para la Paz), como contribuir a la resolución de conflictos y al acercamiento entre las partes enfrentadas a través de la mediación y de la formulación de propuestas políticas alternativas.

V. CONSIDERACIONES FINALES

Podemos comprobar la importancia dada al Consejo de Seguridad en la Carta de las Naciones Unidas, en el artículo 33 del capítulo VI, ya que lo presenta como el instrumento o el órgano a través del cual, las partes si no son capaces de llegar a un acuerdo ellas mismas o si se pone en riesgo el mantenimiento de la paz y la seguridad en el ámbito internacional, se pueda lograr y asegurar el respeto a los acuerdos alcanzados para sostener a salvo dicha paz y seguridad mediante la solicitud a las partes a realizarlo o con las medidas que el Consejo crea oportunas en cada caso, ya sean de tipo pacífico/preventivo o a través de medidas coercitivas o sancionadoras.

Lo que pretendemos con esta investigación es poner de relieve que más que una obligación para los estados miembros de la ONU, el que esos Derechos Fundamentales sean respetados, se conviertan en un objetivo prioritario gracias a la aportación de nuevos instrumentos que puedan situar a estos derechos más allá del propio derecho internacional y pasen a formar parte de su derecho interno gracias a la implementación de un Derecho a la Paz reconocido por los mismos, es decir, debemos conseguir que sobre los Derechos Humanos se cimienten las relaciones internacionales para poder así asentar la Paz. Además, los términos derechos humanos, democracia y desarrollo humano sostenible, están interrelacionados y son interdependientes como así constaba ya en la Conferencia Mundial de los Derechos Humanos celebrada en Viena de 1993 y de la 44ª reunión de la Conferencia Internacional de Educación (CIE) organizada por la Oficina Internacional de Educación de la UNESCO (OIE) en 1994 y de la cual está a cargo desde 1934.

Es por ello por lo que no se deben considerar los derechos humanos y en concreto un posible derecho a la paz como objeto de una sola disciplina. El ámbito de los derechos humanos pasa por un conjunto de disciplinas como son la historia, la filosofía y por supuesto la disciplina jurídica, es decir, estamos tratando un tema manifiestamente transversal e interdisciplinar, por lo que creo necesario en este siglo XXI desarrollar una metodología interdisciplinar y transversal que se ocupara del desarrollo de estos derechos y que facilitarían y tendrían una mayor influencia en la sociedad y sobre todo en la propia disciplina jurídica, abarcando la esfera del derecho constitucional, derecho internacional, derecho penal, derecho administrativo, entre otros. Por lo que es necesario establecer un verdadero derecho a la paz que sea reconocido como un derecho humano efectivo a la paz, como un derecho de la tercera generación y, por ende, garantizado y respetado por todos los Estados.³⁹

Asimismo, lograremos el reconocimiento de ese derecho si llegamos a crear una cultura de paz efectiva, basada en la educación y la ciencia mediante las herramientas que nos facilitan los avances tecnológicos y gracias a la consolidación de la libertad de expresión y comunicación, teniendo en cuenta que los avances tecnológicos influyen en el cambio tan vertiginoso que experimentan nuestras vidas. Avances que permiten realizar comunicaciones con cualquier parte de planeta en cuestión de segundos, realizar trasplantes con órganos artificiales o mandar sondas a Marte. Al analizar los informes y resoluciones de las Naciones Unidas y demás órganos, la duda que se nos plantea es qué tipos de avances se deben fomentar y en beneficio de quienes deben estar, ya que vivimos en un mundo globalizado donde los problemas adquieren un carácter global. Por lo cual debemos encontrar soluciones que posean el mismo carácter universal y que puedan ser aplicadas a todos, no solo a unos pocos. Es por eso la importancia de alcanzar unas soluciones tecnológicas que estén comprometidas con el uso sostenible de los recursos, con el medio ambiente y no una que suponga un impacto negativo tanto sociales como ambientales en países en desarrollo.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ TORRES, M. “Nación y libertades públicas en la Constitución española de 1812”. *Revista de Estudios de Deusto*. Vol. 67, Núm. 2 (2019) julio-diciembre. Facultad de Derecho. Universidad de Deusto DOI: [http://dx.doi.org/10.18543/ed-67\(2\)-2019](http://dx.doi.org/10.18543/ed-67(2)-2019). ISSN (Impresa): 0423-4847. ISSN (Online): 2386-9062. Bilbao. España.

³⁹ RUIZ MIGUEL, A. (1985), “¿Tenemos derecho a la paz?”, *Anuario de Derechos Humanos*, nº 3, pp. 397-434.

- DE SECONDAT, C. L., barón de Montesquieu. “El espíritu de las leyes”. Vertido al castellano con notas y observaciones por García del Mazo, Biblioteca de Derecho y de Ciencias Sociales. Librería General de Victoriano Suárez. Madrid, Preciados, 48. Tomo I. Libro XI. De las leyes que establecen la libertad política con relación a la constitución, Capítulo VI, De la Constitución de Inglaterra. 1906.
- FOLBERG, J. y TAYLOR, A. “Mediación: resolución de conflictos sin litigio”. Ed. Limusa, S.A. de C.V. Grupo Noriega Editores, Balderas 95, México, D.F. 1996.
- GALVÁN TELLO, M., C. “Los derechos humanos como eje transversal de la Educación para la Paz”. *Eirene Estudios de Paz y Conflictos*, Vol. 1, Nº. 1, 2018, pp. 13-28
- KRESSEL, K. y PRUITT, D.G. (1985). Themes in the mediation of social conflict. *Journal of Social Issues*, 41 (2).
- LEDERACH, John Paul (1998) “Construyendo la paz: Reconciliación sostenible en sociedades divididas” Gernika, Vizcaya, España. Gernika Gogoratuz/Centro de Investigación por la Paz.
- (1983) “Educar Para La Paz” Editorial Fontamara. Barcelona, España.
- LÓPEZ DE RAMÓN, M. “La construcción histórica de la libertad de prensa”. *Universidad Carlos III. Historia del derecho*, 27. 2016. ISBN: 978-84-89315-71-6. ISSN: 2255-5137. Versión electrónica disponible en e-Archivo <http://hdl.handle.net/10016/19296>.
- MARTÍNEZ MARINA, F. “Discurso sobre el origen de la Monarquía y sobre la naturaleza del Gobierno español”. Estado preliminar de José Antonio Maravall. Edición: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Cuadernos y Debates: Bicentenario de las Cortes de Cádiz, Madrid, 1988.
- MARTÍNEZ PINEDA, M., C. (2017) “La censura de prensa en la Segunda República española” (1931-1936). Universidad Complutense de Madrid. (Tesis).
- MCCOMBS, M. E., SHAW, D I. “The agenda-setting function of mass media” *Public Opinion Quarterly*, Volume 36, Issue 2, SUMMER 1972, pp. 176–187.
- MOORE, C. “El Proceso De Mediación. Métodos prácticos para la resolución de conflictos”. Ed. Granica. Colección Mediación. Edición 2006.
- . “The Mediation Process: Practical Strategies for Resolving Conflict”, (San Francisco: Jossey-Bass Publishers, 1986).
- Material bibliográfico del curso: Negociación y resolución de conflictos. Universidad de California, Santa Bárbara. (agosto-septiembre de 1995).
- OZAWA, C., P., SUSSKIND, L. “Mediating science-intensive policy disputes”. *Journal of Policy Analysis and Management*, 1985, vol. 5, no 1, pp. 23-39.
- PÉREZ GALDÓS, B. “Memorias de un desmemoriado”. Ed. El Nadir. 2012.
- REBOLLO DELGADO, L. y SERRANO PÉREZ, M^a., “Manual de protección de Datos”. Dikynson. Madrid. 2014.
- ROUSSEAU, J. J., “El Contrato Social o Principios de Derecho Político”. Traducción: Leticia Halperin Donghi. Editorial La Página S.A. Buenos Aires. 2003.
- ROZENBLUM DE HOROWITZ, S. “Mediación en la Escuela Resolución de conflictos en el ámbito educativo adolescente” [Conflict resolution in adolescent education]. Argentina: Aique Grupo Editor S.A. 1998.
- RUIZ MIGUEL, A. (1985), “¿Tenemos derecho a la paz?”, *Anuario de Derechos Humanos*, nº 3, pp. 397-434

- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S. “Los medios de comunicación y los sistemas democráticos”. Madrid. Ed. Marcial Pons, 1996.
- SANZ CID, C. “La Constitución de Bayona”, Ed. Reus, Madrid, 1922
- TOSCANO, D. “Comunicación vs Tecnología”. Ed. Universidad Técnica de Machala. Vol. 1. N°. 1, (Ejemplar dedicado a: Revista Cumbres-Junio) 2015, Pp. 53-54.
- TORRES DEL MORAL, A. “Constitucionalismo histórico español”. Ediciones Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1999.

NUEVOS DESAFÍOS EN EL ÁMBITO DE LA
VIDEOVIGILANCIA POR LAS FUERZAS Y CUERPOS
DE SEGURIDAD DESDE LA PERSPECTIVA DE LA
LO 7/2021: EL DIFÍCIL EQUILIBRIO ENTRE LA
SEGURIDAD Y LA PROTECCIÓN DE DATOS

*New challenges in the field of video surveillance by the
security forces under Organic Law 7/2021: The difficult
balance between security and data protection*

Selena Cebrían Beltrán
Investigadora doctoral
Universitat de València

<https://doi.org/10.18543/ed.2501>

Recibido: 15.02.2022
Aceptado: 14.06.2022
Publicado en línea: junio 2022

Resumen

El presente trabajo pretende analizar el tratamiento de datos personales por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en el ámbito de la videovigilancia, realizado con fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, incluidas la protección y prevención frente a las amenazas contra la seguridad pública: a) Un análisis de la regulación de esta materia en relación a la nueva Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo; b) Examinar cómo se compatibiliza el derecho fundamental a la protección de datos con la seguridad pública; c) Profundizar en los límites del tratamiento de los datos personales por los sistemas de videovigilancia.

Palabras clave

Ley Orgánica 7/2021, videocámaras, Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, protección de datos personales, derecho a la intimidad, seguridad pública.

Abstract

This essay intends to analyze the processing of personal data by the Security Forces a in the field of video surveillance, carried out for the purposes of prevention, detection, investigation and prosecution of criminal offenses or the execution of criminal sanctions, including protection and prevention in the face of threats against public security: a) An analysis of the regulation of this matter in relation to the new Organic Law 7/2021, of May 26; b) Examine how the fundamental right to data protection is compatible with public security; c) Delve into the limits of the processing of personal data by video surveillance systems.

Keywords

Organic Law 7/2021, video surveillance, Security Forces, data protection, privacy, public security.

SUMARIO: I. ORIGEN Y ANTECEDENTES DE LA REGULACIÓN DE LOS SISTEMAS DE VIDEOVIGILANCIA DE LAS FUERZAS Y CUERPOS DE SEGURIDAD: ADAPTACIÓN DE LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA AL ENTORNO NORMATIVO EUROPEO. II. VIDEOVIGILANCIA EN EL ÁMBITO DE LAS FUERZAS Y CUERPOS DE SEGURIDAD: USO DE CÁMARAS FIJAS Y DISPOSITIVOS MÓVILES. 1. Definición de videocámaras fijas y dispositivos móviles. 2. ¿Dónde se instalarán las videocámaras fijas y los dispositivos móviles y quién será el órgano competente para permitir su instalación o uso?. 3. ¿Se debe informar acerca de su instalación o uso?. 4. Duración de la instalación o uso de los sistemas de videovigilancia. 5. Especial referencia a la captación de imágenes y a la inviolabilidad del domicilio. 6. Datos captados por los dispositivos electrónicos. Especial referencia a los datos biométricos. III. EQUILIBRIO EN EL USO DE LA VIDEOVIGILANCIA: DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS Y DERECHO A LA SEGURIDAD. 1. Principio de legalidad de la injerencia. 2. Principio de proporcionalidad. 3. Principio de adecuación. 4. Principio de necesidad. IV. LÍMITES AL USO DE LOS SISTEMAS DE VIDEOVIGILANCIA POR PARTE DE LAS FUERZAS Y CUERPOS DE SEGURIDAD: PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES. 1. Aspecto subjetivo. 2. Periodo de conservación de las imágenes. 3. Conservación de la integridad y autenticidad de las grabaciones. Cadena de custodia. 4. Responsabilidad de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. 5. Ejercicio de los derechos por parte de los interesados. 6. El derecho fundamental a la presunción de inocencia. V. CONSIDERACIONES FINALES Y PERSPECTIVAS FUTURAS. VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. ORIGEN Y ANTECEDENTES DE LA REGULACIÓN DE LOS SISTEMAS DE VIDEOVIGILANCIA DE LAS FUERZAS Y CUERPOS DE SEGURIDAD: ADAPTACIÓN DE LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA AL ENTORNO NORMATIVO EUROPEO

La aceleración del fenómeno de la globalización en estas últimas décadas ha provocado un desarrollo sin parangón de las tecnologías digitales que han ido “permeando las diversas esferas de la vida social, política, económica y cultural en las distintas sociedades de nuestro tiempo”.¹

Pese a las mejoras evidentes que nos ha proporcionado esta tecnología, también han traído nuevas implicaciones en el ámbito del Derecho.² En

¹ GENDLER, M.A.: “Globalización y tecnología digitales: Un estado de situación”, *Unidad Sociológica I* Número 6 Año 2, Buenos Aires, 2016.

https://ri.conicet.gov.ar/bitstream/handle/11336/105689/CONICET_Digital_Nro.d20fd533-eddd-4f24-afaa-8b946e5e9cf6_A.pdf?sequence=2&isAllowed=y

² ALEGRÍA, H.: “Globalización y Derecho” http://repositorioubas.sisbi.uba.ar/gsd/collect/pensar/index/assoc/HWA_3114.dir/3114.PDF

particular, ha representado un auténtico desafío para la efectividad del derecho a la protección de datos.

Este derecho, sin perjuicio del debate acerca de su configuración dogmática en clave de habeas data, ha sido objeto de un extenso desarrollo normativo en las últimas décadas para dar respuesta a los nuevos retos que se le planteaban.³

En el año 2016, el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea aprobaron sendas normas que asentarían el marco normativo actual de la protección de datos de las personas físicas.

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

Posteriormente, en el año 2018, España adaptó el Reglamento General de Protección de Datos al ámbito interno mediante la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.⁴

La segunda norma, fue la Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo.

Al tratarse de una Directiva, España quedaba ligada en cuanto a la finalidad, pero no en cuanto a los medios para su transposición⁵.

Así lo hacía constar la citada Directiva, que en su artículo 63 apartado 1 indicaba que “Los Estados miembros adoptarán y publicarán, a más tardar el 6 de mayo de 2018, las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva.

³ Al respecto, léase MARTÍNEZ LÓPEZ-SÁEZ, M.: *Una revisión del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal. un reto en clave de diálogo judicial y constitucionalismo multinivel en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

⁴ Un reciente análisis exhaustivo y detallado de dicha adaptación puede encontrarse en la obra colectiva TOMÁS MALLÉN, B., GARCÍA MAHAMUT, R., y PAUNER CHULVI, C. (Eds.): *Las cláusulas específicas del Reglamento General de Protección de Datos en el ordenamiento jurídico español. Cuestiones clave de orden nacional y europeo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.

⁵ El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea indica en su artículo 288 que “La directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios.”

Comunicarán inmediatamente a la Comisión el texto de dichas disposiciones. Aplicarán dichas disposiciones a partir del 6 de mayo de 2018.”

Esta previsión fue incumplida por España, que a dicha fecha límite no había incorporado la Directiva (UE) 2016/680 en su ordenamiento jurídico. Este hecho conllevó que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea mediante la Sentencia de 25 de febrero de 2021 (Comisión Europea/España, asunto C-658/19), emitiera el siguiente pronunciamiento: “Habida cuenta de la gravedad y de la duración de la infracción, el Tribunal de Justicia condena a España a abonar a la Comisión una suma a tanto alzado de 15 000 000 de euros y, si el incumplimiento declarado persiste en la fecha en que se dicte la sentencia, una multa coercitiva diaria de 89 000 euros desde esa fecha y hasta que se haya puesto fin al incumplimiento declarado.”

Esta condena fue innovadora porque era la primera en la que el Tribunal de Justicia imponía, con arreglo al artículo 260 TFUE, apartado 3, los dos tipos de sanciones económicas al mismo tiempo.

Finalmente, España traspuso la Directiva mediante la adopción de la Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo, de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales.⁶

Entre su regulación se encuentra en la Sección 2ª el Tratamiento de datos personales en el ámbito de la videovigilancia por Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.⁷

Esta previsión de la videovigilancia no aparece desarrollada en la Directiva, sino solamente mencionada sucintamente en el Considerando 26⁸; pero España ha creído necesario incluirla dentro de esta norma.

Esta regulación no debe confundirse con la que realiza la Ley Orgánica 4/1997, de 4 de agosto, por la que se regula la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos y el reglamento de desarrollo a la misma, el Real Decreto 596/1999, de 16 de abril.

⁶ Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo, de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales. (2021) (de ahora en adelante se mencionará como LO 7/2021).

⁷ Para determinar qué son las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad debemos acudir a la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, que en su artículo 2 incluye:

- a) Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado dependientes del Gobierno de la Nación.
- b) Los Cuerpos de Policía dependientes de las Comunidades Autónomas.
- c) Los Cuerpos de Policía dependientes de las Corporaciones Locales.

⁸ Todo tratamiento de datos personales debe ser lícito, leal y transparente en relación con las personas físicas afectadas, y únicamente podrá llevarse a cabo con los fines específicos previstos en la ley. Ello no impide, per se, que las autoridades policiales puedan llevar a cabo actividades tales como las investigaciones encubiertas o la videovigilancia.

En efecto, la LO 4/1997 indica que su regulación va orientada a grabar imágenes y sonidos en lugares públicos, abiertos o cerrados, y su posterior tratamiento, a fin de contribuir a asegurar la convivencia ciudadana, la erradicación de la violencia y la utilización pacífica de las vías y espacios públicos, así como de prevenir la comisión de delitos, faltas e infracciones relacionados con la seguridad pública. Por su parte, la LO 7/2021 va orientada a la prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, incluidas la protección y prevención frente a las amenazas contra la seguridad pública.⁹

La instalación de videocámaras u otros dispositivos son medidas de tipo predelictual utilizadas por el Estado a través de los agentes de la autoridad con la finalidad de garantizar la seguridad general que también contienen datos personales y, por lo tanto, necesitadas de la protección que se otorga a los datos de carácter personal.¹⁰

Por ello y aunque la finalidad por la que se recaban estas imágenes sean las que hemos referido, en su implementación debe tenerse en cuenta los derechos y libertades individuales, para garantizar, especialmente, el derecho a la intimidad y a la protección de datos personales.¹¹

A continuación, se realizará un análisis de los sistemas de videovigilancia, así como se indicará cuándo pueden ser utilizados y qué limitaciones debemos tener en cuenta para conciliar el derecho fundamental a la intimidad y a la protección de datos con el objetivo de garantizar la seguridad pública.

II. VIDEOVIGILANCIA EN EL ÁMBITO DE LAS FUERZAS Y CUERPOS DE SEGURIDAD: USO DE CÁMARAS FIJAS Y DISPOSITIVOS MÓVILES

1. *Definición de videocámaras fijas y dispositivos móviles*

Comenzado por las videocámaras fijas, “se entenderá por videocámara fija aquella anclada a un soporte fijo o fachada, aunque el sistema de grabación se pueda mover en cualquier dirección.”¹²

⁹ Artículo 1 de la LO 7/2021.

¹⁰ PÉREZ ESTRADA, M.J.: “La protección de los datos personales en el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información”, *Rev. Bras. de Direito Processual Penal*, vol. 5, n. 3, 2019, pp. 1297-1330.

¹¹ ABA CATOIRA, A.: “La videovigilancia y la garantía de los derechos individuales: su marco jurídico”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n. 7, 2003, pp. 13-36.

¹² Artículo 16.1 de la LO 7/2021.

Un “dispositivo móvil” se puede definir como un aparato de pequeño tamaño, con algunas capacidades de procesamiento, con conexión permanente o intermitente a una red, con memoria limitada, que ha sido diseñado específicamente para una función, pero que puede llevar a cabo otras funciones más generales.¹³

Estos dispositivos no solo podrán captar imágenes sino también sonidos como indica el artículo 17.1 de la LO 7/2021.

Bajo el vocablo “dispositivos”, por tanto, se deja constancia de que no solo abarca a videocámaras sino a otros elementos tecnológicos como podrían ser PDAs, teléfonos móviles, smartphones u otros elementos más recientes como el uso de cámaras móviles personales tipo “bodycam”¹⁴¹⁵ o uso de drones.

Estos elementos podrán estar ubicados en todos los instrumentos, objetos o medios de transporte utilizados por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, como puede ser el coche patrulla, el helicóptero, una embarcación o incluso, las cámaras que llevan incorporadas las pistolas táser.¹⁶

En cuanto a los requisitos a los que están sometidos estos dispositivos, deben ser los necesarios para garantizar la seguridad de los datos, por lo que no se podrían utilizar cámaras o teléfonos personales de los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

Respecto de esto se ha pronunciado la Agencia Española de Protección de Datos (en adelante, AEPD) en una consulta que planteaba si la policía local, en el ejercicio de sus funciones de policía judicial en sentido genérico y en casos excepcionales de máxima urgencia, pudiera captar imágenes por

¹³ Véase el interesante análisis que realiza FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, R.: *El uso policial de la bodycam y sus propuestas de mejora*, Madrid, Ed. Reus, 2019.

¹⁴ FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.: *El uso policial de las bodycam y su propuesta de mejora*, Madrid, Editorial Reus, 2019, pp. 15-21.

¹⁵ “Anuncio de formalización de contratos de: Subdirección General de Gestión Económica y Patrimonial. Objeto: Suministro de un mínimo de 300 cámaras personales para su uso en diversas unidades del Cuerpo Nacional de Policía y de la Guardia Civil. Expediente: 00000018M089, *Boletín Oficial del Estado*, 242, de 8 de octubre de 2019, páginas 54366 a 54367. La Subdirección General de Gestión Económica y Patrimonial del Ministerio del Interior adquirió en octubre del año 2019 un *suministro mínimo de 300 cámaras personales para su uso en diversas unidades del Cuerpo Nacional de Policía y de la Guardia Civil*, por lo que podemos entender que su uso ya se está extendiendo.

¹⁶ Véase las siguientes noticias: J.C.A.; “Marbella compra videocámaras para las pistolas táser de la Policía Local” en *Marbella 24 horas*, 2021 <https://www.marbella24horas.es/local/marbella-compra-videocamaras-para-las-pistolas-taser-de-la-policia-local-29836>;

AGENCIAS; “Pistolas táser con cámara de vídeo para la Policía Municipal” en *Madrid es Noticia*, 2020 <https://www.madridesnoticia.es/2020/12/pistolas-taser-camara-video-policia-municipal/>

cualquier medio a su alcance (videocámaras domésticas y teléfonos móviles) dando cuenta en el plazo de 72 horas mediante informe motivado al máximo responsable provincial de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y la Comisión constituida por la Ley Orgánica 4/1997 al efecto con la entrega de dichas imágenes cuando la Comisión lo solicite. A lo que la AEPD contestó que el uso de los dispositivos privados no garantiza la seguridad de los datos; por tanto, rechazó su uso.¹⁷

Sin embargo, la previsión más interesante la hace al finalizar el análisis: “en el caso de que se utilizasen dispositivos inteligentes que se hayan entregado con carácter oficial para su uso con fines policiales, éstos deberán adoptar todas las precauciones para impedir accesos indebidos a los datos que con ellos se capten.”

Por tanto, la AEPD deja claro que los dispositivos personales no pueden ser usados, mientras que los dispositivos que se hayan entregado por las propias Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para los fines oficiales sí son admisibles, siempre y cuando se guarden las medidas de seguridad adecuadas.

En lo referente a los drones y si se pueden considerar sistemas de videovigilancia a efectos de la aplicación de la norma específica de protección de datos, debemos acudir a la consulta planteada a la AEDP en la que se pretendía saber si a los drones, en su función de captación de imágenes, les era aplicable la regulación establecida por LO 4/1997¹⁸. La AEPD respondió afirmativamente a esta cuestión, lo que nos lleva a hacerla extensible a la LO 7/2021 cuando su finalidad fuere la recogida en el artículo 1 de dicha norma.

¹⁷ Véase el Informe Jurídico de la AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS sobre el uso de cámaras privadas por parte de la Policía Local <https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-09/informe-juridico-rgpd-uso-cameras-privadas-por-la-policia.pdf>

¹⁸ “Con igual reiteración la AEPD ha dictaminado que la Ley Orgánica 4/1997, de 4 de agosto, por la que se regula la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos, atribuye a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad la competencia exclusiva para la instalación de videocámaras fijas o móviles en lugares públicos. Por ello la instalación de videocámaras en lugares públicos es competencia exclusiva de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, de ahí que la legitimación para el tratamiento de dichas imágenes se complete en la Ley Orgánica 4/1997, señalándose en su artículo 2.2, en lo que hace mención a su ámbito de aplicación que “Sin perjuicio de las disposiciones específicas contenidas en la presente Ley, el tratamiento automatizado de las imágenes y sonidos se regirá por lo dispuesto en la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizados de los Datos de Carácter Personal.

Así pues, podemos decir que la ley no permite con carácter general, sin cumplir los requisitos previstos en la legislación citada, la instalación de cámaras de videovigilancia en lugares públicos, ya sean fijas o móviles, lo que en consecuencia y por extensión cabe aplicar a la captación de imágenes de personas en la vía pública a través de sistemas de captación de datos instalados en un dron.” <https://www.aepd.es/es/documento/informe-juridico-rgpd-drones.pdf>

2. ¿Dónde se instalarán las videocámaras fijas y los dispositivos móviles y quién será el órgano competente para permitir su instalación o uso?

Nos indica la LO 7/2021 que la instalación de las videocámaras fijas será en vías o lugares públicos y que para llevarla a cabo se deberá tener en cuenta el principio de proporcionalidad, en su doble versión de idoneidad y de intervención mínima, así como realizar un análisis de riesgos y una evaluación de impacto ¹⁹.

Ello lleva a extraer por una parte que, su colocación no es libre y, por otra, que solo podrá realizarse en las vías o lugares públicos.

Esta disposición es aplicable no solo a las videocámaras propias de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, sino que se hace extensiva a aquellas de las que no sean titulares y exista, por su parte, un control y dirección efectiva del proceso completo de tratamiento.²⁰

Esto se relaciona con el ámbito de la cesión de imágenes que pudiera hacerse desde la seguridad privada a la seguridad pública.²¹ Pues, obviamente, los mecanismos de colaboración entre la seguridad pública y la seguridad privada no pueden quedar exentos de la debida ponderación de los derechos fundamentales en juego.²²

¹⁹ Artículo 16.1 LO 7/2021 “1. En las vías o lugares públicos donde se instalen videocámaras fijas, el responsable del tratamiento deberá realizar una valoración del citado principio de proporcionalidad en su doble versión de idoneidad e intervención mínima. Asimismo, deberá llevar a cabo un análisis de los riesgos o una evaluación de impacto de protección de datos relativo al tratamiento que se pretenda realizar, en función del nivel de perjuicio que se pueda derivar para la ciudadanía y de la finalidad perseguida”.

²⁰ Artículo 16.2 de la LO 7/2021.

²¹ Ley 5/2014, de 4 de abril, de Seguridad Privada.

Artículo 15. “1. Se autorizan las cesiones de datos que se consideren necesarias para contribuir a la salvaguarda de la seguridad ciudadana, así como el acceso por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad a los sistemas instalados por las empresas de seguridad privada que permitan la comprobación de las informaciones en tiempo real cuando ello sea necesario para la prevención de un peligro real para la seguridad pública o para la represión de infracciones penales.

2. El tratamiento de datos de carácter personal, así como los ficheros, automatizados o no, creados para el cumplimiento de esta ley se someterán a lo dispuesto en la normativa de protección de datos de carácter personal.

3. La comunicación de buena fe de información a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad por las entidades y el personal de seguridad privada no constituirá vulneración de las restricciones sobre divulgación de información impuestas por vía contractual o por cualquier disposición legal, reglamentaria o administrativa, cuando ello sea necesario para la prevención de un peligro real para la seguridad pública o para la represión de infracciones penales.”

²² En el plano doctrinal, una minuciosa ponderación de los derechos fundamentales en juego en el marco de la conciliación y colaboración entre seguridad pública y seguridad priva-

No se podrá, por tanto, instalar en lugares privado ni en domicilios particulares, para lo cual debemos acudir al régimen establecido en la la Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuando menciona en sus artículos 588 quater al 588 quinquies c la colocación de estos dispositivos autorizados por la autoridad judicial como medios de investigación dentro de un procedimiento judicial.²³

Resulta novedosa, por otra parte, la inclusión de una obligación con respecto a los ciudadanos que sean los propietarios y, en su caso, los titulares de derechos reales sobre los bienes afectados por estas instalaciones, o quienes los posean por cualquier título, ya que están obligados a facilitar y permitir su instalación y mantenimiento, sin perjuicio de las indemnizaciones que procedan.²⁴

El procedimiento para la instalación de estas videocámaras fijas no estará sujeto al control preventivo de las entidades locales previsto en su legislación reguladora básica, ni al ejercicio de las competencias de las diferentes Administraciones públicas, sin perjuicio de que deban respetar los principios de la legislación vigente en cada ámbito material de la actuación administrativa.²⁵

En el ámbito de los dispositivos móviles, en lo que atañe a su uso -repárese que, como las cámaras pueden ir variando de lugar o ser portadas por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, debemos hablar de un uso y no de una instalación que implicaría la idea de permanencia²⁶, las autoridades competentes serán:²⁷:

1. La persona titular de la Delegación o Subdelegación del Gobierno, quien atenderá a la naturaleza de los eventuales hechos susceptibles de filmación, adecuando la utilización de dichos dispositivos a los principios de tratamiento y de proporcionalidad.
2. En el caso de los Cuerpos de Policía propios de las Comunidades Autónomas que tengan y ejerzan competencias asumidas para la protección de las personas y bienes y para el mantenimiento del orden público, serán sus órganos correspondientes los que autorizarán este tipo de actuaciones para sus fuerzas policiales, así como para las dependientes de las Corporaciones locales radicadas en su territorio.
3. En casos de urgencia o necesidad inaplazable será el responsable operativo de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad competentes el que podrá determinar su uso, siendo comunicada tal actuación con la mayor brevedad posible, y siempre en el plazo de 24 horas, al

da, puede encontrarse en la obra de RIDAURA MARTÍNEZ, M.J.: *Seguridad privada y derechos fundamentales: la nueva Ley 5/2014, de Seguridad Privada*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

²³ Estas disposiciones fueron añadidas mediante la Ley Orgánica 13/2015, de octubre, en vigor desde el 6 de diciembre de 2015.

²⁴ Artículo 16.4 de la LO 7/2021.

²⁵ Artículo 16.3 de la LO 7/2021.

²⁶ Artículo 17.1 de la LO 7/2021.

²⁷ Artículo 16.1 de la LO 7/2021.

Delegado o Subdelegado del Gobierno o autoridad competente de las comunidades autónomas.²⁸

Como ilustración de derecho autonómico comparado, cabe mencionar que la Agencia Catalana de Protección de Datos, a través de la Instrucción 1/2009, de 10 de febrero, sobre el tratamiento de datos de carácter personal mediante cámaras con fines de videovigilancia, introdujo una regulación del uso de ambos tipos de sistemas de videovigilancia y hace especial referencia a cómo debe ser el uso de videocámaras personales por parte de su policía autonómica, indicando que “la utilización de cámaras o sistemas de videovigilancia por parte de la policía de la Generalidad-mozos de escuadra o por las policías locales de Cataluña requiere la autorización correspondiente en los supuestos previstos en su normativa específica.”²⁹

Como ejemplo del uso de estos dispositivos móviles, tenemos el operativo del 1-O por la Unidad de Intervención Policial en el que se captó imágenes con “cámaras Gopro” instaladas en sus cascos y mediante otros dispositivos de grabación. Estas imágenes están en manos del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que va a proceder a analizar los posibles delitos cometidos por los participantes.³⁰

En cuanto al lugar de instalación, la LO 7/2021 no hace en su artículo 17 la misma acotación que efectúa el artículo 16 cuando habla de la instalación de sistemas fijos, que es “vías o lugares públicos”, por tanto, el uso de los dispositivos móviles debería ser acotado en un futuro.

3. ¿Se debe informar acerca de su instalación o uso?

La LO 7/2021 indica con respecto a la instalación de sistemas fijos que “los ciudadanos serán informados de manera clara y permanente de la existencia de

²⁸ Artículo 17.3 de la LO 7/2021.

²⁹ Instrucción 1/2009, de 10 de febrero, sobre el tratamiento de datos de carácter personal mediante cámaras con fines de videovigilancia (2009), *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, 5322, 13258 -13272. <https://apdcat.gencat.cat/web/.content/01-autoritat/normativa/documentos/686.pdf>

³⁰ Véase los siguientes artículos periodísticos: OLMO, J.M.: “Golpes, mossos pasivos, falsos heridos: el 1-O desde las cámaras ‘GoPro’ de la Policía” en *El Confidencial*, 2018 https://www.elconfidencial.com/espana/2018-04-28/imagenes-gopro-policia-1-o-mossos-golpes-falsos-heridos_1556347/

EUROPA PRESS: “La Policía aportó al TSJC 8 horas de grabaciones realizadas el 1-O por agentes con cámaras ‘GoPro’ en *Europapress*, 2019 <https://www.europapress.es/nacional/noticia-policia-aporto-tsjc-horas-grabaciones-realizadas-agentes-camaras-gopro-20190402193017.html>

las videocámaras fijas, sin especificar su emplazamiento, así como de la autoridad responsable del tratamiento ante la que poder ejercer sus derechos”.³¹

Evidentemente si el fin perseguido mediante la colocación de las videocámaras fijas es la prevención de la delincuencia, el hecho de mencionar la ubicación exacta pondría en peligro su consecución. Pero, a falta de desarrollo normativo posterior, se debería entender que se tendría que dar una relativa cercanía entre la ubicación del aviso de que hay una instalación fija y la ubicación de la instalación en sí.

Esta misma previsión de información no aparece realizada acerca de los dispositivos móviles.

4. *Duración de la instalación o uso de los sistemas de videovigilancia*

Con relación a las instalaciones fijas, la normativa no indica ningún límite, por lo que podrán colocarse de manera permanente.

En cuanto al uso de dispositivos móviles sí se hace una previsión y es que las autorizaciones “no se podrán conceder en ningún caso con carácter indefinido o permanente, siendo otorgadas por el plazo adecuado a la naturaleza y las circunstancias derivadas del peligro o evento concreto, por un periodo máximo de un mes prorrogable por otro.”³²

Por tanto, que se pueda hacer uso de ellas depende de la existencia de un análisis previo de peligro o la existencia de un evento concreto, como podría ser el caso comentado del I-O.

5. *Especial referencia a la captación de imágenes y a la inviolabilidad del domicilio*

Como se ha indicado anteriormente, el uso de dispositivos móviles no queda circunscrito a un espacio concreto como sí queda realizado con las videocámaras fijas –vía pública–, por lo que esto lleva a plantearnos un hipotético uso de los sistemas móviles en los lugares cerrados o en el ámbito del domicilio.

Es bien sabido, que la inviolabilidad del domicilio es un derecho fundamental recogido por la Constitución española y que los límites a este derecho según el artículo 18.3 serían la autorización judicial, el consentimiento del titular y, en última instancia, la flagrancia delictiva. También se recogen otros límites en el artículo 55.1 CE, cuando se menciona los supuestos del estado de excepción y de sitio.

La autorización para la captación de imágenes y/o sonidos que contiene la LO 7/2021 proviene de la autorización de las autoridades a nivel

³¹ Artículo 16.5 de la LO 7/2021.

³² Artículo 17. 2 de la LO 4/2021.

administrativo, por lo que no están comprendidas dentro de los límites que la Constitución española establece para este derecho.

Pero, como se ha indicado, la LO 7/2021 cuando regula los dispositivos móviles, no hace ninguna acotación en este sentido, por lo que quedan varias cuestiones en el aire como, ¿qué ocurre si se está produciendo una grabación en una zona pública y por cuestiones del servicio se debe entrar en un lugar cerrado o, incluso, en el domicilio de una persona? ¿Estas imágenes podrían ser tenidas en cuenta o, por el contrario, deberíamos eliminar cualquier grabación de imagen y sonido que no contase con el consentimiento del titular o una autorización judicial?

O, es más, ¿no se podrían llevar estos dispositivos cuando se va a proceder a realizar una actuación en alguno de estos lugares mencionados?

Por tanto, es claro que la tecnología plantea otras cuestiones que no aparecen recogidas en la legislación vigente. Consecuentemente habrá que ponderar las coordinadas prácticas en las que se va a desenvolver la LO 7/2021 para dar respuesta a estos planteamientos, dado que los supuestos limitativos previstos en el artículo 18.3 de la Constitución son “taxativos”, como se encargó de subrayar nuestra Jurisdicción Constitucional en la crucial STC 341/1993, de 18 de noviembre (FJ 8º). Esto ayudaría a mejorar la seguridad jurídica y a garantizar con más éxito el derecho fundamental a la inviolabilidad domiciliaria y, en consecuencia, a la intimidad personal y familiar. De igual manera, esos imperativos de la seguridad jurídica (en términos de accesibilidad y de previsibilidad) fueron destacados por la jurisprudencia del TEDH en un asunto importante de 1998 contra España relacionado con la regulación de las escuchas telefónicas, y por el que nuestro país fue condenado (artículo 8 CEDH) como consecuencia de la insuficiencia normativa e inseguridad jurídica que genera el régimen de dichas escuchas en las previsiones entonces vigentes de la Ley de Enjuiciamiento criminal.³³

³³ Se trata de la STEDH *Valenzuela Contreras c. España* de 30 de julio de 1998, en cuyo párrafo 46 se señala: “El peligro de arbitrariedad resulta especialmente evidente en los casos en que existe un ejercicio en secreto de facultades discrecionales. Cuando se trata de medidas secretas de vigilancia o de interceptación de las comunicaciones por las autoridades públicas, la exigencia de previsibilidad significa que el Derecho interno debe usar términos suficientemente claros para indicar a todos de manera adecuada en qué circunstancias y bajo qué condiciones se autoriza a los poderes públicos a tomar tales medidas (Sentencia Malone antes citada, págs. 31-32, 66-67; Kruslin antes citada, págs. 22-23, §30; Halford contra el Reino Unido, de 25 de junio de 1997. *Recueil*, 1997-111, pág. 1017, §49, y Kopp antes citada, pág. 541, §64). La existencia de reglas claras y detalladas en la materia es indispensable, tanto más cuanto que los procedimientos técnicos no cesan de perfeccionarse (Sentencias Kruslin y Huvig antes citadas, pág. 23, §33, y pág. 55, §32, respectivamente, y Kopp antes citada, págs. 542-543, §72)”.

6. Datos captados por los dispositivos electrónicos. Especial referencia a los datos biométricos

Estos instrumentos posibilitan la captación de datos personales más allá de los considerados como “usuales”, permitiendo el tratamiento de aquellos datos que “revelen el origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas o la afiliación sindical, así como el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, los datos relativos a la salud o a la vida sexual o a la orientación sexual de una persona física.”³⁴ Como se apreciará, se trata de datos sumamente sensibles, por lo que habrá que tomar en consideración los principios de protección de tales datos previstos en la legislación española y, por supuesto, en la europea, tanto de la UE (Reglamento General de Protección de Datos y normativa concordante relativa al espacio de libertad, seguridad y justicia) como del Consejo de Europa (especialmente, el Convenio 108 y su versión modernizada -conocido como Convenio 108+-, esta última ratificada recientemente por España, a finales de enero de 2021)³⁵. Lógicamente, las sinergias entre las normativas de ambas organizaciones europeas se revelan fundamentales, para evitar distorsiones y dilemas aplicativos en el ámbito interno.³⁶

En concreto, se destaca la posibilidad de tratar datos biométricos que van destinados a identificar de manera inequívoca a una persona.

¿Qué debemos incluir bajo el vocablo “datos biométricos”? La propia LO 7/2021 nos indica que son “datos personales obtenidos a partir de un tratamiento técnico específico, relativos a las características físicas, fisiológicas o de conducta de una persona física que permitan o confirmen la identificación única de dicha persona, como imágenes faciales o datos dactiloscópicos”.

Como indica la definición, los datos biométricos no se consiguen con la simple captación de imágenes de una persona, sino que se precisa que dichas imágenes posteriormente sean tratadas técnicamente para contribuir a la identificación de la persona.³⁷

³⁴ Artículo 13.1 de la LO 7/2021.

³⁵ Véase MARTÍNEZ LÓPEZ-SAEZ, M.: “La ratificación española del Convenio 108+: consideraciones jurídicas básicas del nuevo marco Paneuropeo de protección de datos”, *Revista General de Derecho Europeo*, n. 54, 2021.

³⁶ La necesidad de esa interacción entre los estándares europeos para conjurar el riesgo de disfunciones en el terreno doméstico ha sido destacada por TOMÁS MALLÉN, B.: “Las sinergias entre el Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea y el convenio 108+ del Consejo de Europa”, en GARCÍA MAHAMUT, R. y TOMÁS MALLÉN, B. (Eds.): *El Reglamento General de Protección de Datos un Enfoque Nacional y Comparado. Especial Referencia a la LO 3/2018 De Protección de Datos y Garantía de los Derechos Digitales*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2019, pp. 57-89.

³⁷ Se recoge así en el dictamen del 12/2009 del GT 29, p. 19 https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-12/wp193_es.pdf

Por ello, a priori, las imágenes captadas por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad no desvelarían por sí mismas datos biométricos, pero sí se abre la posibilidad a, mediante el desarrollo y aplicación de programas informáticos, proceder a utilizar el reconocimiento biométrico con la finalidad de identificar unívocamente a una persona.

Ahora bien, para utilizarlos debe darse alguna circunstancia justificativa, que en el ámbito de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad constituye la indicada en el artículo 13 en su apartado 2 de la LO 7/2021, esto es, las autoridades competentes podrán tratar dichos datos biométricos cuando lo crean necesario para sus actividades que persigan fines de prevención, investigación, detección de infracciones penales, incluidas la protección y la prevención frente a las amenazas contra la seguridad pública.

Otro aspecto a tener en cuenta es que la propia Agencia Española de Protección de Datos destaca que los sistemas de identificación/autenticación biométrica, deben ser más seguros para los ciudadanos³⁸ que otros sistemas de tratamiento de datos.

Por el contrario, la LO 7/2021 no parece seguir dicho enfoque, ya que en su contenido no hay una previsión específica que refuerce este tratamiento en el caso de llevarse a cabo.

III. EQUILIBRIO EN EL USO DE LA VIDEOVIGILANCIA: DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS Y DERECHO A LA SEGURIDAD

La Constitución española de 1978 dedica su artículo 18 a la regulación de la intromisión en la esfera de los derechos personalísimos y hace especial referencia al derecho que nos asiste a la protección de datos.

El texto fundamental fue pionero entre los de su entorno al incorporar en el artículo 18.4 que “La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”. Desde esta perspectiva, se ha observado que dicha incorporación al Texto Constitucional apuntaba a hacer frente al enorme desafío de “constitucionalizar nuevos derechos que satisfagan la demanda social de protección frente a riesgos y amenazas [sociodigitales] presentes y futuras”.³⁹

³⁸ Agencia Española de Protección de Datos “14 equívocos con relación a la autenticación e identificación biométrica” <https://www.aepd.es/sites/default/files/2020-06/nota-equivocos-biometria.pdf>

³⁹ RALLO LOMBARTE, A.: “Del Derecho a la Protección de Datos a la Garantía de Nuevos Derechos Digitales” en GARCÍA MAHAMUT, R. y TOMÁS MALLÉN, B. (Eds.): *El Reglamento General de Protección de Datos un Enfoque Nacional y Comparado. Especial Referencia a la LO 3/2018 De Protección de Datos y Garantía de los Derechos Digitales*, op.cit., 2019, p. 137.

Posteriormente, en el año 1982 se aprobó la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

La propia LO 7/2021 en su artículo 15 indica que “La captación, reproducción y tratamiento de datos personales por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en los términos previstos en esta Ley Orgánica, así como las actividades preparatorias, no se considerarán intromisiones ilegítimas en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, a los efectos de lo establecido en el artículo 2.2 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.”

Con estas referencias, para poder restringir tales derechos personalísimos de la esfera privada, en favor de la seguridad ciudadana, se deben cumplir una serie de requisitos. Para ello tomaremos como referencia aquellos que indica Agustín-Jesús Pérez-Cruz Martín⁴⁰ que podemos considerar el estándar mínimo exigible.⁴¹

1. Principio de legalidad de la injerencia

El Convenio Europeo de Derechos Humanos se refiere al principio de la legalidad de la injerencia en estos términos en su artículo 8.2 “No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.”

El propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha establecido que la videovigilancia de lugares públicos entra dentro del alcance del artículo 8

⁴⁰ PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.J.: “Videovigilancia y derecho a la intimidad: ¿un nuevo ejemplo de conflicto entre el derecho a la seguridad pública y el derecho fundamental a la intimidad?” en *Anuario de la Facultad de Derecho*, pp. 401-412 <https://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/1942/AD-1-21.pdf>

⁴¹ FREIXES SAN JUAN, T.: *Las principales construcciones jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El standard mínimo exigible a los derechos internos de derechos en Europa*.

El Tribunal parte del carácter del Convenio Europeo como “standard” mínimo previsto para los estados signatarios, todos ellos en línea de la tradición política propia de los sistemas democráticos.

<https://personal.us.es/juanbonilla/contenido/CM/TRIBUNAL%20EUROPEO%20DE%20DERECHOS%20HUMANOS/JURISPRUDENCIA%20TEDH/PRINCIPALES%20CRITERIOS%20JURISPRUDENCIALES%20DEL%20TEDH.pdf>

cuando los datos visuales se graban, se almacenan y se hacen públicos (Peck c. Reino Unido, §§ 57-63).⁴²

Según Teresa Freixes Sanjuán las condiciones impuestas por el Tribunal Europeo para que las injerencias o límites sean compatibles con el Convenio, pueden reconducirse a tres:⁴³

1. Que los límites estén previstos en la ley.
2. Que los límites sean necesarios en una sociedad democrática para conseguir un interés legítimo.
3. Que los límites sean proporcionales con relación al fin legítimo perseguido.

En relación con los límites previstos en la ley, el artículo 18 de la Constitución española que reconoce los citados derechos de la esfera privada, y en particular su apartado 4, deben ser desarrollados en nuestro ordenamiento jurídico a través de una ley orgánica que en todo caso deberá respetar su contenido esencial. En efecto, esta materia está sometida a reserva de ley orgánica a la luz del artículo 53.1⁴⁴ CE en conjunción con el artículo 81 CE.⁴⁵

El inconveniente viene cuando los frenéticos cambios y mejoras tecnológicas no van acompañadas con los cambios legislativos, surgiendo nuevas formas de garantizar la seguridad pública que intentan encajarse en una legislación desfasada.

En cuanto a sus fines, están dentro de los recogidos en el artículo 104 de la Constitución española “1. Las Fuerzas y Cuerpos de seguridad, bajo la dependencia del Gobierno, tendrán como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana.”

Como es lógico, la acción administrativa de las fuerzas y los cuerpos de seguridad del Estado, a efectos de asegurar ese orden público, no se concreta únicamente en medidas de represión de las posibles perturbaciones de esos

⁴² Análisis contenido en la Guía sobre el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de la Corte Europea de Derechos Humanos https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_8_SPA.pdf

⁴³ FREIXES SAN JUAN, T.: *Las principales construcciones jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El standard mínimo exigible a los derechos internos de derechos en Europa.*

⁴⁴ “Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a).”

⁴⁵ El artículo 81 CE al indicar que “1. Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales...” incluye en ellos al artículo 18 situado en la Sección 1ª del Capítulo Segundo del Título I “De los derechos fundamentales y de las libertades públicas”.

derechos, sino que también incluye medidas de prevención, y dentro de dichas medidas se incluye el uso de los sistemas de videovigilancia.⁴⁶ En otras palabras, es obvio que las eventuales extralimitaciones en el ejercicio de la libertad deben corregirse introduciendo medidas compensatorias del potencial déficit de seguridad.

Nos restaría incidir en el último aspecto, ya mencionado, para asegurar la compatibilidad de la acción policial con el CEDH, que sería su proporcionalidad con el fin perseguido, lo cual será analizado a continuación.

2. Principio de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad está orientado a resolver conflictos entre derechos, intereses o valores en concurrencia, atendido a su grado de injerencia en un ámbito protegido, así como al carácter y alcance del sacrificio que impone sobre los derechos o intereses afectados.⁴⁷

Pero el principio de proporcionalidad, en palabras del Tribunal Constitucional en la Sentencia 55/1996, no es un principio único y aislado, sino que debe ponerse en valor junto con otros principios:

“[e]s, si quiere decirse así, un principio que cabe inferir de determinados preceptos constitucionales ... y, como tal, opera esencialmente como un criterio de interpretación que permite enjuiciar las posibles vulneraciones de concretas normas constitucionales. Dicho con otras palabras, desde la perspectiva del control de constitucionalidad que nos es propio, no puede invocarse de forma autónoma y aislada el principio de proporcionalidad, ni cabe analizar en abstracto si una actuación de un poder público resulta desproporcionada o no. Si se aduce la existencia de desproporción, debe alegarse primero y enjuiciarse después en qué medida ésta afecta al contenido de los preceptos constitucionales invocados: sólo cuando la desproporción suponga vulneración de estos preceptos cabrá declarar la inconstitucionalidad.”

Por tanto, el análisis del principio de proporcionalidad es indispensable para saber si una medida restrictiva de un derecho fundamental “es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad): si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más

⁴⁶ DE LA SERNA BILBAO, M.N. “Seguridad ciudadana y los sistemas de videovigilancia. Límites, garantías y regulación en *Iusta*, 45. 2016, pp. 129-163.

⁴⁷ “XV Conferencia Trilateral 24-27 de octubre 2013: *Los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional española*, Roma, p.2 <https://www.tribunalconstitucional.es/es/trilateral/documentosreuniones/37/ponencia%20espa%C3%91a%202013.pdf>

beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad, en sentido estricto)”⁴⁸

La LO 7/2021 especifica que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad deben seguir el principio de proporcionalidad, en relación con los siguientes criterios para la instalación de sistemas de grabación de imágenes y sonidos:⁴⁹

- a) asegurar la protección de los edificios e instalaciones propias;
- b) asegurar la protección de edificios e instalaciones públicas y de sus accesos que estén bajo custodia;
- c) salvaguardar y proteger las instalaciones útiles para la seguridad nacional y prevenir, detectar o investigar la comisión de infracciones penales y la protección y prevención frente a las amenazas contra la seguridad pública.

Por otra parte, el artículo 16.1 ahonda en la cuestión señalando que “en las vías o lugares públicos donde se instalen videocámaras fijas, el responsable del tratamiento deberá realizar una valoración del citado principio de proporcionalidad en su doble versión de idoneidad e intervención mínima” y así también lo señala el artículo 17.1 “(...) adecuando la utilización de dichos dispositivos a los principios de tratamiento y al de proporcionalidad.”

La norma es consciente del reto que es conciliar las dos esferas- protección de datos y seguridad pública- y, por ello, nos indica que hay que poner en relación el principio de proporcionalidad con el de idoneidad del instrumento utilizado y el principio de intervención mínima.

El Tribunal Constitucional considera idónea la medida cuando es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (STC 207/1996, de 16 de diciembre), considerando la idoneidad como una de las tres exigencias del principio de proporcionalidad: idoneidad de la medida, necesidad de la misma y juicio de proporcionalidad en sentido estricto (SSTC 173/2011, de 7 de noviembre y 115/2013, de 9 de mayo).⁵⁰

En cuanto al principio de intervención mínima, este es más seguido en el ámbito del Derecho Penal, y como indica la STC 26/2018, de 5 de marzo ⁵¹ queda caracterizado de la siguiente manera:

“Debe recordarse también que, según expresó la STC 229/2003, de 18 de diciembre, en materia penal rige el denominado principio de intervención mínima, conforme al cual la intromisión del Derecho Penal debe

⁴⁸ STC 66/1995, de 8 de mayo; 55/1996, de 28 de marzo; 207/1996, de 16 de diciembre.

⁴⁹ Artículo 15.2 de la LO 7/2021.

⁵⁰ Circular 1/2019, de 6 de marzo, sobre disposiciones comunes y medidas de aseguramiento de las diligencias de investigación tecnológicas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

⁵¹ <https://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/25597>

quedar reducida al mínimo indispensable para el control social. De modo tal que la sanción punitiva, como mecanismo de satisfacción o respuesta, se presenta como ultima ratio, reservada para aquellos casos de mayor gravedad y siempre sometida a las exigencias de los principios de legalidad y tipicidad. (...)”

Aplicando este análisis al supuesto que estamos estudiando, la instalación de videocámaras fijas y dispositivos móviles se ceñirán a la afectación mínima indispensable de los derechos de los ciudadanos para proceder a satisfacer los fines indicados en el artículo 1 de la norma.

3. Principio de adecuación

Indica Robert Alexy que “el principio de adecuación excluye el empleo de medios que perjudican la realización de al menos un principio, sin promover al menos un principio o meta a cuya realización sirven”.⁵²

Esta adecuación puede ser *ex ante*, es decir, si la medida legislativa es adecuada para lograr el fin que se propone, considerada en el momento que se ordenó; pero también puede ser *ex post*, que llegue a ser adecuada posteriormente gracias a los cambios científicos, tecnológicos o sociales.⁵³

Desde esta perspectiva varios autores, entre ellos Juan Manuel López⁵⁴ o Samuel Parra⁵⁵, han sostenido que la regulación contenida en la LO 7/2021 constituye una suerte de justicia preventiva, por lo que no se estaría haciendo un tratamiento conveniente de la videovigilancia.

En palabras de Emiliano Borja Jiménez la justicia preventiva penal es un concepto proveniente del Derecho anglosajón utilizado para “designar un conjunto de instituciones del Derecho Penal, del Derecho Procesal, del Derecho sancionador, e incluso del Derecho Civil, que tienen en común su carácter coactivo y restrictivo de bienes y libertades de los sujetos afectados con el fin de perseguir intereses generales de mayor relevancia (justicia, seguridad ciudadana, salud pública y otros similares). Se trata, por tanto, de justicia preventiva porque abarca una serie de medidas legales, de naturaleza coercitiva

⁵² ALEXY, R.: *Derechos Fundamentales, ponderación y racionalidad*, p. 8 <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r25294.pdf>

⁵³ SÁNCHEZ GIL, R.: *Principio de proporcionalidad*, México, 2007, pp. 36-59. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2422/8.pdf>

⁵⁴ ALÍAS, M.: “Polémica por la nueva ley del Gobierno para proteger datos en las causas penales” en *Voz pópuli*, 2021 <https://www.vozpopuli.com/espana/ley-datos-proteccion.html>

⁵⁵ INFANTES, G. “Nos preguntáis si una “nueva ley” permite al Gobierno recabar información sobre sexualidad o ideología: es para proteger datos en investigaciones policiales”, en *Newtral*, 2021, <https://www.newtral.es/gobierno-datos-geneticos-sexualidad-biometricos/20210603/>

con las que cuenta el Estado para evitar en el futuro el menoscabo de intereses colectivos o ataques a bienes jurídicos de la comunidad.”⁵⁶

Por tanto, este sistema iría orientado, en un primer momento, preventivo, a la evitación del delito y, posteriormente, represivo, a la posible identificación de los culpables a través de las imágenes captadas por las videocámaras fijas o los dispositivos móviles.⁵⁷

Centrándonos en la disuasión delictiva, José Luis Díez Ripollés y Ana Isabel Cerezo Domínguez realizaron un trabajo en el que sintetizan los primeros resultados de un estudio empírico pionero en España⁵⁸, desarrollado en la ciudad de Málaga y mediante el que se ha pretendido verificar la eficacia de la instalación de videocámaras en lugares públicos en la prevención de la delincuencia y en la creación de sentimientos de seguridad en los ciudadanos.

En sus conclusiones alcanzadas indican lo siguiente: “Los resultados provisionales acabados de recoger avalan en gran medida la primera hipótesis de nuestro trabajo. En efecto, la instalación de videocámaras ha reducido el crecimiento de la tasa de delitos en la zona en la que están operativas, en comparación con la zona de control. En términos de representatividad sobre el conjunto de delitos producidos, la mayoría de los delitos patrimoniales han reducido su porcentaje en la zona de tratamiento, en sentido contrario a lo que ha sucedido en la zona de control.”

En cuanto a la posibilidad de identificación del delito mediante el uso de estos instrumentos, debemos plantearnos cómo se tratan los datos resultantes de la videovigilancia por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, en especial cuando las imágenes y/o los sonidos contienen hechos presuntamente delictivos.

La LO 7/2021 responde a esta cuestión en su artículo 18: “las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad pondrán la cinta o soporte original de las imágenes y sonidos en su integridad, a disposición judicial a la mayor brevedad posible y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas desde su grabación (...). En el caso de que las cámaras no hubiesen captada nada de esto, la eliminación de las imágenes y/o sonidos será realizada a los tres meses.”⁵⁹

⁵⁶ BORJA JIMÉNEZ, E.: “Justicia penal preventiva y Derecho penal de la globalización: proyecciones en el ámbito del terrorismo”, *Estudios jurídico penales y criminológicos*, Vol. 1, 2018, págs. 803-837

⁵⁷ LECHNER, M.: *Tecnologías aplicadas a la seguridad ciudadana: desafíos para la justicia transicional ante nuevos mecanismos de control social* <http://ridaa.unq.edu.ar/handle/20.500.11807/264>

⁵⁸ Díez Ripollés, J.L y Cerezo Domínguez, A.I.: *La prevención de la delincuencia callejera mediante videocámaras. Regulación jurídica y eficacia* https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S0718-33992009000100006&script=sci_arttext

⁵⁹ 1. Realizada la filmación de acuerdo con los requisitos establecidos en esta Ley Orgánica, si la grabación captara la comisión de hechos que pudieran ser constitutivos de

Pongámonos en el supuesto de que se han captado hechos antijurídicos, ¿qué valor procesal le otorgaríamos a ese material?

La LO 7/2021 no se pronuncia acerca de este valor procesal.⁶⁰

Para la incorporación en el proceso penal de estas grabaciones obtenidas de modo extrajudicial se debe cumplir una serie de requisitos señalados por la jurisprudencia que, dado el vacío legal al respecto (al efecto la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2ª, Sección 1ª) nº 1517/2006 (recurso nº 1577/2004) de 17 de marzo de 2006 y la STS (Sala 2ª, Sección 1ª) nº 4822/1998 (recurso nº 4018/1998) de 17 de julio de 1998), se basan en el control, a posteriori, de la autoridad judicial.⁶¹

En primer lugar, es importante que las grabaciones hayan sido obtenidas de manera legítima, teniendo en cuenta que, si la intromisión es ilegítima a la hora de obtener la prueba, vulnera el principio de presunción de inocencia recogido por el art. 24 CE, y si así se declarase en sede judicial, la consecuencia será el dictado de una sentencia absolutoria (siempre y cuando no existan otras pruebas de cargo de entidad suficiente).⁶²

La STS (Sala 2ª, Sección 1ª) nº 503/1999 (recurso nº 3185/1997) de 30 de enero de 1999, la STS (Sala 2ª, Sección 1ª) nº 558/2014 (recurso nº 10645/2013) de 28 de enero de 2014 y la STS (Sala 2ª, Sección 1ª) nº 80/2017 (recurso nº 643/2016) de 12 de enero de 2017 declaran que “la eficacia probatoria de la filmación videográfica está subordinada a su visualización en el acto del juicio oral, para que tengan realidad los principios procesales de contradicción e igualdad inmediación y publicidad. Así la doctrina jurisprudencial, sentencias citadas anteriormente, exigen que el material videográfico haya sido visionado en juicio oral con plenas garantías de contradicción y publicidad.”

De hecho, a esta vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia también se refiere la LO 7/2021 cuando indica en su artículo 9 que el hecho de que se establezcan diferentes categorías de interesados “no debe

infracciones penales, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad pondrán la cinta o soporte original de las imágenes y sonidos en su integridad, a disposición judicial a la mayor brevedad posible y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas desde su grabación. De no poder redactarse el atestado en tal plazo, se relatarán verbalmente los hechos a la autoridad judicial, o al Ministerio Fiscal, junto con la entrega de la grabación.

⁶⁰ PAJARES MONTOLIO, E.: “Videovigilancia y Constitución” en *Cuadernos de Derecho Público*, n. 26, 2006, pp. 173-216.

⁶¹ SUÁREZ-QUINONES y FERNÁNDEZ, J.C.: *Las video-grabaciones como prueba en el proceso penal* file:///C:/Users/selen/Downloads/Dialnet-LasVideograbacionesComoPruebaEnElProcesoPenal-2149959.pdf

⁶² DURÁN ALONSO, S., y ARANDA SERNA, F. J.: “Videovigilancia en lugares públicos: su utilización como prueba en el proceso penal español”, *Estudios en Seguridad y Defensa*, n. 16 (31), pp. 115-135. <https://doi.org/10.25062/1900-8325.298>

impedir la aplicación del derecho a la presunción de inocencia tal como lo garantiza el artículo 24 de la Constitución.”⁶³

En segundo lugar, para que estas grabaciones sean tenidas en cuenta sería necesario la realización de un control de integridad de la video-grabación mediante una cadena de custodia, que trataremos en el punto siguiente.

En tercer lugar, debería atenderse al control de autenticación de la filmación, de lo que ya es consciente la propia LO 7/2021 cuando indica que [las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad] pondrán la cinta o soporte original de las imágenes y sonidos en su integridad, a disposición judicial a la mayor brevedad posible.

En cuarto lugar, se deberían respetar los principios procesales de contradicción, igualdad e inmediación, por ello será necesario volver a visionar las imágenes obtenidas una vez concluya la fase de instrucción; concretamente, en el momento de practicar la prueba en el acto del juicio oral.⁶⁴

4. Principio de necesidad

La jurisprudencia se ha pronunciado en el sentido de que “el subprincipio de necesidad, requiere que la medida dictada por la Autoridad Judicial sea necesaria en el sentido de que no exista la posibilidad de adoptar otra medida más moderada para la consecución del tal propósito con igual eficacia” (STC 207/1996 F.J. 4).

Por tanto, se debe acreditar que la instalación de videocámaras fijas y el uso de dispositivos móviles es indispensable para el objetivo perseguido y que no hay otro mecanismo alternativo menos gravoso o intromisivo contra los derechos fundamentales a la intimidad y a la protección de datos.

⁶³ Artículo 9 de la LO 7/2021. Distinción entre categorías de interesados.

El responsable del tratamiento, en la medida de lo posible, establecerá entre los datos personales de las distintas categorías de interesados, distinciones tales como:

- a) Personas respecto de las cuales existan motivos fundados para presumir que hayan cometido, puedan cometer o colaborar en la comisión de una infracción penal.
- b) Personas condenadas o sancionadas por una infracción penal.
- c) Víctimas o afectados por una infracción penal o que puedan serlo.
- d) Terceros involucrados en una infracción penal como son: personas que puedan ser citadas a testificar en investigaciones relacionadas con infracciones o procesos penales ulteriores, personas que puedan facilitar información sobre dichas infracciones, o personas de contacto o asociados de una de las personas mencionadas en las letras a) y b).

Lo anterior no debe impedir la aplicación del derecho a la presunción de inocencia tal como lo garantiza el artículo 24 de la Constitución.

⁶⁴ SUÁREZ QUIÑONES y FERNÁNDEZ, J.C.: “Las video-grabaciones como prueba en el proceso penal” en *Boletín del Ministerio de Justicia*, n- 60, 2006, pp. 4515-4543.

IV. LÍMITES AL USO DE LOS SISTEMAS DE VIDEOVIGILANCIA POR PARTE DE LAS FUERZAS Y CUERPOS DE SEGURIDAD: PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

La LO 7/2021 es sabedora de que, aunque su objeto sea la prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, incluidas la protección y prevención frente a las amenazas contra la seguridad pública, deben existir límites a la transgresión de la intimidad y a los datos personales objeto de tratamiento.

1. *Aspecto subjetivo*

El primer límite impuesto es que la instalación y utilización de estos sistemas de videovigilancia solo puede realizarse por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

No se permite su uso o instalación por particulares o por otro tipo de funcionarios públicos.

Esto viene referido a que la finalidad de proteger la seguridad ciudadana se le otorga en exclusiva por la Constitución española en el artículo 104 a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

2. *Periodo de conservación de las imágenes*

El segundo límite tiene que ver con el periodo de conservación de las imágenes, distinguiendo si contienen la comisión de hechos que pudiesen ser constitutivos de infracciones penales o no.

En referencia a las videocámaras fijas, no hay ninguna previsión al respecto.

En cuanto a los dispositivos móviles, si las imágenes y/o sonidos captados pudieran constituir una infracción penal las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad deberán ponerlos a disposición judicial a la mayor brevedad posible y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas desde su grabación. De no poder redactarse el atestado en tal plazo, se relatarán verbalmente los hechos a la autoridad judicial, o al Ministerio Fiscal, junto con la entrega de la grabación.⁶⁵

En caso contrario, las imágenes deberán ser destruidas en un plazo máximo de tres meses.⁶⁶

⁶⁵ Artículo 18.1. de la LO 7/2021.

⁶⁶ Artículo 18.3 de la LO 7/2021.

3. *Conservación de la integridad y autenticidad de las grabaciones.* *Cadena de custodia*

Si bien la LO 7/2021 ordena que las imágenes sean trasladadas a sede judicial, no se hace ninguna previsión acerca de su cadena de custodia, que podría plantear problemas en un futuro.

Este punto es necesario para salvaguardar la integridad y la autenticidad de las imágenes captadas y, además, que puedan ser usadas en un posible procedimiento judicial y que puedan ser consideradas como una prueba válida.

El Tribunal Supremo se ha pronunciado al respecto en la sentencia (Sala 2º) nº 299/2006, de 17 de marzo (nº recurso 1577/2004), indicando que para considerar el videograma como prueba de cargo se requieren las siguientes exigencias:

- a) el primer condicionamiento está integrado por la supervisión judicial de las condiciones de la captación de imágenes, que en todo caso han de ser respetuosas con el derecho a la intimidad personal y a la inviolabilidad domiciliaria;
- b) comunicación o puesta a disposición judicial del material videográfico grabado en evitación de manipulaciones;
- c) aportación de los soportes originales en los que se incorporan las imágenes captadas;
- d) aportación íntegra de lo filmado (lógicamente que tenga relación con la investigación del delito), a fin de posibilitar la selección judicial de las imágenes relevantes para la causa.

El procedimiento de recogida, traslado y custodia de las evidencias adquiere un especial relieve en tanto que se debe garantizar la autenticidad, inalterabilidad e indemnidad de la prueba pericial que se realice sobre las muestras e indicios obtenidos en la investigación criminal. La cadena de custodia es el nombre que recibe ese conjunto de actos que, en definitiva, garantizan la verosimilitud de la prueba.⁶⁷

La transgresión de la cadena de custodia afectaría a varios de los principios constitucionalmente previstos en el artículo 24, como es el derecho a un juicio justo y con todas las garantías, así como podría significar una afectación indebida al principio de presunción de inocencia.

En este mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo en sentencias como la STS (Sala 2ª, Sección 1ª) nº 2250/2013 (recurso nº 1179/2012)

⁶⁷ RICHARD GONZÁLEZ, M.; "La cadena de custodia en el proceso penal español" en *La Ley*, nº 8187, 2013, <http://www.gabineteorellana.com/articulos/LA%20LEY%20Especial%20probatica%2012.pdf>

de 26 de marzo de 2013 o el Tribunal Constitucional en sentencias como la STC 199/2013, de 5 de diciembre, la STC 43/2014, de 27 de marzo o la STC 189/2016, de 14 de noviembre. Y, por supuesto, debe tenerse en cuenta la interpretación (por mandato del artículo 10.2 de la Constitución) o el control subsidiario operado eventualmente por el TEDH (tras el agotamiento de los recursos judiciales internos) sobre la base del derecho a un proceso equitativo del artículo 6 CEDH.

Por tanto, será indispensable para la celebración de un procedimiento judicial sin mácula que el material captado a través de las videocámaras fijas y otros dispositivos guarde una adecuada cadena de custodia y que misma sea desarrollada por legislación ad hoc aplicable a la materia.

4. *Responsabilidad de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado*

Por otra parte, si los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad no guardan la diligencia debida en el ejercicio de las funciones que tienen asignadas respecto de los sistemas de videovigilancia estarán sujetos a responsabilidad disciplinaria de carácter administrativo y, en su caso, a la penal.

El artículo 19 de la LO 7/2021, señala que, “sin perjuicio de las responsabilidades penales en las que pudieran incurrir, las infracciones a lo dispuesto en esta Ley Orgánica por los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, serán sancionadas con arreglo al régimen disciplinario correspondiente a los infractores y, en su defecto, con sujeción al régimen general de sanciones en materia de protección de datos de carácter personal establecido en esta Ley Orgánica”.⁶⁸

Por otra parte, el mismo artículo regula los supuestos en los que los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad habrán cometido una infracción administrativa. Se debe destacar que la consideración que se les da a las faltas en el ámbito de la videovigilancia es de muy graves, y son las siguientes:

- a) Alterar o manipular los registros de imágenes y sonidos, siempre que no constituya delito.
- b) Permitir el acceso de personas no autorizadas a las imágenes y sonidos grabados o utilizar estos para fines distintos de los previstos legalmente.
- c) Reproducir las imágenes y sonidos para fines distintos de los previstos en esta Ley Orgánica.
- d) Utilizar los medios técnicos regulados en esta Ley Orgánica para fines distintos de los previstos en la misma.

⁶⁸ Artículo 19.1 de la LO 7/2021.

5. Ejercicio de los derechos por parte de los interesados

La norma hace referencia a la posibilidad de que los interesados ejerciten los derechos de acceso (art. 22), rectificación, supresión y limitación de su tratamiento (at. 23) – obsérvese que esta norma no contempla la portabilidad de los datos como sí hace la LO 3/2018-.

Para poder desgranar este límite debemos abordar quién será interesado a efectos de esta norma.

El artículo 9 nos indica que las categorías de interesados son:

- a) Personas respecto de las cuales existan motivos fundados para presumir que hayan cometido, puedan cometer o colaborar en la comisión de una infracción penal.
- b) Personas condenadas o sancionadas por una infracción penal.
- c) Víctimas o afectados por una infracción penal o que puedan serlo.
- d) Terceros involucrados en una infracción penal como son: personas que puedan ser citadas a testificar en investigaciones relacionadas con infracciones o procesos penales ulteriores, personas que puedan facilitar información sobre dichas infracciones, o personas de contacto o asociados de una de las personas mencionadas en las letras a) y b).

Lo anterior no debe impedir la aplicación del derecho a la presunción de inocencia tal como lo garantiza el artículo 24 de la Constitución.

6. El derecho fundamental a la presunción de inocencia.

El hecho de ser interesado de las cuestiones que regula la norma no elimina el derecho a la presunción de inocencia.

Esta previsión va orientada a que, por ejemplo, el hecho de que una cámara fija instalada por la Policía Nacional captase a una persona que presuntamente ha cometido un hecho delictivo, no es suficiente para considerarlo culpable ni mucho menos porque siempre debemos de recurrir al principio de presunción de inocencia.

Al interpretar este artículo junto con la regulación del tratamiento de datos personales en el ámbito de la videovigilancia por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, adquiere más importancia todavía el alcance restrictivo de esa potencial limitación de los derechos fundamentales. Ese es el sentido, por ejemplo, del artículo 18 CEDH (limitación de la aplicación de las restricciones de derechos) cuando dispone que “las restricciones que, en los términos del presente Convenio, se impongan a los citados derechos y libertades no podrán ser aplicadas más que con la finalidad para la cual hayan sido previstas”. En otros términos, como es sabido, las restricciones a los derechos y libertades deben ser objeto de interpretación restrictiva.

De ahí que si se captase alguna imagen de un acto presuntamente delictivo no son las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad las que tendrían un papel clave, sino que las imágenes deberán ser puestas a disposición judicial y de no poder ser así, se relatarán verbalmente los hechos a la autoridad judicial, o al Ministerio Fiscal, junto con la entrega de la grabación.

V. CONSIDERACIONES FINALES Y PERSPECTIVAS FUTURAS

La tecnología se desarrolla a un ritmo superior al que se elabora y se actualiza la legislación nacional e internacional. Piénsese que son miles de compañías especializadas las que trabajan para hallar el mejor instrumento posible pero que en las institucionales internacionales o en España solo tenemos un respectivo foco de producción normativa con proyección más general, que consiguientemente debe lidiar con una multitud de asuntos.

A ello debe sumarse que estos nuevos cambios han provocado que haya que perfeccionar los límites que deben establecerse para proteger a los derechos fundamentales de las nuevas injerencias.

El tratamiento de datos mediante el uso de videocámaras contiene implicaciones para la intimidad y para la protección de datos personales, por lo que hay que equilibrar la difusa barrera entre sentirse protegido y sentirse observado y esto es lo que ha constituido el objetivo de la Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo, de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales.

Esta norma ha detallado las condiciones de instalación y uso de la videovigilancia y ha determinado las salvaguardias indispensables que se deben asignar a los mismos para limitar sus efectos. También ha puesto especial énfasis al uso del principio de proporcionalidad y otros principios subsidiarios con relación a los utilizados para consolidar las cautelas necesarias cuando los derechos fundamentales se pueden ver limitados o transgredidos.

Aun así, y dada la variedad de técnicas que tenemos al alcance actualmente, quedan elementos por configurar con un impacto directo en cuestiones fundamentales.

Una de esas cuestiones es la diversidad de datos que pueden ser captados a través de esos instrumentos y la ausencia de protecciones específicas para las categorías consideradas especiales.

Otro aspecto merecedor de una mejor disciplina sería contemplar cómo proteger de manera más férrea las imágenes captadas de menores o personas discapacitadas necesitadas de especial protección.

Por otro lado, se debería tratar la posible colisión con otros derechos fundamentales como es el de inviolabilidad domiciliaria durante el uso

específico de dispositivos móviles o las posibles consecuencias en relación al principio de presunción de inocencia.

Por añadidura, se deberían constreñir los límites que impone la Ley Orgánica, a fin de concretarlos más y de evitar recovecos que pudieran plantear problemas de difícil resolución. Y dentro de esto, con carácter más específico, ser más exhaustivos acerca de cómo realizar una cadena de custodia que permita la conservación de las imágenes íntegras y sin atisbo de duda acerca de su autenticidad.

Por ello, también debería hacerse especial hincapié en la necesidad de aplicar un sistema de seguridad que protegiera el almacenamiento de las imágenes y/o sonidos y que asegurara su completo borrado una vez pasado el tiempo legislativamente indicado, o una vez hayan quedado desvinculadas de los procedimientos en los que hayan formado parte.

Sin duda, todo lo anterior persigue el objetivo que indica la norma específica que nos ocupa en relación con la prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, incluidas la protección y prevención frente a las amenazas contra la seguridad pública.

Pero ello abre el debate acerca de si la seguridad pública es suficiente para la limitación de determinados derechos fundamentales, como los que nos ocupan en este análisis. En otras palabras, el inseparable binomio libertad-seguridad adquiere una nueva dimensión con la nueva normativa adoptada en España.

La seguridad pública, como competencia exclusiva del Estado (art. 149.1. 29ª CE), es uno de los elementos indispensables de toda nación, tanto en el ámbito internacional como en el ámbito nacional. Y es objetivo de todo poder público tener un ambiente seguro, lo que genera sentimientos positivos a la ciudadanía y lo que tiene un impacto directo en la política, la economía o, incluso, el turismo.

Por ello, ser considerado un país, un territorio o una zona como espacios seguros adquiere tanta importancia que es necesario utilizar todos los recursos disponibles. O sea, garantizar los dictados de la seguridad conciliándolos con los imperativos de la libertad constituye un enfoque de orden público no restrictivo, sino orientado a la defensa de los derechos fundamentales y las libertades públicas.

La instalación de videocámaras fijas y el uso de dispositivos móviles corresponde a la puesta al servicio del Estado de medios técnicos para conseguir este objetivo de seguridad pública. Y, consecuentemente, proteger a toda la ciudadanía mediante este sistema preventivo.

Ahora bien, como se ha comentado, estas videocámaras tienen efectos directos sobre la intimidad de las personas (art. 18.1) y sobre su protección de datos personales (art. 18.4) o, incluso podrían llegar a afectar a su

inviolabilidad domiciliar (art. 18.2). Esto implica que su utilización deba estar sobradamente justificada y que se haga de la forma menos invasiva posible a los derechos anteriormente mencionados.

Pero también implica la puesta a disposición del ciudadano de mecanismos de limitación y restauración de los derechos, como es un tiempo máximo de conservación de las imágenes, o igualmente los derechos de acceso, rectificación, oposición o limitación de los datos, sin olvidar el debido respeto y consideración al principio de presunción de inocencia (art. 24 CE).

La compaginación de seguridad pública e intimidación y protección de datos constituye una tarea harto complicada que solo puede resultar efectiva mediante un escrupuloso desarrollo normativo, que deberá ser interpretado y resuelto en última instancia a través de la labor desempeñada por los órganos jurisdiccionales.

Expresado lo cual no debemos ser pesimistas en exceso, en la medida en que de unas décadas a esta parte hemos conseguido poner en la agenda de todas las organizaciones internacionales y nacionales el asunto de la protección de datos y se ha recorrido un exitoso camino para su delimitación y protección.

En los próximos años asistiremos a un desarrollo similar en materia del tratamiento que de estos datos realicen las autoridades policiales y a través de ello conseguiremos una sociedad con mayores cotas de seguridad y libertad en todos los aspectos.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ABA CATOIRA, A.: “La videovigilancia y la garantía de los derechos individuales: su marco jurídico”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n. 7, 2003, pp. 13-36.
- AJARES MONTOLIO, E.: “Videovigilancia y Constitución”, *Cuadernos de Derecho Público*, n. 26, 2006, pp. 173-216.
- ALEGRÍA, H.: “Globalización y Derecho”.
- ALEXY, R.: *Derechos Fundamentales, ponderación y racionalidad*.
- DE LA SERNA BILBAO, M.N. “Seguridad ciudadana y los sistemas de videovigilancia. Límites, garantías y regulación”, *Iusta*, 45, 2016, pp. 129-163.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J.L y CEREZO DOMÍNGUEZ, A.I.: *La prevención de la delincuencia callejera mediante videocámaras. Regulación jurídica y eficacia*.
- DURÁN ALONSO, S., y ARANDA SERNA, F. J.: “Videovigilancia en lugares públicos: su utilización como prueba en el proceso penal español”, *Estudios en Seguridad y Defensa*, n. 16 (31), pp. 115-135.
- FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, R.: *El uso policial de la bodycam y sus propuestas de mejora*, Madrid, Ed. Reus, 2019.
- FREIXES SAN JUAN, T.: *Las principales construcciones jurisprudenciales del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El standard mínimo exigible a los derechos internos de derechos en Europa*.

- GARCÍA MAHAMUT, R. y TOMÁS MALLÉN, B. (Eds.): *El Reglamento General de Protección de Datos un Enfoque Nacional y Comparado. Especial Referencia a la LO 3/2018 De Protección de Datos y Garantía de los Derechos Digitales*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2019, pp. 57-89.
- GENDLER, M.A.: “Globalización y tecnología digitales: Un estado de situación”, *Unidad Sociológica I* Número 6 Año 2, Buenos Aires, 2016.
- LECHNER, M.: *Tecnologías aplicadas a la seguridad ciudadana: desafíos para la justicia transicional ante nuevos mecanismos de control social*.
- MARTÍNEZ LÓPEZ-SÁEZ, M.: “La ratificación española del Convenio 108+: consideraciones jurídicas básicas del nuevo marco Paneuropeo de protección de datos”, *Revista General de Derecho Europeo*, n. 54, 2021.
- PÉREZ ESTRADA, M.J.: “La protección de los datos personales en el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información”, *Rev. Bras. de Direito Processual Penal*, vol. 5, n. 3, 2019, pp. 1297-1330.
- PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.J.: “Videovigilancia y derecho a la intimidad: ¿un nuevo ejemplo de conflicto entre el derecho a la seguridad pública y el derecho fundamental a la intimidad?”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, pp. 401-412.
- RALLO LOMBARTE, A.: “Del Derecho a la Protección de Datos a la Garantía de Nuevos Derechos Digitales” en GARCÍA MAHAMUT, R. y TOMÁS MALLÉN, B. (Eds.): *El Reglamento General de Protección de Datos un Enfoque Nacional y Comparado. Especial Referencia a la LO 3/2018 De Protección de Datos y Garantía de los Derechos Digitales*, 2019, pp. 137 y ss.
- RICHARD GONZÁLEZ, M.: “La cadena de custodia en el proceso penal español” en *La Ley*, nº 8187, 2013,
- RIDAURA MARTÍNEZ, M.J.: *Seguridad privada y derechos fundamentales: la nueva Ley 5/2014, de Seguridad Privada*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.
- SÁNCHEZ GIL, R.: *Principio de proporcionalidad*, México, 2007, pp. 36-59.
- SUÁREZ-QUIÑONES y FERNÁNDEZ, J.C.: *Las video-grabaciones como prueba en el proceso penal*, n- 60, 2006, pp. 4515-4543.
- TOMÁS MALLÉN, B., GARCÍA MAHAMUT, R., y PAUNER CHULVI, C. (Eds.): *Las cláusulas específicas del Reglamento General de Protección de Datos en el ordenamiento jurídico español. Cuestiones clave de orden nacional y europeo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.

LA EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS DEL TEDH Y EL ACTUAL RECURSO DE REVISIÓN PENAL: CINCO AÑOS DE VIGENCIA

The execution of ECHR Judgments and the actually Criminal Judicial Review: five years in force

Luis Juan Delgado Muñoz¹

Investigador en formación. Escuela internacional de Doctorado de la UNED.
Programa de Doctorado en Derecho y Ciencias Sociales
Profesor Tutor Derecho Procesal UNED
Magistrado

<https://doi.org/10.18543/ed.2502>

Recibido: 17.01.2022

Aceptado: 14.06.2022

Publicado en línea: junio 2022

Resumen

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos es la instancia internacional más relevante en el ámbito regional europeo en materia de protección de los derechos humanos. Sus sentencias, aunque declarativas, son vinculantes. En España se instauró un nuevo motivo del recurso de revisión con la reforma operada por la Ley 41/2015 de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal a fin de establecer un medio para la ejecución de las sentencias del Tribunal de Estrasburgo. Tras cinco años de vigencia esta vía parece consolidarse a la luz del reciente Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal. El objetivo de este trabajo es ofrecer una mirada a

¹ El autor quiere dedicar el presente trabajo a la memoria de Vicente Gimeno Sendra, en la deuda contraída por todos los juristas con quién, a través de su función docente, su cátedra en la UNED, su prolífica obra, sus reconocidos manuales, y su legado como Magistrado del Tribunal Constitucional, contribuyó de forma esencial a que imperasen las garantías procesales y constitucionales en su aspiración por un proceso penal moderno.

la eficacia de las sentencias del Tribunal Europeo en el proceso penal español y al margen del Tribunal Supremo para determinar su alcance.

Palabras clave

ejecución de las sentencias del TEDH, recurso de revisión penal, Tribunal Supremo, nulidad.

Abstract

The European Court of Human Rights is the most important international body in the European region for the protection of human rights. Its judgments, although declaratory, are binding. In Spain, a new ground for review was established with the reform operated by Law 41/2015 amending the Criminal Procedure Act in order to establish a means for the enforcement of the judgments of the Strasbourg Court. After five years in force this avenue seems to be consolidated in light of the recent preliminary draft law on criminal prosecution. The aim of this paper is to take a look at the effectiveness of the European Court's judgments in spanish criminal proceedings and outside the Supreme Court in order to determine their scope.

Keywords

execution of ECHR judgments, criminal judicial review, Supreme Court, nullity.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. ANTECEDENTES PREVIOS: LA AUSENCIA DE PREVISIÓN LEGAL Y EL PAPEL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ANTE LAS PRIMERAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. III. EL CASO DEL RÍO PRADA C. ESPAÑA: LA NECESIDAD DE INSTAURAR UN CAUCE PROCESAL PARA LA EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS DEL TEDH. IV. EL TIEMPO DEL LEGISLADOR: LEY ORGÁNICA 7/2015 (DE 21 DE JULIO, DE MODIFICACIÓN DE LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL) Y LEY 41/2015 (DE 5 DE OCTUBRE, DE MODIFICACIÓN DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL). V. CINCO AÑOS DE VIGENCIA. VI. EL JUICIO DE REVISIÓN EN EL ANTEPROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL DE 2020. VII. CONCLUSIONES. VIII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La instauración de un proceso penal en el que se salvaguarden los derechos fundamentales y que se desarrolle con plenitud de garantías constitucionales, así como el establecimiento de mecanismos procesales ante sus posibles vulneraciones, es una de las piezas fundamentales de un Estado de Derecho. La Constitución Española de 1978 reconoce en los arts. 24 y 25 como derechos fundamentales el acceso a la justicia y las garantías que han de regir el proceso penal, a los que les confiere el mayor grado de protección a través del recurso de amparo, de conformidad con su art. 53.2.

La Constitución de 1978 creó el Tribunal Constitucional como intérprete supremo de la Constitución, independiente de los demás órganos constitucionales y sometido sólo a la Constitución y a la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre que lo configura. Entre sus competencias se encuentra conocer del recurso de amparo promovido por violación de los derechos y libertades públicas.

La ingente jurisprudencia emanada del Tribunal ha dado lugar a una doctrina constitucional que dota de contenido, desarrollo, promoción y protección a los derechos y garantías constitucionales. Sus decisiones han inspirado reformas legislativas y siguen contribuyendo en la consecución de un proceso con plena efectividad de derechos y garantías.

Sin embargo, pronto la arquitectura constitucional nacional tuvo que compartir su espacio con ordenamientos e instancias supranacionales. No podemos desconocer, ni dejar de afrontar, que la Constitución ha sufrido una profundísima transformación en el alcance de los derechos y libertades en ella reconocidos como consecuencia de los procesos de integración supranacional de ámbito europeo. Un gran grupo, cuantitativa y cualitativamente, de las normas constitucionales no pueden entenderse si

no es con referencia a ordenamientos situados extramuros de la propia constitución².

En el ámbito regional europeo, el sistema de protección de los derechos humanos surgió con el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, que fue ratificado por España el 24 de noviembre de 1977. Del CEDH emergió el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y le otorgó la competencia para conocer de los asuntos relativos a la interpretación y aplicación del Convenio y de sus Protocolos. El CEDH, en su artículo 6, reconoció a su vez el derecho a un proceso equitativo, público y con garantías. Este precepto ha sido la piedra angular del sistema europeo de protección de los derechos humanos en el marco del proceso y sobre él gravitan las más relevantes sentencias dictadas hasta el momento por el TEDH.

El Tribunal de Estrasburgo ha contribuido decisivamente en los Estados parte tanto en el reconocimiento, extensión y eficacia de los derechos y garantías como en su implementación en el ordenamiento jurídico interno, no sólo con medidas concretas adoptadas en la ejecución del pronunciamiento del Tribunal sino mediante el fomento de nuevas reformas legislativas en los respectivos ordenamientos jurídicos nacionales.

Esta influencia es notoria en España. El ordenamiento jurídico interno se ha ido acomodando paulatinamente a la jurisprudencia emanada del TEDH, que ha contribuido a la consolidación de que el proceso penal español esté considerado hoy uno de los más garantistas en el ámbito internacional. Muestra de su impronta, en lo que concierne a las garantías del proceso, fue la implementación, en virtud de la Ley 41/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de la segunda instancia penal con la previsión del recurso de apelación contra las sentencias dictadas en primera instancia por las Audiencias Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, puesto que hasta dicho momento contra las mismas no cabía ningún recurso a excepción del recurso extraordinario de casación ante el Tribunal Supremo.

² BUSTOS GISBERT, R. *La constitución en red: un estudio sobre la supraestatalidad y constitución*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 2005, p.160. Acerca de la influencia de las sentencias TEDH en los ordenamientos jurídicos internos y la relación de éste con los tribunales nacionales que velan por la salvaguarda de los derechos fundamentales, entre otros, véase: GARCÍA ROCA, F.J., FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A., *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Centro de Estudios Políticos y constitucionales, Madrid, 2009; RIPOL CARULLA, S. «Un nuevo marco de relación entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista Española de Derecho Internacional*, Madrid, enero-junio, 2014, pp. 11-53; ROMBOLI, R. «La influencia del CEDH y de la jurisprudencia del TEDH en el ordenamiento constitucional italiano» *Teoría y Realidad Constitucional*, UNED, Madrid, núm.48, 2018, pp. 187-220.

La influencia ejercida por el TEDH trasciende el ámbito nacional hasta alcanzar al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que tiene como referente el Convenio en la salvaguarda de los derechos fundamentales y libertades públicas. El diálogo judicial entre ambas instancias permite establecer el camino hacia la plena integración europea en la protección de los derechos humanos mientras la ratificación del CEDH por parte de la Unión Europea no se produzca. Con dicha ratificación la UE se situará dentro de la jurisdicción del TEDH y ampliará, en consecuencia, la protección de los derechos y garantías de los ciudadanos europeos.

La doctrina de los derechos humanos hecha con paciencia en Estrasburgo es ya un sólido basamento, sobre todo, para un diálogo entre los dos Tribunales europeos supranacionales y los altos tribunales nacionales. Igualmente, para un diálogo con otras Altas Cortes internacionales en un trabajo en red y global sobre la interpretación de los derechos, singularmente con la Corte Interamericana de Derechos Humanos³.

Así, la influencia del TEDH ha superado incluso el ámbito regional europeo pues, a través del dialogo judicial, ha situado a la doctrina de este tribunal como una referencia en el ámbito internacional. La Corte Interamericana de Derechos Humanos y a la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos y el TEDH son los tres tribunales regionales de protección de los derechos humanos. Fruto de su interrelación es la Declaración de Kampala, de 29 de octubre de 2019, suscrita en Uganda, por la cual se comprometieron las tres grandes Cortes Internacionales al diálogo institucional y jurisprudencial en el Primer Foro Internacional de Derechos Humanos entre los tres tribunales, cuya estabilidad se ha concretado con la celebración el pasado mes de marzo de 2021 del Segundo Foro Internacional.

La relevancia adquirida por el TEDH en el último tercio del s. XX y a lo largo del presente ha sido exponencial. En un primer momento, la labor del Tribunal fue muy contenida. Posteriormente, se abrió una segunda fase con un incremento de su actividad debido en gran medida a la instauración del acceso directo e individual del ciudadano. En la última etapa, al elevado volumen de demandas presentadas se une la determinación del Tribunal en sus pronunciamientos y la eficacia de sus sentencias en el ámbito interno, lo que ha llevado a plantearse cuál es el verdadero alcance de la fuerza obligatoria de sus pronunciamientos en los respectivos ordenamientos jurídicos de los Estados parte.

Como se sabe, las sentencias del Tribunal Europeo son declarativas, obligatorias y vinculantes. Sin embargo, su eficacia depende del reconocimiento e implementación por parte de los Estados de las decisiones adoptadas por la Corte, bajo la supervisión del Comité de Ministros del Consejo de Europa.

³ GARCÍA ROCA, J. *La transformación constitucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2019, p.140.

En este sentido, no debe entenderse el TEDH como un tribunal de casación o de revisión de las sentencias dictadas por los órganos judiciales nacionales, y por ello, la naturaleza de las sentencias del TEDH es y debe ser “esencialmente declarativa”. Su función es la de exponer la existencia de una violación de derechos convencional, y no la anulación de los actos nacionales declarados lesivos de derechos y tampoco la consecuente retroacción de la actuación jurídica estatal al momento anterior a la violación del derecho. El TEDH declara si ha habido o no violación del CEDH, pero corresponde a los Estados parte trasladar a sus ordenamientos jurídicos esa decisión, adoptando las medidas que sean necesarias para remediar la lesión causada⁴.

Sin embargo, España carecía de un mecanismo para la ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo. Este vacío legal y procesal provocó disensiones en la aplicación de aquellos pronunciamientos cuya situación fáctica de vulneración seguía vigente. Ahora bien, no quiere ello decir que las sentencias del TEDH no tuvieran eficacia en España, pero la ejecución de sus pronunciamientos se efectuó por el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional a través de diferentes resoluciones y de diferentes procedimientos. Transcurrieron los años sin que el legislador afrontara la regulación de un cauce procesal y en ese contexto se produjo una situación de catarsis jurídico-penal provocada por un fallo del Tribunal de Estrasburgo que irrumpió súbitamente en el año 2013 en el sistema español: el caso *Del Rio Prada* contra España.

La trascendencia jurídica, social y mediática del caso impulsó 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 fortalecimiento de las garantías procesales, que modificó el art. 954 LECrim. y estableció un cauce procesal para la ejecución de las sentencias del TEDH con la introducción, en su apartado 3, de un nuevo motivo del recurso de revisión ante el Tribunal Supremo, como así ya había sugerido el Tribunal Constitucional, entre otras, en la STC 245/1991, de 16 de diciembre.

El recurso de revisión se ha consolidado tras los primeros cinco años de vigencia. Las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en este período han dotado de previsión y certeza a la ejecución de las sentencias del TEDH, tanto en la determinación de los requisitos para la interposición del recurso de revisión como en los efectos y alcance en el proceso penal concreto.

⁴ OVEJERO PUENTE, A.M. *El derecho al juicio justo en el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p.78 (con cita a Carmona Cuenca, E. *El derecho a un recurso efectivo ante una instancia nacional. Problemas interpretativos art. 13 CEDH*, en García Roca, J. y Santaolaya, P. *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014).

Cuestión de relevancia si se tiene en cuenta la creciente influencia de la jurisprudencia del Tribunal Europeo en el ordenamiento jurídico interno y en la jurisprudencia nacional, como ilustra la Exposición de Motivos del Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020, que asume la doctrina del TEDH emanada hasta el momento y que mantiene, con el «juicio de revisión», este cauce procesal para la ejecución de las sentencias del Tribunal de Estrasburgo.

II. ANTECEDENTES PREVIOS: LA AUSENCIA DE PREVISIÓN LEGAL Y EL PAPEL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ANTE LAS PRIMERAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Los acontecimientos que marcaron la primera mitad del siglo XX, con las dos contiendas mundiales, la proliferación de regímenes totalitarios y la violación de los derechos humanos de forma masiva, trajeron consigo la necesidad de instaurar entre los Estados, a través de las declaraciones derechos y los tratados internacionales, un firme compromiso con la protección de los derechos humanos. De este modo, los Estados se aseguraban, además de una relación permanente al margen de las situaciones coyunturales, una posición vigilante de unos respecto a otros lo que permitiría detectar nuevas derivas totalitarias, así como promover en cada ámbito regional del espacio internacional el reconocimiento, protección y eficacia de los derechos humanos.

El Convenio Europeo de Derechos Humanos representó el mayor avance realizado desde la aparición del Estado moderno para tutelar los derechos humanos en el plano internacional⁵. Sin embargo, la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, que rige hasta el momento el proceso penal en España, por las circunstancias políticas en que emergió, no pudo prever la existencia de tratados internacionales e instancias supranacionales que pudieran influir decisivamente en el ordenamiento jurídico interno.

Ahora bien, conforme a los artículos 6.1 y 10.2 de la Constitución Española de 1978, el CEDH, tras su ratificación, entró a formar parte de nuestro Derecho interno y, en consecuencia, las sentencias del TEDH, como máxima instancia supranacional en la interpretación del Convenio, pasaron a trascender al ámbito interno en la interpretación de los derechos y libertades reconocidos en nuestra Carta Magna.

Al margen del valor interpretativo de la jurisprudencia del TEDH, la ejecución de sus sentencias, que tienen efecto declarativo, aunque vinculante, quedó bajo el control del Comité de Ministros en virtud del compromiso

⁵ TRUYOL Y SERRA, A. *Los derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 1982, p.54.

adquirido por los Estados parte, de acuerdo con el art. 49 CEDH. El Comité de Ministros es el órgano ejecutivo que actúa en nombre del Consejo de Europa y está compuesto por los ministros de Asuntos Exteriores de cada Estado miembro y, en sustitución de éstos, por los respectivos representantes diplomáticos (arts. 13 y ss. Estatuto del Consejo de Europa de 5 de mayo de 1949).

La cuestión relativa a la ejecución de las sentencias del TEDH se ha convertido en una de las cuestiones clave del sistema de protección de los derechos humanos. En los Estados parte no existe homogeneidad en su tratamiento, ni respecto a los mecanismos o cauces procesales previstos para dar eficacia a los pronunciamientos del Tribunal en el ámbito interno ni en la concreción de las medidas a adoptar para que cese la situación de vulneración de derechos que pudiera mantenerse tras el dictado de la sentencia del Tribunal Europeo.

España no iba a ser una excepción en la ausencia de un mecanismo para dar efectividad a las sentencias del TEDH en los casos en que fuera parte demandada y en virtud de la cual se hubiere declarado la violación del CEDH. Sin embargo, España ha sido uno de los Estados que ha tratado de dar efectividad a las sentencias del TEDH por diversos cauces, ante la ausencia de uno específico previsto por el legislador, y ha ido adecuando, pese a la decimonónica Ley de Enjuiciamiento Criminal, la interpretación de los derechos y garantías en el proceso a la luz de la jurisprudencia emanada del Tribunal de Estrasburgo.

En este período de ausencia de un cauce procesal penal específico para la ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo, el Tribunal Constitucional ha desempeñado un papel fundamental, aunque no de forma lineal sino atravesando al menos tres etapas.

1. *Del valor interpretativo de las sentencias del TEDH a su ejecución por vía del recurso de amparo ante el TC*

La influencia de la jurisprudencia del TEDH en las sentencias del TC resultó constatada desde un principio. El art. 10.2 de la Constitución reconoció a los tratados y acuerdos internacionales como normas interpretativas de derechos y libertades recogidos en la CE. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y, por ende, la jurisprudencia emanada del TEDH adquirieron así un valor interpretativo que ampliaría el contenido de los derechos y libertades reconocidos constitucionalmente.

Este influjo interpretativo de las sentencias del Tribunal de Estrasburgo se incrementó a medida que el Tribunal iba aumentando su actividad y consolidando una doctrina que la convertía en una fuente de primer orden en la interpretación de los derechos y libertades.

Así lo destaca la STC 36/1984, de 14 de marzo, que en relación a su valor interpretativo sentó que « la remisión que el art. 10.2 de la CE. hace a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y a los Tratados y Acuerdos internacionales sobre las mismas materias suscritos por España para la interpretación de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales y libertades públicas, autoriza y aún aconseja, referirse, para la búsqueda de estos criterios, a la doctrina sentada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos». En el mismo sentido, la STC, Pleno, 223/1988, de 24 de noviembre, y que se desarrolla en la STS 50/1989, de 21 de febrero, al referirse a su «singular» valor interpretativo.

La relevancia que paulatinamente iban adquiriendo las sentencias del Tribunal Europeo tensionó el ordenamiento jurídico interno, ante la subsistencia de la violación de derechos cuando España era parte demanda y la ausencia de un medio procesal para hacerlas efectivas.

Un fallo del Tribunal Constitucional marcaría un antes y un después en la transición del valor interpretativo, de conformidad con el canon hermenéutico del art. 10.2 CE, al restablecimiento de los derechos fundamentales vulnerados, tras la sentencia del TEDH, por mediación del propio Tribunal Constitucional: la STC 245/1991, de 16 de diciembre (Caso Bultó).

Barberá, Messeguer y Jabardo fueron condenados por la Audiencia Nacional en 1982 a elevadas penas de prisión por delito de asesinato y colaboración con banda armada, entre otros. Tras agotar la vía interna, acudieron al Tribunal de Estrasburgo que falló, en fecha 6 de diciembre de 1988, contra España y apreció la violación del art. 6.1 CEDH. Tras la sentencia del TEDH, los demandantes instaron ante la propia Audiencia Nacional la nulidad de la sentencia firme por la que habían sido condenados. La Audiencia Nacional, mediante Auto de 29 de junio de 1989, declaró que no era competente para resolver la nulidad pretendida, se inhibió en favor de la Sala Segunda del Tribunal Supremo para el conocimiento de la demanda de nulidad y acordó la suspensión de la ejecución de la condena en tanto no se resolviera la nulidad.

La Sala Segunda del Tribunal Supremo se declaró competente y en su Sentencia de fecha 4 de abril de 1990, la cual puso fin a la vía ordinaria, tras poner de manifiesto que el Auto de la Audiencia Nacional era una resolución «excesiva» por cuanto « reconoce fuerza ejecutiva, en el aspecto de romper el cumplimiento de una sentencia firme, a una resolución definitiva del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ya que las sentencias de dicho Tribunal, conocido también vulgarmente con el nombre de la localidad de donde ejerce su función, Estrasburgo, sólo tienen naturaleza declarativa», decidió que no había lugar a la nulidad interesada y determinó que la Audiencia Nacional debía proseguir con la ejecución de la sentencia, sin perjuicio de la solicitud de indulto o prestación reparatoria sustitutoria.

Los demandantes interpusieron recurso de amparo ante el TC. Alegaron que se había producido una violación de un derecho constitucional básico, el derecho a un juicio justo, declarada por el TEDH, de cuya decisión, aun sin tener carácter ejecutivo directo, debía extraerse en el Derecho interno las consecuencias jurídicas correspondientes, es decir, la nulidad del acto que ha producido la violación en la medida en que no haya agotado sus efectos y sostenían que la sentencia del Tribunal Supremo en sí misma violaba el derecho a la tutela jurisdiccional y al no haber anulado las Sentencias originarias participaba en la violación que aquéllas consumaron del derecho a un juicio justo y a la presunción de inocencia, todos ellos contenidos en el art. 24.2 CE.

El recurso de amparo situó al Alto Tribunal ante una difícil encrucijada consistente en el restablecimiento del derecho fundamental vulnerado o bien no considerar que el recurso de amparo fuere el medio idóneo para dar efectividad a la situación producida y dejar en manos del Estado su ejecución, que hubiere podido consistir en la reparación económica o el indulto.

El Tribunal Constitucional, tras sugerir al legislador, como había hecho el Tribunal Supremo, la necesidad de abordar la cuestión de la efectividad de las sentencias del TEDH mediante la introducción de un motivo al recurso extraordinario de revisión, estimó parcialmente el recurso de amparo, reconoció el derecho a los demandantes a un proceso con todas las garantías, declaró la nulidad de las sentencias en cuestión y acordó la retroacción de actuaciones al trámite del inicio de la fase de juicio oral.

El Tribunal Constitucional, con la sentencia 245/1991, efectuó una interpretación amplia y extensiva del art. 10.2 CE e introdujo una excepción sin precedentes en el proceder del tribunal ante la ausencia de un cauce procesal para la ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, admitiendo la utilización del recurso de amparo siempre que se diesen dos elementos: por un lado, la subsistencia de la violación del derecho declarada por el TEDH; y, de otro lado, que estuviera afectada la libertad del demandante.

Vicente Gimeno Sendra, en el Voto Particular emitido a la sentencia, concluyó que «nuestra Sentencia constituye, en la historia del TEDH, el tercer supuesto de ejecución en sus propios términos de una Sentencia de dicho Tribunal con la particularidad de que dicha ejecución se realiza, sin ninguna reforma legislativa previa o, lo que es lo mismo, somos el primer Tribunal Constitucional europeo que ha procedido de facto a ejecutar una Sentencia del TEDH mediante la anulación de Sentencias de nuestro Poder Judicial... el Tribunal se ha lanzado por una peligrosa vía, cuya meta es la de convertirse en un órgano ejecutor de las Sentencias del TEDH» lo que a su juicio revelaba «la voluntad de este Tribunal de obtener la *restitutio in integrum* en la ejecución de Sentencias del TEDH, hasta tanto el Poder Legislativo no decida reformar el recurso de revisión » y sentó que «tal novedosa función no

se cohonesta con la Constitución, que tan sólo consagra la necesidad de que los derechos fundamentales se interpreten de conformidad con el CEDH y, por ende, con la doctrina del TEDH (art. 10.2). Todo lo demás, esto es, el contenido y extensión de los efectos vinculantes de las Sentencias del TEDH, pertenece a la legalidad ordinaria».

2. *El recurso de amparo no es el cauce legal para la ejecución de las sentencias del TEDH y el TC no es un tribunal subordinado a dicha instancia supranacional*

El Tribunal Constitucional moduló en sus sentencias posteriores⁶ esta interpretación amplia del art. 10.2 CE.

El cambio se vislumbra claramente tras la STEDH de 23 de junio de 1993, en el asunto Ruíz Mateos c. España. El Tribunal Constitucional mediante dos Providencias, de fecha 31 de enero de 1994, inadmitió los dos recursos de amparo interpuestos por los demandantes que tras el pronunciamiento del TEDH pretendían la nulidad de la sentencia por la que habían sido condenados. Ambas Providencias fundamentaron la inadmisión en que «no se desprende del Convenio, en modo alguno, que el Tribunal Constitucional sea una instancia subordinada al Tribunal Europeo de Derechos Humanos y, obligada, por tanto, a dar cumplimiento a sus sentencias en el orden interno».⁷

El Tribunal Constitucional se apartaba así del criterio adoptado en su sentencia 245/1991 y rehusó que el recurso de amparo se convirtiera en el mecanismo para la ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo.

Consecuente con ello, desde la Sentencia 150/1997⁸ comenzó no sólo a compeler al legislador a establecer un cauce procesal sino a promover que, de

⁶ Entre otras, SSTC 96/2001, de 24 de abril; 240/2005, de 10 de octubre; 197/2006, de 3 de julio; 313/2015, de 12 de diciembre.

⁷ Como afirmó Ripol Carulla «el TC abandona su interpretación extensiva del art. 10.2, reafirma su papel como intérprete supremo de la Constitución, rechaza de nuevo el carácter supranacional del TEDH y pone de manifiesto el rango infraconstitucional del CEDH, y opta, por fin, por no hacer del recurso de amparo un procedimiento para la reapertura de los procedimientos internos respecto de aquellas sentencias del TEDH en las que éste constata que ha habido una vulneración por parte de las autoridades judiciales españolas de un derecho recogido por la Convención. El TC viene limitar los efectos de su STC 245/1991, circunscribiéndolos a los casos en que está en juego la privación de libertad y cuando la violación trae causa de un procedimiento ante la jurisdicción ordinaria» (*El sistema europeo de protección de los derechos humanos y el Derecho español*, Barcelona, Atelier, 2007, p. 131).

⁸ «...una Sentencia es también un “hecho”, es decir, algo que acaece en el tiempo y en el espacio. Y como alega el Ministerio Fiscal, una interpretación del art. 954.4 L.E.Crim. como la dada en el Auto objeto de este recurso de amparo vulnera el principio de interpretación *pro actione* tal como lo hemos definido en el fundamento jurídico 2º de

conformidad con el vigente art. 954.4º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, resultaba constitucionalmente aceptable, desde la perspectiva del art. 24 de la Constitución Española, considerar como hecho nuevo una sentencia de amparo a efectos de la revisión de la sentencia condenatoria.

3. *El recurso de revisión ante el Tribunal Supremo: la sentencia del TEDH como «hecho nuevo»*

El recurso de revisión ante el Tribunal Supremo es el único medio de impugnación frente a sentencias firmes en el proceso penal español. Uno de los motivos que legitimaban la interposición del recurso consiste en que después de la sentencia firme sobrevenga el conocimiento de hechos o elementos de prueba, que, de haber sido aportados, hubieran determinado la absolución o una condena menos grave.

Pues bien, ante la ausencia de un cauce legal para la ejecución de las sentencias del TEDH, el TC abogó por considerar que las sentencias del Tribunal de Estrasburgo constituían un hecho nuevo a los efectos del motivo de revisión.

El art. 954. 4.º LECrim., con anterioridad a la reforma de 2015, establecía como motivo de recurso de revisión: « cuando después de la sentencia sobrevenga el conocimiento de nuevos hechos o de nuevos elementos de prueba, de tal naturaleza que evidencien la inocencia del condenado».

El Tribunal Constitucional, en su sentencia 240/2005 (asunto Blume), consideró que el recurso de revisión no se enmarca en el derecho a los recursos sino en el derecho de acceso a la jurisdicción. En esta sentencia el Tribunal determinó que la constatación de «hecho nuevo» como motivo de revisión no se opone a la sentencia emanada del TEDH, entendida ésta « como algo que acaece en el tiempo y en el espacio», según la STC 150/1997.

El Tribunal Constitucional sostuvo que «no cabe negar que respecto al proceso que finalizó con su condena la Sentencia invocada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos constituya un dato nuevo, consistente en la imposibilidad de valorar dicha prueba. Se trata así de lo propio de la revisión, según afirmábamos en el ATC 112/1991, de 11 de abril, que no es una

esta Sentencia, ya que se trata de una decisión de inadmisión que por su rigorismo y por su formalismo excesivo revela una clara desproporción entre los fines que las causas de inadmisión preservan -especialmente la seguridad jurídica que deriva de la intangibilidad de las Sentencias firmes- y los intereses que sacrifican, que en este caso es, ni más ni menos, que un derecho fundamental como el derecho a la legalidad penal proclamado en el art. 25 C.E...De cuanto antecede se deduce que la decisión de inadmisión del recurso de revisión debe calificarse de desproporcionada y, por ello, lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva de la recurrente en amparo».

instancia más en la que replantear el debate fáctico o jurídico, sino un nuevo proceso derivado de una novedad extrínseca al procedimiento que constituye su objeto. Desde esta perspectiva, una interpretación del art. 954.4 LECrim que excluya la subsunción de una Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de este tipo en el concepto de “hecho nuevo” se opone al principio de interpretación *pro actione* tal como lo hemos definido anteriormente, ya que se trata de una decisión de inadmisión que por su rigorismo y por su formalismo excesivo revela una clara desproporción entre los fines que las causas de inadmisión preservan -especialmente la seguridad jurídica que deriva de la intangibilidad de las Sentencias firmes- y los intereses que sacrifica, que en este caso es, ni más ni menos, que un derecho fundamental como el derecho a la presunción de inocencia proclamado en el art. 24.2 CE». A la interpretación de considerar a la sentencia del TEDH como un «hecho nuevo» habría de unirse la doctrina constitucional de que concurriera una lesión actual de los derechos fundamentales a partir de la STC 197/2006, de 3 de julio (Fuentes Bobo).

El Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional ya habían abogado reiteradamente por la necesidad de establecer un mecanismo procesal para dar cumplimiento a las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Vicente Gimeno Sendra, en el Voto Particular a la STC 245/1991, se mostró partidario del proceso de revisión como cauce procesal. La reforma legislativa, pese al transcurso de los años, no se propició. Hubo de esperarse al año 2013, en el que una sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos irrumpió en la justicia española, situó a España bajo la observancia del resto de Estados parte y adquirió una dimensión jurídica sin precedentes que obligó al legislador a abordar, de forma inaplazable, esta laguna legal en nuestro ordenamiento jurídico.

III. EL CASO DEL RÍO PRADA CONTRA ESPAÑA: LA NECESIDAD DE INSTAURAR UN CAUCE PROCESAL PARA LA EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS DEL TEDH

El Código Penal de 1973 contenía dos artículos sobre los que versa la doctrina Parot. El art. 70 establecía un límite máximo del cumplimiento de condenas de treinta años, por lo que si una persona era condenada a una pena superior, en todo caso, sólo cumpliría esos treinta años. A ello se unía la posibilidad contemplada en su art. 100 que preveía la redención de las penas por la realización de trabajos en centro penitenciario a razón de que por dos días de trabajos se reducía la estancia en prisión un día.

La doctrina Parot tomó nombre del apellido de la persona condenada, Henri Parot, interno desde 1990 en centro penitenciario en cumplimiento de varias condenas por delitos cometidos en el marco de la organización

terrorista ETA, y que había realizado trabajos mientras cumplía su condena. Su representación instó en el año 2006 su puesta en libertad al interesar que la redención de penas por trabajos se aplicara sobre el límite máximo de treinta años de prisión y no sobre cada una de las penas concretas impuestas, cuya suma ascendía casi a 4800 años de prisión. La petición no prosperó ante la Audiencia Nacional y la cuestión llegó al Tribunal Supremo.

La STS de 8 de marzo de 1994 ya había interpretado que el límite de ejecución del art. 70.2^a del Código Penal de 1973 «opera ya como una pena nueva resultante y autónoma», basándose para ello en el art. 59 del Reglamento Penitenciario entonces vigente. Partiendo de ésta, la redención de penas por el trabajo se aplicaría sobre el límite máximo de treinta años.

Sin embargo, el Tribunal Supremo se apartó de esta sentencia, a la que no consideró un precedente vinculante, dado que su fallo no había sido luego reiterado en la forma prevista por el art. 1. 6 del Código Civil y dictó la STS 197/2006, de 28 de febrero, que instauró la doctrina Parot y consideró que «una interpretación conjunta de las reglas primera y segunda del mencionado art. 70 del Código Penal, texto refundido de 1973, nos lleva a considerar que el límite de treinta años no se convierte en una nueva pena, distinta de las sucesivamente impuestas al reo, ni por consiguiente, en otra resultante de todas las anteriores, sino que tal límite representa el máximo de cumplimiento del penado en un centro penitenciario... teniendo en cuenta que, como surge del escrito del recurso, el ahora recurrente fue puesto en prisión en 1990, deberá cumplir las penas que se le impusieron en los distintos procesos en forma sucesiva, computándosele los beneficios penitenciarios respecto de cada una de ellas individualmente». Dicha doctrina supuso *de facto* que el condenado cumpliría íntegramente el período máximo de cumplimiento de condena de treinta años. Esta doctrina fue avalada por el Tribunal Constitucional en su Sentencia de Pleno 113/2012, de 24 de mayo, que desestimó el recurso de amparo interpuesto por el demandante.

Inés del Río Prada también había sido condenada por delitos cometidos en el seno de la organización terrorista a penas que en suma ascendían a 3838 años de prisión y que estaba cumpliendo en centro penitenciario desde 1987. En el año 2007 estaba prevista su libertad a consecuencia del cómputo de la redención de penas por los trabajos realizados sobre el límite de los treinta años. Sin embargo, la Audiencia Nacional aplicó la doctrina Parot, que había sido establecida por la STS 197/2006, y su libertad se pospuso por esta decisión al año 2017. Del Río Prada interpuso los recursos pertinentes, que sustentó en la irretroactividad de las normas penales no favorables, y tras agotar la vía judicial interna acudió a Estrasburgo.

El 21 de octubre de 2013 la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el asunto *Del Río Prada c. España*, dictó sentencia y consideró que la aplicación retroactiva de esta doctrina a la demandante violaba la

Convención Europea de Derechos Humanos, y falló, por unanimidad, que, a partir del 3 de julio de 2008 la privación de libertad de la demandante no había sido «legal», con infracción del art. 5.1 CEDH. El Tribunal estableció que España debía abonar a la demandante en concepto de daños morales, en el plazo de tres meses, la cantidad 30.000 euros y que debía garantizar que la demandante fuera puesta en libertad a la mayor brevedad.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos concluyó, de forma expresa, que la demandante debía ser puesta en libertad, lo que debía ser garantizado por el Estado demandado en un breve espacio de tiempo. Gimeno Sendra, a raíz de esta Sentencia, destacó que «el Tribunal Europeo, al anular una resolución judicial del Estado español, se ha convertido *de facto* en una especie de TC europeo, cuya sentencia había de ser ejecutada directamente por el Tribunal español competente.»⁹.

Ahora bien, en sus propios fundamentos la sentencia no determinó el medio para hacer efectivo lo acordado quedando a criterio del Estado demandado la adopción de la medida que considerase más idónea. La ausencia de un cauce legal establecido en la ley procesal llevó a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, como tribunal sentenciador, a convocar con carácter de urgencia un Pleno el 22 de octubre de 2013, con el fin de deliberar sobre las modalidades de ejecución de la sentencia.

En virtud de Auto de la Sala de lo Penal núm. 62/2013, de 22 de octubre, la Audiencia Nacional asumió la competencia para decidir la ejecución del fallo del TEDH como órgano de ejecución a la que se encontraba sometida la demandante al considerar que las decisiones sobre las que el Tribunal Europeo apreció la vulneración de derechos del CEDH «se dictaron en el proceso de ejecución de penas privativas de libertad, un proceso judicial por naturaleza dinámico y en evolución, que debe adaptarse en cuanto a la determinación de la fecha de licenciamiento y extinción de la responsabilidad criminal a las circunstancias del propio cumplimiento, especialmente cuando concurren beneficios penitenciarios como la redención de penas por el trabajo, cuyo cómputo provoca una modificación de los tiempos previamente contemplados».

Asimismo, la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional justificó la asunción de competencia en razón a que esta Sentencia «es de las que deberían provocar, en un recurso de amparo si el tribunal de ejecución no hubiese estimado la pretensión de libertad, la rescisión de las resoluciones judiciales firmes que hubieran provocado la lesión actual del derecho a la libertad. Antes, sin necesidad de provocar un recurso de amparo, este tribunal ha de dar leal cumplimiento a la sentencia que nos ocupa, revisando las decisiones que

⁹ GIMENO SENDRA, V. «La Doctrina Parot y el principio de legalidad» *Diario La Ley*, Madrid, núm. 8307, 2014, pp. 5-6.

mantienen la situación de prisión de la condenada». Es decir, la ausencia de un cauce procesal abocaría a un recurso de amparo y situaría al Tribunal Constitucional ante la necesidad de acudir a la interpretación extensiva en virtud de la STC 245/1991, de la que se había alejado.

La Audiencia Nacional acordó, en virtud del referido Auto, la puesta en libertad inmediata de Inés del Río Prada y dejó sin efecto la Providencia de 9 de mayo de 2008 y Auto de la misma Sala de 6 de junio de 2008, en virtud de las cuales no se aprobó licenciamiento definitivo y la consiguiente puesta en libertad, como proponía la Junta de Tratamiento del centro penitenciario, sino que permaneció en prisión por la aplicación de la Audiencia Nacional de la doctrina Parot.

Acto seguido, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, Pleno No Jurisdiccional de fecha 12 de noviembre de 2013, acordó que « el Tribunal considera necesario que el Poder legislativo regule con la necesaria claridad y precisión el cauce procesal adecuado en relación con la efectividad de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos».

A este respecto, la jurisprudencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo había experimentado una evolución: 1) Inicialmente, se excluyó la posibilidad de acudir al recurso de revisión para ejecutar las sentencias del TEDH (Caso Barberá, Messeguer y Jabardo, STEDH 6 de diciembre 1988). La Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1990, indicó que, a falta de una previsión legal expresa sobre la materia, no podían reconocer la posibilidad de efectos anulatorios en el ordenamiento jurídico español tanto de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como de las decisiones del Comité de Ministros (reconociendo la posibilidad de acudir al indulto o a la prestación reparatoria sustitutoria, que es una indemnización de carácter pecuniario, por la privación de libertad sufrida); 2) Posteriormente, a partir del ATS de 29 de abril de 2004, se consideró que el recurso de revisión podía ser la vía para poder reconocer efectos a una sentencia del TEDH, conforme al número 4 del art. 954 LECrim.¹⁰

A la relevancia jurídica del caso Del Río Prada se unió la trascendencia social y mediática que se originó ante la posibilidad de que los efectos de la sentencia del TEDH, de acuerdo con la decisión adoptada por la Audiencia Nacional, se extendieran a una gran cantidad de internos a los que se les había aplicado la doctrina Parot. Así sucedió y a finales del año 2013 más de sesenta internos pertenecientes a la banda terrorista ETA y una quincena de presos comunes por delitos graves fueron puestos en libertad.

Transcurrido casi un año del Pleno No Jurisdiccional referido, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, en Pleno No Jurisdiccional, de 21 de octubre

¹⁰ MARTÍNEZ ARRIETA, A, Encinar del Pozo, M.A. *El Recurso de Casación y de Revisión Penal*, 3ª Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 528.

de 2014 adoptó, por unanimidad, el siguiente Acuerdo: «En tanto no exista en el Ordenamiento Jurídico una expresa previsión legal para la efectividad de las sentencias dictadas por el TEDH que aprecien la violación de derechos fundamentales de un condenado por los Tribunales españoles, el recurso de revisión del art. 954 LECrim. cumple este cometido...». Este Acuerdo tuvo trascendencia práctica y, como antecedente de la reforma procesal, fue aplicado en diversos casos¹¹.

La dimensión que adquirió el caso *Del Río Prada c. España*, al margen de otros mecanismos que hubieran podido ofrecer una solución al caso concreto, como la vía del indulto o la nulidad, en consonancia con la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, centró el debate en la necesidad imperiosa de abordar una reforma procesal penal que determinara un cauce legal para la ejecución de las sentencias del TEDH e incluso se señaló cuál habría de ser ese medio: la revisión de la sentencia firme ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, de conformidad con el art. 57. 1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

IV. EL TIEMPO DEL LEGISLADOR: LEYES ORGÁNICAS 7/2015 (DE MODIFICACIÓN DE LA LOPJ) Y 41/2015 (DE MODIFICACIÓN DE LA LECRIM.)

El Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo habían abogado hasta ese momento por la necesidad de establecer una previsión legal en virtud de la cual se instaurara e implementara un cauce procesal penal específico para la ejecución de las sentencias del TEDH.

El caso *Del Río Prada c. España*, sin embargo, supuso un punto de inflexión y fue determinante para que el Poder Legislativo procediera sin mayor dilación a abordar la reforma legislativa procesal cuyos trabajos no se demoraron. Se iniciaron con el Anteproyecto de Ley Orgánica, de 5 de diciembre de 2014, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que dio lugar a dos Proyectos de Ley, ambos de fecha 13 de marzo de 2015, uno de carácter orgánico y otro de carácter ordinario, para la agilización de la Justicia Penal y el fortalecimiento de las garantías procesales.

La Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, de reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en su Exposición de Motivos, dispuso: « se incluye una previsión respecto de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que declaren la vulneración de alguno de los derechos reconocidos en el

¹¹ STS 145/2015, de 12 de marzo, tras la STEDH de 25 de octubre de 2011, asunto *Almenara Álvarez c. España*; STS 177/2015, de 26 de marzo, tras STEDH de 27 de noviembre 2012, asunto *Vilanova Goterris y Llop García c. España*; STS 330/2015, de 19 de mayo, tras STEDH de 20 de marzo de 2012, asunto *Serrano Contreras c. España*.

Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y en sus Protocolos, estableciéndose que serán motivo suficiente para la interposición del recurso de revisión exclusivamente de la sentencia firme recaída en el proceso *a quo*. Con ello se incrementa, sin lugar a dudas, la seguridad jurídica en un sector tan sensible como el de la protección de los derechos fundamentales, fundamento del orden político y de la paz social, como proclama el artículo 10.1 de nuestra Constitución».

El legislador introdujo, de forma taxativa, la previsión del recurso de revisión como el cauce procesal penal idóneo, con un alcance concreto y limitado, para revisar la sentencia firme cuya vulneración de derechos o libertades hubiera sido declarada en el seno de dicho proceso por el TEDH, a fin de alejar dicho precepto de una interpretación extensiva por la cual el recurso de revisión pudiera interponerse contra cualquier sentencia firme en que, por analogía con la doctrina del TEDH, el recurrente considerase que se había vulnerado el CEDH.

El cauce procesal escogido por el legislador no es una cuestión baladí. El recurso de revisión penal es una vía de impugnación que se refiere a sentencias firmes y, por lo tanto, inatacables mediante la utilización de recursos, ordinarios o extraordinarios, por gozar de los efectos de la cosa juzgada. Supone, en definitiva, una derogación para el caso concreto del principio preclusivo de la cosa juzgada y persigue fundamentalmente mantener, en la medida de lo posible, el necesario equilibrio entre las exigencias de justicia y seguridad jurídica. Por todo ello, solamente cabe acudir a este remedio procesal en los supuestos expresamente previstos en el art. 954 de la LECrim. Asistimos a una confrontación entre el principio de seguridad jurídica, propiciado por la firmeza y el efecto de cosa juzgada, y el valor de la justicia. Ambos, seguridad jurídica y justicia, son valores constitucionales, art. 9.3 y 1.1 de la Constitución. De ahí la exquisita regulación del recurso de revisión dirigida a la salvaguarda de ambos valores constitucionales¹².

La Ley 41/2015, de 4 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, modificó el art. 954 de la Ley e introdujo esta previsión al establecer que: «se podrá solicitar la revisión de una resolución judicial firme cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya declarado que dicha resolución fue dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y sus Protocolos, siempre que la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión».

¹² MARTÍNEZ ARRIETA. A, Encinar del Pozo, M.A. *op. cit*, p. 494.

Por tanto, sólo pueden ser objeto de recurso de revisión las sentencias firmes de condena, no absolutorias salvo dos excepciones¹³, y sólo estarán legitimados para instar el procedimiento o juicio de revisión, de conformidad con el art. 955 LECrim., el penado y si hubiera fallecido, su cónyuge, o quién haya mantenido convivencia como tal, ascendientes y descendientes y también lo estará el Ministerio Fiscal. Asimismo, el legislador acogió en este precepto la doctrina del Tribunal Constitucional para la ejecución de las sentencias del TEDH, resumida en el asunto Fuentes Bobo (STC 197/2006) que precisaba la concurrencia de que la «lesión sea actual», lo que se equipara con lo dispuesto en el art. 954.3 LECrim. («entrañe efectos que persistan»).

El legislador determinó así el recurso de revisión como el cauce procesal y, por consiguiente, atribuyó la competencia al Tribunal Supremo, cuya legitimación y procedimiento habrá de regirse por lo dispuesto en los preceptos 955 a 961 LECrim. La instauración de este nuevo motivo de revisión tuvo el mérito de evitar cualquier bandazo jurisprudencial sobre esta materia, permitiendo que nuestro Tribunal de casación sienta siempre su jurisprudencia a este respecto, de tal suerte que no se deje a las Audiencias Provinciales, ni a la Audiencia Nacional decidir “ad casum” tales importantes materias¹⁴.

V. CINCO AÑOS DE VIGENCIA

La reforma procesal del año 2015 sirvió como puente entre la ausencia de un medio procesal y la tan ansiada nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal cuyos Anteproyectos, hasta el momento, no han fructificado en una nueva ley procesal del siglo XXI.

La reforma operada por la Ley 41/2015 LECrim. entró en vigor el 6 de diciembre de 2015. La Disposición Transitoria Única de la citada reforma estableció que el supuesto previsto en el apartado 3 del artículo 954 sería de aplicación a las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que adquieran firmeza tras su entrada en vigor.

La instauración e implementación de la revisión como medio procesal para dar eficacia a las sentencias del TEDH en el proceso penal interno dotó al sistema de seguridad jurídica y garantía. La previsión legal posibilita la

¹³ El recurso de revisión penal está previsto para las sentencias firmes de condena con las excepciones que determina la propia LECrim. en tanto que el art. 954 permite instar la revisión contra la sentencia firme que no son propiamente condenatorias, como la recaída en el proceso de decomiso autónomo y como la sentencia firme que resuelve una cuestión prejudicial y se dicta con posterioridad sentencia firme por el tribunal no penal competente para la resolución de la cuestión, que resulte contradictoria con la sentencia penal.

¹⁴ GIMENO SENDRA, V. «La reforma, de 2015, de la LECRIM: aspectos generales» *El Proceso Penal. Cuestiones Fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p.14.

enervación de la cosa juzgada en el proceso penal español en virtud de una sentencia dictada por un tribunal supranacional. Sin entrar en la cuestión sobre la naturaleza del TEDH y de sus sentencias desde la perspectiva interna, que no es objeto de este estudio, lo cierto es que, a través de la casuística a que ha dado lugar este motivo de revisión durante el transcurso de los cinco años de su vigencia, se puede observar la efectividad de las sentencias del TEDH en el proceso penal español.

Los pronunciamientos del Tribunal Supremo durante los primeros cinco años han permitido ahondar en la naturaleza del recurso, los requisitos para su interposición y en el alcance de sus efectos.

1. *Naturaleza*

Es doctrina reiterada por el Tribunal Supremo, como recuerda el ATS de fecha 20 de abril de 2021, que el recurso de revisión tiene una naturaleza excepcional, al ser su objeto la revocación de sentencias firmes (se ha dicho, por eso, que, en puridad, no se trata de un recurso sino de un medio excepcional de impugnación contra resoluciones que ya han ganado firmeza) y poner en cuestión con ello la autoridad del principio de cosa juzgada. Supone, en consecuencia, un remedio límite para evitar el mantenimiento de los efectos producidos por el dictado de resoluciones injustas, cuando el error advertido implica la inculpabilidad de alguna persona, de modo que su finalidad está encaminada a que prevalezca, sobre la sentencia firme, la auténtica verdad y, con ello, la justicia material sobre la formal.

En definitiva, el recurso de revisión es un proceso extraordinario y representa el triunfo de la verdad material frente a la verdad formal amparada por los efectos de la cosa juzgada. Por lo tanto, no se trata de una nueva valoración de la prueba, ni un replanteamiento de la cuestión contenida en el objeto del enjuiciamiento, sino de restaurar una inocencia - anulando la condena cuando un hecho nuevo evidencia que el afectado no debió ser condenado, como recuerda la STS 626/2017, de 21 de septiembre.

2. *Requisitos*

El Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse también, a la hora de autorizar o denegar la interposición del recurso de revisión, acerca de la concurrencia de los requisitos.

2.1. *Legitimación*

La revisión sólo podrá ser solicitada por quien, estando legitimado para interponer este recurso, hubiera sido demandante ante el Tribunal Europeo

de los Derechos Humanos, sin perjuicio de que lo pueda promover en caso de fallecimiento de la persona condenada y demandante ante el TEDH su cónyuge, o quien haya mantenido convivencia como tal, ascendientes y descendientes (Art. 954.3 y 955 LECrim.). Se excluye, por tanto, cualquier aplicación por analogía. El Tribunal Supremo, en su Auto de 29 de septiembre de 2016, así lo recuerda y no autoriza la interposición del recurso habida cuenta que los recurrentes no fueron demandantes ante el TEDH.

Por tanto, el legitimado ha de ser la persona condenada en la sentencia cuya revisión se pretende y, además, demandante ante el TEDH en el procedimiento que dio lugar a la sentencia en cuestión (ATS de fecha 2 de marzo de 2021).

2.2. La existencia de una resolución judicial firme y una sentencia del TEDH declarativa de la violación de derechos

Se podrá solicitar la revisión de una resolución judicial firme cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya declarado que dicha resolución fue dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y sus Protocolos (954.3 LECrim.).

El primer requisito es que concurra una resolución judicial firme dictada por un tribunal de la jurisdicción ordinaria. La redacción literal de la LECrim. no impediría que el recurso de revisión pueda referirse además de a una sentencia a un auto o providencia. El objeto de la revisión estará constituido, principalmente, por resoluciones que adopten la forma de sentencias, pero también podrán ser objeto de revisión las resoluciones judiciales que adopten forma de auto o incluso no cabe descartar que también lo sean las que adopten forma de providencia, cuando con esta forma de resolución se resuelvan cuestiones que formalmente habrían de haber sido resueltas mediante auto. En todo caso, ha de tratarse de una resolución firme en derecho, es decir, aquella contra la que no cabe interponer recurso alguno¹⁵.

Ahora bien, en los casos examinados el recurso, fundamentalmente, se ha instado frente a sentencias firmes de condena. El ATS de fecha 29 de septiembre de 2016, determinó que la sentencia del TEDH recaída en el proceso en cuestión que apreciaba la vulneración del CEDH adquirió firmeza tras la entrada en vigor de la reforma y dice el Tribunal que «esta Sentencia, constituye un hecho nuevo que afectando a la inocencia del solicitante justifica la apertura del recurso de revisión tal y como se solicita». Por tanto, se sustentó

¹⁵ NIÑO ESTÉBANEZ, R. *Fuerza obligatoria y ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: el procedimiento de revisión*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p.308.

la equiparación entre la sentencia del Tribunal de Estrasburgo y un hecho nuevo, como se había apreciado ya con anterioridad a la reforma, que afectaba a los efectos de cosa juzgada de la sentencia firme de condena.

En segundo orden ha de concurrir la declaración del TEDH de que la resolución judicial firme fue dictada concurriendo violación de derechos. En este sentido, una peculiaridad se advierte en el ATS, Penal, de 18 de marzo de 2019, al no autorizar la interposición del recurso extraordinario de revisión contra la Sentencia 18/2010, de fecha 21 de mayo de 2010 de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que condenó a los solicitantes de revisión como autores de delito de estragos, dos asesinatos terroristas consumados y ocho asesinatos terroristas en grado de tentativa en virtud de la STEDH en el caso *Portu Juanenea y Sarasola Yarzabal c. España*, de fecha 13 de febrero de 2018, la cual se dictó en un recurso formulado frente a la Sentencia dictada por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo núm. 1136/2011, de 2 de noviembre de 2011, dictada en el recurso de casación núm. 184/2011 interpuesto frente a la sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de fecha 30 de diciembre de 2010. El Tribunal Supremo entendió que la sentencia que invocan los recurrentes como motivo de revisión basado en el punto 3 del art. 954 de la LECrim. no se refiere a la Sentencia 18/2010 dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 21 de mayo de 2010, objeto de revisión y, por tanto, en relación al art. 954. 1 a) de la LECrim. invocado, no existe en este caso sentencia firme que declare que las manifestaciones de los recurrentes hayan sido arrancadas mediante violencia o coacción. Desde luego, no lo declaró la Sentencia del Tribunal de Estrasburgo.

Asimismo, la exigibilidad de la resolución del TEDH declarativa de la violación de derechos en la sentencia firme de condena cuya revisión se insta excluye cualquier tipo de aplicación por analogía. El Tribunal Supremo recuerda, al no autorizar el recurso de revisión, en su Auto de 8 de julio de 2020 que «la revisión es un proceso autónomo tendente a rescindir o romper la firmeza de una sentencia. No es un último recurso, sino un proceso diferente que solo cabe promover al amparo de las causas tasadas enumeradas en el art. 954 LECrim. que tienen un denominador común: todas ellas se basan en hechos, datos o circunstancias aparecidos con posterioridad a la condena y no en defectos immanentes del proceso. No se articula este proceso autónomo de revisión para rectificar decisiones ya tomadas por circunstancias que ya constaban o podían haber sido indagadas, sino para quebrar la firmeza de una sentencia por haber aflorado elementos nuevos que ni figuraban en el proceso ni pudieron ser llevados a él por ser desconocidos y que hacen palmario el error cometido... Como se dijo en el ATS de 16/01/17, Revisión 20828/16, “...en el recurso de revisión no tiene cabida el arrepentirse de una conformidad prestada ni es una tercera vía que se pueda utilizar *per saltum*,

intentando ahora un juicio de culpabilidad o más bien de inocencia que el promovente evitó por su propia voluntad...” ».

Otra cuestión interesante se planteó en el ATS de fecha 25 de abril de 2016. El interesado instó la solicitud de autorización para la interposición del recurso de revisión y pretendía, por aplicación analógica del Acuerdo del TS de 2014, anular, mediante el recurso de revisión, la sentencia firme por la que había sido condenado en base no a una sentencia del TEDH sino de un Dictamen del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y en fundamento de sus alegaciones instaba la aplicación del Acuerdo por analogía. El Tribunal Supremo no autorizó la interposición del recurso de revisión. Por un lado, el TS sostuvo la no equiparación entre un Dictamen del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y una sentencia del TEDH. El TS argumentó que el Acuerdo se refería específica y concretamente a las resoluciones del TEDH y la doctrina referente a los Dictámenes del CDH de la ONU es diferente, sin perjuicio de que en supuestos específicos se pueda habilitar una fórmula para posibilitar un recurso efectivo ante esta Sala a los afectados por dichas resoluciones, como ya se hizo en su momento con el hoy recurrente. De otra parte, apreció la existencia de cosa juzgada respecto a la sentencia firme de condena dictada con anterioridad a la reforma de 2015 porque al incurrir en vulneración de derechos ya se había procedido el restablecimiento de los derechos en ella vulnerados de acuerdo con Decisión de la extinta Comisión de Derechos Humanos y que determinó la revisión de sentencia por ATS de 14 de diciembre del año 2001, lo que fue confirmado por el Tribunal Constitucional. Como ha señalado el TC, lo relevante no es la fórmula procedimental elegida para conceder al condenado el recurso efectivo al que se refiere el Convenio y para proceder a la revisión acordada por la Decisión del Comité, sino que esa revisión se haya efectuado a través de un procedimiento articulado con plena garantía del derecho de audiencia y de la posibilidad de contradicción, como así se ha hecho, argumentaba el TS, en el incidente de ejecución de la Decisión de la referida Comisión.

A salvaguarda de estas cuestiones, el Tribunal Supremo, en la mayoría de estos pronunciamientos, autorizó la interposición del recurso tras examinar la concurrencia de los requisitos referentes a que la sentencia del TEDH adquiriera firmeza con posterioridad a la entrada en vigor del art. 954.2 LECrim. y que el recurso se hubiera interpuesto dentro del plazo de un año desde el fallo del Tribunal Europeo¹⁶.

¹⁶ ATS, Penal 14 de noviembre de 2016 - ROJ: ATS 10586/2016, ECLI:ES:TS:2016:10586A; ATS, Penal, del 26 de mayo de 2017, ROJ: ATS 5586/2017 - ECLI:ES:TS:2017:5586A; ATS, Penal, de 31 de enero de 2019, ROJ: ATS 2160/2019 - ECLI:ES:TS:2019:2160A; ATS, Penal, de 24 de octubre de 2019, ROJ: ATS 11682/2019

2.3. Plazo para su interposición: un año

El recurso de revisión ha de instarse en el plazo de un año desde que la sentencia del TEDH hubiera adquirido firmeza, por lo que habrá de atenderse a los criterios referidos en los arts. 42 a 44 CEDH.

Por tanto, el *dies a quo* del plazo se determina desde que la sentencia del TEDH hubiera devenido firme. No ha existido durante este período controversia al respecto y tras comprobar que se interpuso el recurso de revisión dentro del plazo legal de un año desde la firmeza de la sentencia del TEDH se ha autorizado la interposición del recurso (ATS de fecha 2 de febrero de 2021).

Sin embargo, ha de repararse en que la determinación de la firmeza de la sentencia del TEDH si bien parece a priori una cuestión sencilla, de acuerdo con el art. 42 CEDH que determina que las sentencias de la Gran Sala son definitivas, puede plantear dificultades en cuanto a su concreción, pues hay que estar a la remisión que el art. 42 efectúa al art. 44 CEDH. Y aquí es donde reside la particularidad que puede suscitar dudas en la interpretación acerca del plazo establecido. El art. 44 establece que la sentencia de Sala sólo será «definitiva cuando: a) Las partes declaren que no solicitarán la remisión del asunto ante la Gran Sala; b) No haya sido solicitada la remisión del asunto ante la Gran Sala tres meses después de la fecha de la sentencia, o c) El colegio de la Gran Sala rechace la demanda de remisión formulada en aplicación del art. 43».

3. Efectos y alcance de la nulidad

Afirma Casadevall que la medida idónea para reparar una violación consiste en la reapertura o la revisión del procedimiento judicial interno, sobre todo cuando, en ciertos supuestos, esta es la única vía que puede permitir realmente una reparación, sin olvidar las consecuencias que la reapertura puede comportar hacia eventuales coacusados y a las víctimas. Si se trata de una violación, bien sea sustantiva o de garantías procesales, que ha incidido en la imposición de una pena de privación de libertad que el condenado sigue cumpliendo, la revisión del procedimiento judicial interno permite juzgar de nuevo al interesado con todas las garantías e imponerle la pena que le hubiera correspondido si la violación del Convenio no hubiera tenido lugar. La mera indemnización económica a un demandante que sigue privado de libertad no puede considerarse nunca una reparación suficiente. Después de la recomendación del Comité de Ministros del Consejo de

- ECLI:ES:TS:2019:11682A; ATS, Penal, de 15 de enero de 2020, ROJ: ATS 166/2020
- ECLI:ES:TS:2020:166A.

Europa (19 de enero de 2010), la posibilidad de reapertura o revisión del procedimiento nacional está prevista en más de veinte de los estados miembros, mayormente en materia penal ¹⁷.

La STS 84/2017, de 24 de febrero, fue primigenia en entrar al fondo de la cuestión tras la instauración del recurso de revisión como cauce procesal. En este caso, la Sala del TS vino a conocer del recurso de revisión interpuesto contra la Sentencia núm. 502/2011, de 28 de julio de 2011 de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Granada, estimatoria de un recurso de apelación formulado contra Sentencia 201/2010, de 12 de julio de 2010 del Juzgado de lo Penal núm. 3 de Granada, de la que resultaron condenados los recurrentes en revisión como autores criminalmente responsables de un delito de prevaricación urbanística, sin que fueran oídos en audiencia pública pese a que el tribunal *ad quem* efectuó una nueva calificación jurídica de los mismos, sin respetar las exigencias del principio de inmediación

En ella, el Tribunal Supremo, tras constatar la naturaleza declarativa de las Sentencias del TEDH, y reconocer su carácter vinculante, conforme al Protocolo nº 14, que España había ratificado el 13 de Mayo de 2006, (publicado en el BOE el 28 de Mayo de 2010), declara la nulidad de la sentencia recurrida en virtud del art. 954.3 LECrim.

En el caso en cuestión, constatado y evidenciado por el hecho nuevo es que el acusado en la instancia fue enjuiciado y condenado lesionando su derecho de defensa. Por lo tanto, el hecho nuevo, la Sentencia del TEDH, debe relacionarse con el objeto del recurso de revisión, que conlleva la anulación de la condena que se ha producido con lesión de un derecho fundamental. El objeto de la revisión es simple y congruente con su naturaleza de recurso extraordinario: constatar si un hecho nuevo -la Sentencia del TEDH- supone una evidencia de que el recurrente no debió ser condenado.

Ahora bien, la sentencia del TEDH no se traduce siempre en una declaración de nulidad de la sentencia a través del recurso de revisión con retroacción de las actuaciones al momento del juicio oral. En la STS, Sala Especial, Secc. 61, 1/2020, 12 de febrero, se establece que la ley española sólo atribuye a las sentencias del TEDH, y en determinadas condiciones, la condición de título habilitante para un recurso de revisión contra una resolución judicial firme.

Pensemos en aquellos supuestos en que una persona es absuelta en primera instancia y condenada en segunda instancia. La STEDH declarativa de la violación de derechos apreciada en la sentencia de condena no implica con la declaración de nulidad de la misma la necesidad de dictar una nueva sentencia o retrotraer las actuaciones a la fase de juicio oral, pues se mantendría la absolución en la primera instancia.

¹⁷ CASADEVALL, J. *El Tribunal de Estrasburgo. Una inmersión Rápida*, Tibidabo Ediciones, Barcelona, 2019, p. 155.

Los precedentes existentes, como recoge la STS de 15 de diciembre de 2020, especialmente tras la reforma de la LECrim operada por la Ley 41/2015, se refieren principalmente a casos en los que, habiéndose acordado la absolución en la instancia, recaía condena en apelación o casación¹⁸. En esos casos, la sentencia del TEDH declaraba la vulneración de un derecho reconocido en el CEDH al haberse dictado una condena en vía de recurso (apelación o casación) sin haber oído al acusado, por lo que el proceso no se consideraba equitativo. Y la sentencia dictada en el recurso de revisión declarando la nulidad de la dictada en el recurso de casación o apelación suponía la vigencia de la absolución acordada en la instancia, lo cual era declarado expresamente en algún caso (STS núm. 177/2015 y STS núm. 633/2015) y resultaba implícito en los demás, por lo que no era necesaria una nueva resolución.

También el Tribunal Supremo, en su Sentencia de fecha 21 de septiembre de 2017, ha tenido ocasión de pronunciarse al estimar el recurso de revisión interpuesto contra la sentencia recaída en segunda instancia en virtud de la cual se condenaba a una persona por los delitos objeto de acusación, a diferencia de la sentencia de instancia que la condenó por un sólo delito y la absolvió del otro. Tras el pronunciamiento del TEDH que apreció la vulneración del art. 6.1 CEDH en la segunda instancia, el Tribunal Supremo apreció una nulidad parcial, por lo que se mantuvo la condena inicial y la absolución por el resto de delitos.

Otro supuesto interesante es la no declaración de nulidad de la sentencia de condena cuando ha recaído una STEDH que declara la violación de derechos en la obtención de una prueba, concretamente, relativa a las intervenciones telefónicas, si la condena se sustentó también en otras pruebas que determinaron la culpabilidad. La cuestión se aborda en la STS de fecha 7 de febrero de 2021. El Tribunal Supremo ya se había pronunciado al respecto en el mismo caso, por lo que declara la existencia de cosa juzgada y no autoriza la interposición del recurso de revisión, pero no desaprovecha la ocasión para insistir en la cuestión de fondo relativa a que pese a la nulidad de las intervenciones telefónicas existían otras pruebas suficientes para enervar la presunción de inocencia, razón por la que no se accedió a la revisión en su momento. En este caso, lo relevante sería que, ante la nulidad declarada de una de las pruebas tenidas en cuenta como elemento de cargo para enervar la presunción de inocencia, no subsistieran otros elementos probatorios del mismo sentido incriminatorio que pudieran producir legítimamente ese

¹⁸ STS núm. 145/2015, de 12 de marzo; STS núm. 177/2015, de 26 de marzo; STS núm. 330/2015, de 19 de mayo; STS nº 633/2015, de 23 de octubre; STS nº 113/2017, de 22 de febrero; STS nº 84/2017, de 24 de febrero; STS nº 626/2017, de 21 de setiembre y STS nº 510/2019, de 28 de octubre.

mismo resultado. Por eso concluye el Tribunal Supremo que según se desprende de la sentencia condenatoria el Tribunal dispuso de otros medios de prueba independientes de las escuchas telefónicas que, según la sentencia del TEDH, vulneraron el derecho al secreto de las comunicaciones telefónicas y que por ello deben ser consideradas nulas, elementos sobre los que es posible enervar la presunción de inocencia y construir el mismo relato fáctico que en su día el Tribunal declaró probado.

Aun así, la conexión entre la violación de los derechos reconocidos CEDH apreciada por el TEDH y la constatación de la vulneración del derecho fundamental a la defensa en el orden interno conducen, en la práctica general, a la declaración de nulidad de la sentencia y la extensión de sus efectos más allá de la propia resolución. En similares términos, se han pronunciado las sentencias más recientes¹⁹.

Los pronunciamientos efectuados por el Tribunal Supremo hasta el momento siguen una línea clara: la existencia de una sentencia firme, referida al caso, en que se aprecia y declara la vulneración del CEDH y la posterior interposición de la revisión contra la correspondiente resolución judicial firme dictada en el proceso, cuando los efectos subsisten, aboca a la nulidad en el alcance que se determine por el Tribunal.

He aquí una de las cuestiones esenciales: el alcance de la nulidad. Su importancia y deficiencias se han puesto de manifiesto en la reciente STS, Pleno, núm. 692/2020, de 15 de diciembre, en la que el Tribunal, tras su STS núm. 426/2020, 27 de julio, que se deriva de la Sentencia del TEDH de 6 de noviembre de 2018 (definitiva 6 de febrero de 2019), caso Otegui Mondragón y otros c. España, por la que se estimó el recurso de revisión, interpuesto por quienes habían obtenido a su favor la sentencia del TEDH, contra la sentencia de casación, declara la nulidad de dicha sentencia.

El Tribunal Supremo, tras anular su sentencia de casación, entró a resolver el recurso de casación interpuesto y en virtud de la STS, Pleno, núm. 692/2020, de 15 de diciembre, estimó el recurso de casación y determinó el alcance de la nulidad a la sentencia de la Audiencia Nacional, del juicio y la retroacción de las actuaciones al momento previo al juicio oral.

El Tribunal Supremo sentó este proceder en que «aunque, como consecuencia de la STEDH, pudiera concluirse que el juicio y la sentencia de instancia no pueden considerarse válidos en derecho, por vulneración del derecho a un juez imparcial, aun sin declaración expresa de los tribunales españoles competentes, ello determinaría que no existe una resolución válida sobre el fondo, es decir, sobre la existencia de los hechos, la participación de

¹⁹ STS núm. 10/2019, 28 de octubre; STS núm. 426/2020, 27 de julio, que se deriva de la Sentencia del TEDH de 6 de noviembre de 2018 (definitiva 6 de febrero de 2019), caso Otegui Mondragón y otros c. España; STS núm. 544/2020, de 22 de octubre.

los acusados en los mismos, y sobre su carácter delictivo. Podría plantearse si, no existiendo una regulación específica sobre el particular, sería suficiente con la sentencia del TEDH y con la dictada en el recurso o proceso de revisión anulando la de casación que desestimó la alegación relativa al derecho a un Juez imparcial. Pero esta forma de operar tendría dos consecuencias inmediatas. De un lado, que no existiría un pronunciamiento definitivo de la Justicia acerca de los aspectos antes mencionados: la existencia de los hechos, la participación de los acusados en los mismos, y el carácter delictivo de los mismos. Y, de otro lado, que los acusados recurrentes han cumplido una pena, en el caso privativa de libertad, como consecuencia de hechos sobre los cuales no existe ese pronunciamiento definitivo».

Por tanto, tras la vulneración del CEDH declarada por la Sentencia del TEDH ha sido preciso el recurso de revisión, por el cual se anula la sentencia de casación, y una nueva resolución aparte del recurso de casación, que acogiendo la vulneración declarada por el TEDH, estima el recurso y acoge la nulidad alegada por las partes de la sentencia de la Audiencia Nacional, extensiva al juicio (en aplicación de la doctrina del TC, en su STC 245/1991, y del TEDH, en su Sentencia de 23 de octubre de 2003, Caso Gençel c. Turquía) y la consiguiente retroacción de actuaciones al momento previo al inicio del juicio oral. Esta STS, Pleno, núm. 692/2020, de 15 de diciembre, parece sentar, de acuerdo con la doctrina constitucional, el criterio para determinar el alcance de la nulidad.

Tras cinco años de vigencia se puede afirmar que la instauración del recurso de revisión como cauce procesal ha dotado de certidumbre al sistema lo que ha permitido al Tribunal Supremo, como máxima instancia judicial en España, tras el examen del caso concreto, atendiendo a los requisitos, circunstancias y la sentencia del TEDH que declara la violación del CEDH, alzar la cosa juzgada, poner fin a la vulneración declarada por el TEDH y, en consecuencia, otorgar una eficacia cuasi directa al pronunciamiento del TEDH en el seno del proceso penal interno.

VI. EL JUICIO DE REVISIÓN EN EL ANTEPROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL DE 2020

El Consejo de Ministros, en fecha 24 de noviembre de 2020, aprobó el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal. En su Exposición de Motivos el legislador anuncia que el régimen de la revisión de sentencias se basa en la regulación hoy día en vigor, procedente de la Ley 41/2015, a la que se intenta, no obstante, dar una redacción más diáfana y accesible. Para ello se incluye la posibilidad de revisión cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado la violación de alguno de los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados por el Convenio.

La nomenclatura cambia. El Anteproyecto abandona la denominación de recurso, que tanta controversia doctrinal ha suscitado, y el Capítulo I del Título V («La revisión de las sentencias firmes») lleva la siguiente rúbrica: «El juicio de revisión». En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se apreciaba el rechazo que inspiraba la utilización del término recurso ligado a la revisión, en tanto que contra las sentencias firmes no cabe recurso alguno.

Entre otras, en la STC 240/2005, de 10 de octubre, se enmarca la denegación de acceso a la revisión en la denegación de acceso a la jurisdicción y no en la denegación de acceso a los recursos, pues «a pesar de que la Ley de enjuiciamiento criminal califique como recurso a la revisión, en puridad no estamos ante una reivindicación relativa al acceso a los sucesivos recursos sino que se trata más bien de una vía de impugnación autónoma que... se aproxima más a la del acceso a la jurisdicción que a la del acceso a los recursos».

El TC excluye así la consideración de una ulterior o última instancia. El ATC 112/1991, de 11 de abril, declara expresamente que no es una instancia más en la que replantear el debate fáctico o jurídico, sino un nuevo proceso derivado de una novedad extrínseca al procedimiento que constituye su objeto.

El legislador acoge el sentido de la definición ofrecida por la STS 111/2015, de 26 de febrero, de «remedio extraordinario». Por tanto, se trata de «un proceso autónomo tendente a rescindir o romper la firmeza de una sentencia. No es un último recurso, sino un proceso diferente que solo cabe promover al amparo de las causas tasadas enumeradas en el art. 954 LECrim. que tienen un denominador común: todas ellas se basan en hechos, datos o circunstancias aparecidos con posterioridad a la condena y no en defectos immanentes del proceso» (ATS de fecha 14 de marzo de 2017).

Entre los motivos de este juicio de revisión de la sentencia firme se encuentra el recogido en el art. 760.2, el cual prevé, en similar sentido a la LECrim. actual, que «se podrá solicitar la revisión de una resolución judicial firme cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos hubiese declarado la violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y sus Protocolos, siempre que la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión. En este caso, solo podrá solicitar la revisión quien, estando legitimado para interponer este recurso, hubiera sido demandante ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La solicitud deberá formularse en el plazo de un año desde que adquiera firmeza la sentencia del referido tribunal».

Por tanto, *ab initio*, la regulación no varía de la dispuesta por la Ley 41/2015. Ahora bien, se regula con mayor concreción el procedimiento, los

requisitos para su admisión, la celebración de la vista, el contenido de la revisión y sus efectos.

En relación al contenido, el art. 766. 5 establece que «en el caso de que el motivo de revisión fuese la vulneración de un derecho fundamental declarada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Sala, atendiendo a la naturaleza del derecho vulnerado y a las circunstancias de la violación, decidirá lo que corresponda para reparar la lesión, acordando, en su caso, la nulidad de la sentencia firme revisada y determinando el alcance de dicha nulidad».

Lo cual invita a concluir que en el propio juicio de revisión se determinará el alcance de la nulidad en caso de que el Tribunal Supremo estime proceder a la revisión de la sentencia firme. Por tanto, parece establecerse que no precisará, como ha sucedido en la STS Pleno, núm. 692/2020, de 15 de diciembre, de dos resoluciones, sino que en el juicio de revisión se determinará el alcance de la nulidad con retroacción de las actuaciones al momento en que estime conveniente a razón de la violación de derechos reconocidos en el CEDH declarada por el TEDH. Asimismo, se salva, de acuerdo con el art. 767, la problemática suscitada en la Sentencia de Pleno a la que se ha hecho alusión, en tanto que, como era el caso, si en el proceso abierto a consecuencia de la revisión y consiguiente anulación de una sentencia firme se impone a la persona condenada una pena privativa de libertad y ésta ya hubiera cumplido, en todo o en parte, pena de igual naturaleza en ejecución de la sentencia anulada, le será de abono en la nueva condena todo el tiempo de dicho cumplimiento si no lo hubiera sido en otra causa.

El nuevo Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento criminal parece consolidar el juicio de revisión como el cauce procesal para dar efectividad a las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos declarativas de una violación del Convenio Europeo de Derechos Humanos en el proceso judicial interno, mientras sus sentencias sigan siendo declarativas y no ejecutivas, sin desconocer que la reforma introducida por el Protocolo 16 suponga, como señala López Guerra, una manifestación de la tendencia apuntada hacia una «constitucionalización del Tribunal»²⁰.

VII. CONCLUSIONES

España se ha posicionado, tradicionalmente, como uno de los países parte del Convenio Europeo que ha tratado de dar efectividad a las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La implementación del recurso de revisión como cauce procesal para la ejecución de las sentencias del Tribunal de Estrasburgo y sus primeros años de vigencia ponen de relieve que los

²⁰ LÓPEZ GUERRA, L. «La evolución del sistema europeo de protección de derechos humanos» *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 42, UNED, 2018, p.128.

efectos de sus sentencias son cuasi directos y reduce el margen de actuación del Tribunal Supremo, de concurrir con los requisitos establecidos, a autorizar la interposición del recurso y a establecer, en caso que sea necesario, la nulidad de la resolución firme y de la concreción de la extensión de sus efectos, pese a la naturaleza declarativa aunque vinculante de las sentencias del TEDH, por ahora, un tribunal supranacional y al margen de la organización judicial interna española.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- BUSTOS GISBERT, R. *La constitución en red: un estudio sobre la supraestatalidad y constitución*, Instituto Vasco de Administración Pública, Oñati, 2005.
- CASADEVALL, J. *El Tribunal de Estrasburgo. Una inmersión Rápida*, Tibidabo Ediciones, Barcelona, 2019.
- GARCÍA ROCA, F.J., FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A., *Integración europea a través de derechos fundamentales: de un sistema binario a otro integrado*, Centro de Estudios Políticos y constitucionales, Madrid, 2009.
- GARCÍA ROCA, J. *La transformación constitucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2019.
- GIMENO SENDRA, V. «La Doctrina Parot y el principio de legalidad» En *Diario La Ley*, Madrid, núm. 8307, 2014.
- . «La reforma, de 2015, de la LECRIM: aspectos generales» *El Proceso Penal. Cuestiones Fundamentales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- LÓPEZ GUERRA, L. «La evolución del sistema europeo de protección de derechos humano s» En *Teoría y Realidad Constitucional*, UNED, Madrid, núm. 42, 2018.
- MARTÍNEZ ARRIETA A, ENCINAR DEL POZO, M.A. *El Recurso de Casación y de Revisión Penal*, 3ª Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- NIÑO ESTÉBANEZ, R. *Fuerza obligatoria y ejecución de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: el procedimiento de revisión*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- OVEJERO PUENTE, A.M. *El derecho al juicio justo en el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- RIPOL CARULLA, S. *El sistema europeo de protección de los derechos humanos y el Derecho español*, Barcelona, Atelier, 2007.
- . «Un nuevo marco de relación entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», En *Revista Española de Derecho Internacional*, Madrid, enero-junio, 2014.
- ROMBOLI, R. «La influencia del CEDH y de la jurisprudencia del TEDH en el ordenamiento constitucional italiano» En *Teoría y Realidad Constitucional*, UNED, Madrid, núm. 42, 2018.
- TRUYOL Y SERRA, A. *Los derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 1982.

LA CONTRATACIÓN TEMPORAL EN LA REFORMA LABORAL: REFLEXIONES CRÍTICAS SOBRE SU CONFORMACIÓN JURÍDICA

Temporary hiring in the labour reform: critical reflections on its legal shaping

Guillermo García González

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Internacional de La Rioja (UNIR)

<https://doi.org/10.18543/ed.2503>

Recibido: 13.05.2022

Aceptado: 14.06.2022

Publicado en línea: junio 2022

Resumen

Entre las modificaciones operadas por la reciente reforma laboral, especial relevancia tiene el cambio que se ha producido en la regulación de la contratación laboral. La reforma, aprobada mediante el Real Decreto-ley 32/2021, ha diseñado un modelo normativo que, tratando de reducir la tradicional dualidad del mercado de trabajo español, restringe el empleo de la contratación temporal a través de distintos instrumentos jurídicos. En este escenario, el contrato por circunstancias de la producción se presenta como el último reducto para articular la temporalidad en nuestro sistema de relaciones laborales. El artículo tiene como objetivo examinar el alcance y contenido de la reforma laboral en relación con la contratación temporal, con singular atención al nuevo contrato por circunstancias de la producción. El análisis se centra especialmente en los principales conflictos interpretativos derivados de la ambigua redacción legal, plagada de imprecisiones y de conceptos jurídicos indeterminados, y que en buena medida es consecuencia lógica del origen transaccional de la norma.

Palabras clave

contrato por circunstancias de la producción, contratación temporal, diálogo social, reforma laboral.

Abstract

Among the modifications operated by the recent labour reform, the change concerning labour hiring is especially relevant. The labour reform approved by the Royal Decree-Law 32/2021 has designed a regulatory model that, pursuing the reduction of the traditional duality in the Spanish labour market, restricts the use of temporary hiring through different legal tools. In this context, temporary employment contract depending on production circumstances appears as the last stronghold to articulate temporary hiring in our labour relations system. This article has the aim of reviewing the scope and the content of the labour reform in connection with temporary hiring, with particular emphasis on the new employment contract depending on production circumstances. The analysis focuses on the main interpretative conflicts due to the ambiguous labour wording, which is full of vagueness and undefined legal concepts, as a logical consequence of the transactional origin of the rule.

Keywords

employment contract depending on production circumstances, temporary hiring, social dialogue, labour reform.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN. II. EL CONTRATO POR CIRCUNSTANCIAS DE LA PRODUCCIÓN: EL (PEN)ÚLTIMO REDUCTO DE LA CONTRATACIÓN TEMPORAL. 1. El contrato por circunstancias de la producción imprevisibles. 1.1. *Las complejas causas habilitantes*. 1.2. *La trascendente conexión entre la causa del contrato y su duración*. 2. El contrato por circunstancias de la producción previsibles. 2.1. *La difusa causalidad del contrato temporal previsible: zonas secantes con el contrato fijo-discontinuo*. 2.2. *Algunos elementos problemáticos: proyección colectiva e individual*. 3. Las contratas y subcontratas y el contrato por circunstancias de la producción. III. UNA REGULACIÓN CONTINUISTA: EL CONTRATO PARA LA SUSTITUCIÓN DE UNA PERSONA TRABAJADORA. IV. EL PAPEL DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LA CONTRATACIÓN TEMPORAL. V. A MODO DE REFLEXIÓN FINAL. VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

La reforma laboral operada en España a finales del año 2021¹ es el resultado de un proceso negociador en el marco del diálogo social que ha dado cumplimiento, al menos aparente, a los compromisos programáticos de los partidos políticos que conforman el actual Gobierno.

La norma se erige como la primera reforma laboral pactada en el marco del diálogo social desde el año 1996, y su trascendencia socioeconómica y política resulta evidente al afectar a múltiples aspectos en la ordenación de las relaciones laborales.

El hecho de ser una norma paccionada, fruto del diálogo social entre el Gobierno y los agentes sociales, la dota de una especial legitimidad sociopolítica. Sin embargo, esa misma génesis transaccional incide en la propia fisiología y fisonomía de la norma, que se integra, en no pocas ocasiones, por inconcreciones y un variado conjunto de conceptos jurídicos indeterminados.

La decidida intención del Gobierno de obtener una regulación acordada, con el fin de asegurarse su aprobación parlamentaria, llevó a numerosas reuniones en el marco del diálogo social que fueron modificando sustancialmente la inicial redacción propuesta por el Ejecutivo. Distintos proyectos se fueron sucediendo y, según avanzaba el proceso negociador, los difíciles consensos se iban consiguiendo con base en redacciones normativas conscientemente ambiguas e inciertas, que procrastinaban los eventuales

¹ Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo.

problemas que se suscitaran a su resolución ulterior por la aplicación e interpretación que la negociación colectiva y los jueces y tribunales pudieran realizar.

Alentados por la firme determinación del Gobierno de que la reforma fuera consensuada en el marco del diálogo social, los interlocutores sociales llegaron a un punto de acuerdo basado en buena medida en incertidumbres y vacíos. En último término, se reformó lo que pudo consensuarse y con el alcance que pudo acordarse; necesario, sí, pero insuficiente y/o deficiente, también. De este modo, la participación de los agentes sociales en el proceso de elaboración de la norma, que a priori debería garantizar una regulación más cercana a la realidad de las relaciones laborales y de más sencilla interpretación y aplicación, se transforma, paradójicamente, en una fuente de inseguridad jurídica. A ello, debe añadirse la escasa depuración técnica de la norma, déficit que se ve plasmado en continuas imprecisiones e imperfecciones y que conforma un escenario de inseguridad jurídica e incertidumbre en el aplicador del derecho².

La pintoresca convalidación del RDL 32/2021 en trámite parlamentario³, que tuvo lugar por un único voto de diferencia que, además, fue otorgado por un error de un diputado de la oposición, ocultó en gran medida la trascendencia del discurso previo que había precedido a dicha tramitación ante el poder legislativo. En este sentido, ha de subrayarse que los agentes sociales exigieron, y el Gobierno asumió como propia dicha exigencia, que el texto que saliera del Congreso no variara en ningún punto el acuerdo alcanzado en el marco del diálogo social. Este requerimiento impuesto por el diálogo tripartito implicaba que los partidos que en el arco parlamentario apoyaban al Gobierno se limitaran a convalidar la reforma propuesta, sin posibilidad de introducir ninguna mínima variación. Ello derivó en que los socios habituales del Gobierno dieran la espalda a la convalidación parlamentaria de la norma en los términos impuestos por el poder ejecutivo; convalidación que en último

² Evidencia de la mejorable calidad técnica de la norma es la amplia corrección de errores que tuvo que realizarse en el *BOE* de 19 de enero de 2022, así como las modificaciones que se operaron a través del Real Decreto-ley 1/2022, de 18 de enero, por el que se modifican la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito; la Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión; y el Real Decreto 1559/2012, de 15 de noviembre, por el que se establece el régimen jurídico de las sociedades de gestión de activos, en relación con el régimen jurídico de la Sociedad de Gestión de Activos procedentes de la Reestructuración Bancaria (*BOE*, 19 de enero de 2022).

³ Resolución de 3 de febrero de 2022, del Congreso de los Diputados, por la que se ordena la publicación del Acuerdo de convalidación del Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo (*BOE*, 8 de febrero de 2022).

término se produjo por un único voto y mediando una confusión. Huyendo de lo anecdótico, la situación previa a la convalidación refleja una imposición tan rígida por parte del diálogo social al poder legislativo, que, como ha señalado la doctrina más autorizada, implica el riesgo de desplazar el pluralismo que asumen los partidos políticos constitucionalmente por el pluralismo sindical y empresarial, tratando de imponer “el pacto social logrado afanosamente a la soberanía parlamentaria” (Molina Navarrete 2022, 6).

Frente a los inconvenientes técnico-jurídicos que toda legislación social pactada acarrea, son indudables -y aunque quedan fuera del ámbito de este estudio deben ser resaltados- los importantes beneficios que una norma paccionada genera, no solo desde la perspectiva de la mejor aceptación de los sujetos destinatarios de las normas, sino también desde la propia salud de nuestro sistema democrático. En este sentido, ha de recordarse que el diálogo social y el acuerdo son las señas de identidad de un modelo social democrático, avanzado y maduro (Goerlich Peset, Mercader Uguina y de la Puebla Pinilla 2022, 5).

Desde su reciente promulgación, la reforma laboral ha suscitado enjundiosos debates académicos y ha sido objeto de diferentes obras monográficas, números especiales de revistas especializadas y comentarios de prestigiosos y egregios *iustlaboralistas*. A escasas horas de su publicación en el *BOE*, ya existían en la red impresiones, opiniones y juicios técnico-jurídicos de la doctrina, que reflejaban el interés que una norma de estas características despierta siempre en los estudiosos del derecho del trabajo. Es muy difícil encontrar una reforma normativa que haya sido objeto de tan inmediata, intensa y extensa atención por parte de la doctrina, que, sin apenas tiempo para asimilar la norma promulgada, se ha afanado por comentarla. Este hecho refleja la energía y vitalidad que el *iustlaboralismo*, principalmente el que se sirve de medios digitales, tiene en la actualidad. Pero, por otra parte, también sitúa al estudioso del derecho en un complejo escenario de superabundancia de información.

Teniendo en cuenta el extenso alcance de la reforma operada y el superávit doctrinal existente sobre la misma, parece oportuno que, cualquier examen de la norma que quiera trascender de orientaciones meramente descriptivas o narrativas, o simplemente compiladoras de lo que ya se ha expresado, venga precedido de un ejercicio previo de delimitación; y ello, tanto del objeto a analizar como del método técnico-jurídico a emplear en el análisis.

Partiendo de lo anterior, el presente artículo tiene como objetivo examinar uno de los aspectos nucleares de la reforma laboral: la nueva contratación temporal. La reducción de la temporalidad en el mercado laboral español puede ser considerado como uno de los objetivos principales de la reforma laboral. A través de la nueva ordenación de la contratación laboral,

el legislador pretende reducir la segmentación que tradicionalmente ha sufrido España entre trabajadores temporales e indefinidos y la alta tasa de temporalidad existente en nuestro país si se compara con el resto de la Unión Europea⁴. En cumplimiento del objetivo referido, la reforma reordena el modelo de contratación laboral español sobre la base de cuatro elementos: preferencia por la contratación indefinida; acentuación y reforzamiento del carácter causal de la contratación temporal; simplificación de la contratación temporal; e incremento de los mecanismos de fiscalización y disuasorios dirigidos a un uso razonable y justificado de la contratación temporal⁵. Entre todos los extremos señalados, el presente estudio se centra en examinar la contratación temporal por duración determinada configurada por el nuevo art. 15 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET). Dentro de ese marco, especialmente se pretende concretar la configuración jurídica interna de la nueva contratación temporal estructural en el ámbito del empleo privado. Quedan fuera del examen, en consecuencia, aquellos aspectos relacionados con la contratación temporal en el empleo público, y los mecanismos de fiscalización disuasorios conformados por el legislador⁶.

⁴ Con cierto lirismo evoca esta idea la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo, cuando señala que la Unión Europea “viene recordándonos insistentemente la necesidad de afrontar esta carencia, el mercado de trabajo español constituye un planeta lejano, una anomalía que se expresa especialmente en una tasa de temporalidad inasumible y con efectos mucho más allá de la duración efímera de los contratos de trabajo”. Ha de recordarse que, en último término, la reforma deriva del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia presentado a la Comisión Europea por el Gobierno el 30 de abril de 2021, y aprobado por el Consejo ECOFIN el 13 de julio de 2021, y que trata de adaptar nuestro modelo de relaciones laborales a los estándares de temporalidad europeos (Rodríguez-Piñero Royo 2022, 28-31).

⁵ Como señala la Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo: “Para que se reduzca la temporalidad es necesario simplificar los tipos de contratos, generalizar la contratación indefinida y devolver al contrato temporal la causalidad que se corresponde con la duración limitada”. El reforzamiento de la causalidad en la contratación temporal ha sido destacado por la doctrina como uno de los elementos de mayor trascendencia de la reforma laboral (Rodríguez Ramos 2022, 158-160; Igartua Miró 2022, 259-262).

⁶ Diferentes estudios doctrinales han examinado la incidencia de la reforma laboral en el empleo público con detalle y precisión (Ramos Moragues 2022; Gómez Caballero 2022). También existen numerosas aportaciones que, con alto rigor técnico, han analizado los distintos mecanismos fiscalizadores y disuasorios de la contratación temporal implementados por la reforma (Nieto Rojas 2022; Rodríguez Ramos 2022; Igartua Miró 2022).

Delimitado así el objeto de análisis, el artículo pretende esencialmente, por una parte, detectar los conceptos jurídicos indeterminados existentes en el precepto, otorgando diferentes soluciones para su concreción⁷; y, por la otra, destacar las distintas interpretaciones que del texto de la norma se pueden colegir en relación con algunas lagunas y extremos oscuros o ambiguos, ofreciendo posibles vías de solución a los debates jurídicos que eventualmente se susciten⁸.

Acotado el examen en estos términos, es preciso realizar dos observaciones preliminares. En primer lugar, el condensar el análisis en un concreto precepto no evita que a lo largo del mismo se hayan de realizar continuas referencias a otros que, íntimamente relacionados, tengan incidencia en el artículo analizado. En segundo lugar, el estudio se centra fundamentalmente en aquellos aspectos más dudosos, indeterminados o controvertidos del precepto desde la óptica jurídica, obviando aquellos que, pese a poder ser conflictivos desde la política socioeconómica o desde la oportunidad legislativa, resulten claros o evidentes en sus postulados.

Hechas las consideraciones que anteceden, a continuación se examina la nueva contratación temporal introducida por la reforma laboral.

II. EL CONTRATO POR CIRCUNSTANCIAS DE LA PRODUCCIÓN: EL (PEN)ÚLTIMO REDUCTO DE LA CONTRATACIÓN TEMPORAL

El contrato por circunstancias de la producción se subdivide en dos modalidades que obedecen a lógicas diametralmente diferentes. Así, y bajo una misma denominación, se insertan distintas modalidades contractuales que ya han sido denominadas por la doctrina de modo dispar: contratos por circunstancias de la producción imprevisibles y previsibles (Gómez Abelleira 2022, 23; Molina Navarrete 2022, 11), supuesto principal y secundario (Moreno Vida 2022) y, gráficamente, contrato “largo” y contrato “corto” (Goerlich Peset 2022)⁹. Más allá de disquisiciones terminológicas, lo cierto es que la conformación de esta figura contractual resulta confusa y ambigua en muchos aspectos. Se evidencia en este punto con especial intensidad que el

⁷ Por concepto jurídico indeterminado ha de entenderse aquel “concepto cuyo contenido y alcance es en gran medida incierto” (Engisch 2001, 130).

⁸ Se acoge el término laguna en su acepción amplia o débil, concibiéndola como “cualquier ausencia de normas, aun cuando sea susceptible de solución por el intérprete mediante el recurso a la analogía o a los principios generales del derecho” (Ferrajoli 2011, 648).

⁹ Algún autor categoriza las modalidades del contrato por circunstancias de la producción en tres tipos: el supuesto general (incrementos ocasionales e imprevisibles), el específico (oscilaciones) y el extraordinario (Costa Reyes 2022, 48). El debate terminológico, lejos de ser meramente anecdótico, no deja de reflejar la compleja y confusa estructura con la que los negociadores dotaron a este tipo contractual.

texto normativo es fruto de una negociación que, solo a través de conceptos jurídicos indeterminados y en detrimento de la seguridad jurídica, pudo finalizar con consenso (Goerlich Peset 2022, 36).

1. *El contrato por circunstancias de la producción imprevisibles*

El art. 15.2 ET determina que se entenderán por circunstancias de la producción el incremento ocasional e imprevisible de la actividad y las oscilaciones, que aun tratándose de la actividad normal de la empresa, generan un desajuste temporal entre el empleo estable disponible y el que se requiere, siempre que no respondan a los supuestos incluidos en el art. 16.1 ET (contrato fijo-discontinuo). En las oscilaciones se entenderán incluidas aquellas que derivan de las vacaciones anuales.

Cuando el contrato de duración determinada obedezca a estas circunstancias de la producción, su duración no podrá ser superior a seis meses. Por convenio colectivo de ámbito sectorial se podrá ampliar la duración máxima del contrato hasta un año. En caso de que el contrato se hubiera concertado por una duración inferior a la máxima legal o convencionalmente establecida, podrá prorrogarse, mediante acuerdo de las partes, por una única vez, sin que la duración total del contrato pueda exceder de dicha duración máxima.

La redacción del precepto estatutario en este punto resulta bastante compleja y anticipa gran litigiosidad (de la Puebla Pinilla 2022a, 6). La multitud de conceptos jurídicos indeterminados que integran el artículo han suscitado ya diferentes posicionamientos doctrinales, lo que avanza una probable conflictividad judicial en la depuración del alcance y contenido del precepto. Todo apunta, de este modo, a que en sede judicial se desarrollará una labor de concreción y determinación del texto normativo que, quizás deliberadamente oscuro, fue pactado por los negociadores colectivos y plasmado literalmente por el poder legislativo en el texto de la norma.

1.1. Las complejas causas habilitantes

El art. 15.2 ET contempla dos supuestos que amparan la utilización del contrato por circunstancias de la producción imprevisibles. Por una parte, el incremento ocasional e imprevisible de la actividad de la empresa; y, por la otra, las oscilaciones, aun tratándose de la actividad normal de la empresa (incluidas las que derivan de las vacaciones anuales) que generen un desajuste temporal entre el empleo estable disponible y el que se requiere para atender a dichas circunstancias.

En ambos casos, el contrato por circunstancias de la producción solo procederá cuando las causas que lo justifican no respondan a los supuestos incluidos en el art. 16.1 ET (contrato fijo-discontinuo).

La configuración legal de la causa de contratación temporal imprevisible suscita distintos interrogantes, principalmente derivados del empleo de conceptos jurídicos indeterminados, que precisan ser examinados con cierto detenimiento. Entre todos ellos, cabe señalar los que siguen:

- Acerca del incremento ocasional e imprevisible. El primer supuesto apuntado parece acoger las situaciones que anteriormente ejemplificaba el texto estatutario en el contrato eventual: circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos. Cabe plantear qué debe entenderse por incremento imprevisible, pues será la imprevisibilidad la circunstancia que habilite para concertar este contrato. El concepto de previsibilidad no solo es un concepto jurídico indeterminado, sino que, en el contexto socioeconómico y político contemporáneo, marcado por una volatilidad e incerteza intrínseca, parece de difícil concreción. La previsibilidad ha de proyectarse en un horizonte temporal que, en este caso, el legislador parece acotar en doce meses. Ello se deduce de la propia regulación estatutaria que, como se verá al examinar el contrato por circunstancias de la producción previsible, parece anudar la previsibilidad de contratación a la anualidad. En cuanto al carácter ocasional que se predica del incremento de la actividad imprevisible, debe identificarse como de condición transitoria y no permanente, y supone excluir a todos aquellos casos en los que el incremento tenga carácter habitual, estacional, regular o cíclico, pues dichos supuestos se incardinarán en los contratos fijos-discontinuos *ex art. 16 ET* (Gómez Abelleira 2022, 23-24; Costa Reyes 2022, 49).
- Sobre las oscilaciones. También son causa del contrato por circunstancias de la producción las oscilaciones, aun tratándose de la actividad normal de la empresa, que generen un desajuste entre el empleo disponible y el requerido para atenderlas. El término oscilaciones ha suscitado múltiples dudas interpretativas. Sería lógico pensar que las oscilaciones se refieren a la demanda y que deben ser imprevisibles y ocasionales, porque de lo contrario, de ser previsible, intermitentes, cíclicas o regulares el contrato adecuado sería el fijo-discontinuo. Teniendo en cuenta lo anterior, resulta difícil distinguir el supuesto de oscilación respecto al supuesto de incremento ocasional e imprevisible, pues ambos parecen referirse a una misma realidad (Gómez Abelleira 2022, 24). La solución interpretativa puede venir dada por la inclusión de las vacaciones anuales dentro de dichas oscilaciones, expresamente contemplada por el art. 15.2 ET. En este sentido, dentro de las oscilaciones que justifican el contrato por circunstancias de la producción “se entenderán incluidas aquellas que derivan de las vacaciones anuales”. El precepto no concreta más en este punto, pero parece tratar de

resolver normativamente el largo conflicto judicial sobre la modalidad contractual a emplear para la sustitución de trabajadores durante su periodo de descanso vacacional. La propia redacción legal parece habilitar explícitamente una regla especial para las vacaciones, de forma que el desajuste temporal entre el empleo disponible y el necesario durante las vacaciones de los trabajadores es considerado como una causa singular y con reconocimiento expreso legal que justifica el contrato por circunstancias de la producción. El hecho de conceptuar a las vacaciones como oscilaciones, ha llevado a parte de la doctrina a entender que el término oscilación hace referencia a aspectos internos organizativos de la empresa, en contraposición con los incrementos ocasionales e imprevisibles, que se anudarían a aspectos exógenos a la organización, como la demanda o el mercado en general (Gómez Abelleira 2022, 24-25; Goerlich Peset 2022, 38 y ss.; Calvo Gallego 2022, 117 y ss.). Así, se incluirían dentro de las oscilaciones necesidades que pudieran derivar de la situación de la plantilla estable (vacaciones, permisos largos) y aquellas que traen causa de las propias estrategias empresariales (inicio de una nueva actividad, por ejemplo) (Goerlich Peset 2022, 39 y ss.). Bajo este prisma, y teniendo en cuenta el carácter abierto del término oscilaciones, parece esta una nueva vía para la introducción de la temporalidad en nuestro modelo de relaciones laborales (Molina Navarrete 2022, 11).

- Las vacaciones como causa del contrato por circunstancias de la producción. Como se ha anticipado, el legislador reconoce expresamente como oscilaciones justificativas del contrato por circunstancias productivas las que derivan de las vacaciones anuales. Cabe cuestionarse si esta habilitación legal implica que en cualquier supuesto las vacaciones anuales de la plantilla pueden ser cubiertas mediante la contratación temporal, o si, por el contrario, el empleo de este contrato para cubrir las vacaciones está condicionado también a la previa valoración de que exista un desajuste temporal entre el empleo estable disponible y el que se requiere. Apoyando esta segunda tesis, un sector de la doctrina entiende que el empleo del contrato temporal productivo para periodos de vacaciones requiere de un análisis previo de las circunstancias concurrentes; y ello, por cuanto si la empresa utilizara de forma masiva el contrato temporal para cubrir las vacaciones de su plantilla nos encontraríamos ante un desajuste permanente y estructural entre el empleo existente y el necesario, vulnerando el carácter temporal o transitorio que ha de tener el desajuste *ex art. 15.2 ET* (Moreno Vida 2022, 119; Ramos Moragues y López Balaguer 2022, 69 y ss.). Así, y partiendo de los principios inspiradores de la reforma, se presume que el legislador no ha querido introducir nuevos supuestos de temporalidad

anteriormente excluidos, con lo que la interpretación que ha de darse a la inclusión de las vacaciones dentro de las oscilaciones solo puede tener un alcance muy restrictivo y concurrir excepcionalmente (por ejemplo, en los supuestos del art. 38.3 ET, al conllevar un disfrute fuera de la fecha prevista) (Costa Reyes 2022, 50).

No parece esta la interpretación más apropiada si tenemos en cuenta la dicción legal, que expresamente asimila las vacaciones a las oscilaciones a efectos del empleo del contrato por razones productivas sin mayor concreción. El propio negociador (redactor) de la norma avala esta interpretación, considerándola una excepción a la regla general según la cual el contrato por circunstancias de la producción solo procederá cuando las causas que lo justifican no respondan a los supuestos incluidos en el art. 16.1 ET (UGT 2022, 6). De este modo, y por expresa voluntad del legislador, la incardinación de las vacaciones dentro de las oscilaciones que habilitan el contrato por circunstancias de la producción ha de considerarse de carácter constitutivo o una norma especial de aplicación prioritaria (Calvo Gallego 2022, 118); y ello, con independencia de que enmiende normativamente la interpretación jurisprudencial sobre el empleo del contrato temporal para la cobertura de las vacaciones anuales¹⁰. Una interpretación en sentido contrario supone retorcer la voluntad del legislador (negociador) en este punto. Sin menoscabo de lo anterior, resulta indudable que el precepto suscita serias dudas desde la dogmática jurídica, puesto que el supuesto que el legislador reconoce expresamente como oscilación justificativa de la contratación temporal se acomoda técnicamente más a un contrato fijo-discontinuo que a un contrato por circunstancias productivas.

1.2. La trascendente conexión entre la causa del contrato y su duración

El régimen jurídico de la duración del contrato por circunstancias de la producción apenas ha variado, aparentemente, respecto al derogado contrato eventual. De este modo, el contrato por circunstancias de la producción no podrá tener una duración superior a seis meses, ampliable hasta un año por convenio colectivo sectorial. En caso de que el contrato se hubiera concertado por una duración inferior a la máxima legal o convencionalmente establecida, podrá prorrogarse, mediante acuerdo de las partes, por una única vez, sin que la duración total del contrato pueda exceder de dicha duración máxima. Se suprime el antiguo periodo de referencia de la eventualidad que establecía la anterior regulación del contrato eventual (art. 15.1 b) ET). Esta

¹⁰ *Vid.* STS 983/2020, de 10 de noviembre (n.º rec. 2323/2018) y STS 745/2019, de 30 de octubre (n.º rec. 1070/2017).

eliminación ha de ser valorada positivamente, por cuanto simplifica el régimen jurídico obviando un aspecto que carecía de eficacia en la práctica (Goerlich Peset 2022, 38; Almendros González 2022, 372).

Sin embargo, y pese a la aparente continuidad en este punto, ha de tenerse presente la nueva formulación del art. 15.1 ET que enfatiza la vinculación entre el contrato temporal y su causa habilitante desde una perspectiva temporal. Así, para que se entienda que concurre causa justificada de temporalidad será necesario que se especifiquen con precisión en el contrato la causa habilitante de la contratación temporal, las circunstancias concretas que la justifican y “su conexión con la duración prevista” (art. 15.2 ET). Ello implica que la libertad de las partes respecto a la duración del contrato por circunstancias de la producción se encuentra limitada, no solo formalmente (máximo seis meses, o hasta doce por convenio colectivo sectorial), sino también materialmente (por el tiempo que permanezca la causa que lo habilita). Así, el hecho de que exista en el momento de la contratación por circunstancias productivas una causa habilitante, no posibilita *per se* una libertad total de las partes para fijar la duración contractual o para alcanzar la duración máxima prevista legalmente, sino que esta ha de ajustarse estrictamente a la duración de la causa que lo motivó. Ello supone que las partes han de vincular la duración del contrato temporal con la duración de la causa productiva desde el inicio de la relación contractual, teniendo en cuenta que una estimación a la baja de su duración podrá ser corregida mediante una única prórroga, y una estimación al alza podría derivar en que el trabajador fuera considerado fijo *ex art.* 15.4 ET (Gómez Abelleira 2022, 25). De este modo, es fundamental que en la fijación de la duración del contrato por circunstancias de la producción se examine no solo la causa existente, sino también su posible proyección previsible en el tiempo, con el fin de que duración de la causa y del contrato vayan en consonancia; tarea que, *prima facie*, parece de difícil realización en muchos de los supuestos típicos subsumibles en el contrato por circunstancias de la producción. Quizás, una flexibilización del modelo de prórroga única hubiera constituido una herramienta idónea para una mayor acomodación de la vigencia del contrato a la de la causa en algunos supuestos de temporalidad que, esencialmente, son indeterminables en su duración en el momento de la perfección del contrato de trabajo.

2. *El contrato por circunstancias de la producción previsible*

Como ya se ha apuntado, la nueva redacción del art. 15 ET introduce una nueva modalidad de contrato por circunstancias de la producción. Dispone literalmente el precepto que “las empresas podrán formalizar contratos por circunstancias de la producción para atender situaciones ocasionales, previsible y que tengan una duración reducida y delimitada en los términos

previstos en este párrafo. Las empresas solo podrán utilizar este contrato un máximo de noventa días en el año natural, independientemente de las personas trabajadoras que sean necesarias para atender en cada uno de dichos días las concretas situaciones, que deberán estar debidamente identificadas en el contrato. Estos noventa días no podrán ser utilizados de manera continuada”.

A la escueta e imprecisa regulación legal, se une en este caso la novedad que presenta esta figura contractual, fruto de una *pseudoingeniería* jurídica motivada seguramente por el origen transaccional de la norma. En este contexto, todo parece apuntar a que esta modalidad contractual tendrá una existencia plagada de conflictos interpretativos y aplicativos que terminarán por conformarla, con toda probabilidad, de una forma diferente a la que concibieron sus creadores en el marco del diálogo social.

2.1. La difusa causalidad del contrato temporal previsible: zonas secantes con el contrato fijo-discontinuo

La causa de esta modalidad de contrato por circunstancias de la producción se encuentra en las situaciones ocasionales, previsibles y que tengan una duración singularmente reducida y delimitada (un máximo de noventa días no continuados en el año natural). Aunque el literal de la norma no lo especifica, es lógico deducir que el empleo de esta figura contractual se justifica en la medida que estas situaciones ocasionales, previsibles y de duración reducida generen un desajuste entre el empleo disponible y el necesario para atenderlas. Así, y pese a que la causa de este contrato se presente difusa, ha de entenderse que la misma viene determinada por las situaciones ocasionales, previsibles y de duración reducida que generen un desajuste entre los recursos humanos disponibles y las necesidades productivas (Goerlich Peset 2022, 41 y ss).

El operador jurídico encuentra en esta conceptualización los clásicos problemas ligados al uso (y abuso) de conceptos jurídicos indeterminados. Como se ha señalado en otro punto del estudio, el término previsible parece vincularse a estos efectos con la anualidad, pues el propio precepto obliga a las empresas en el último trimestre de cada año a trasladar a los representantes de los trabajadores una previsión anual de uso de estos contratos. Tampoco ofrece excesivas dudas el carácter reducido de la situación objeto de atención, pues el legislador se ocupa de acotarla en un máximo de noventa días al año, si bien estos no pueden ser continuos.

Mayor problema interpretativo plantea el término ocasionalidad en este constructo cuando se asocia con el elemento de la previsible. Sin menoscabo de la prudencia que aconseja cualquier tipo de análisis de una norma tan incipiente, el término ocasionalidad, en su vinculación con la previsible, implica esporádico, no continuado, no habitual en el transcurso del año. Ello no

significa que no pueda ser una situación que se repita, siempre que los periodos sean reducidos y no superen los límites de referencia que recoge el precepto (Gómez Abelleira 2022, 25-26; Llorente Cachorro y Pavía Nocete, 2022).

Es cierto que el hecho de que una situación ocasional, previsible y de duración reducida se pueda repetir en el tiempo (en este caso, anualmente), puede entrar en conflicto con el contrato fijo-discontinuo en su objeto (Cabero Morán 2022)¹¹. El redactado normativo induce a pensar que el legislador, consciente de esta colisión, trata de evitarla al omitir en la regulación del contrato productivo previsible la prescripción que sí que se contiene en la ordenación del previsible (“siempre que no respondan a los supuestos incluidos en el artículo 16.1”) (Calvo Gallego 2022, 124). Ello podría implicar que el contrato productivo previsible, por su especificidad y su dinámica de dimensión colectiva, es de preferente aplicación en las situaciones ocasionales, previsibles y de duración muy limitada, aunque estás se repitan en el tiempo. De otra manera, no se comprende como el legislador se preocupa de deslindar el contrato fijo-discontinuo del productivo imprevisible, señalando que si la situación se incardina en el art. 16.1 ET no podrá concertarse un contrato de ese tipo, pero obvia esta prescripción en el contrato temporal previsible.

La anterior interpretación, no obstante, no es compartida por la doctrina mayoritaria, que entiende que el contrato temporal previsible no podrá ser utilizado en situaciones cíclicas o intermitentes, pues ello determinaría la celebración de un contrato fijo-discontinuo. Así, se considera que ocasionabilidad no puede confundirse con estacionalidad, y que la repetición de estas situaciones previsibles y de corta duración en el tiempo debe llevar necesariamente a la formalización de un contrato fijo-discontinuo (Moreno Vida 2022, 122-123; Costa Reyes 2022, 51 y ss.; Gorelli Hernández 2022, 229). Fundamentan su tesis en los principios inspiradores de la reforma laboral y en la vinculación interna que existe entre las causas del contrato imprevisible y las del previsible, que lleva a pensar que lo que está prohibido para uno lo está para el otro (Goerlich Pesset 2022, 43 y ss.).

La línea exegética que se acabe imponiendo dependerá, en última instancia, de la interpretación que jueces y tribunales realicen del texto legal (Monereo Pérez, Rodríguez Escanciano y Rodríguez Iniesta 2022, 26). Se acoja una u otra opción, la regulación en este punto resulta manifiestamente oscura y diseña un futuro de conflictiva cohabitación entre los contratos por

¹¹ El art. 16.1 ET establece que: “El contrato por tiempo indefinido fijo-discontinuo se concertará para la realización de trabajos de naturaleza estacional o vinculados a actividades productivas de temporada, o para el desarrollo de aquellos que no tengan dicha naturaleza pero que, siendo de prestación intermitente, tengan periodos de ejecución ciertos, determinados o indeterminados”.

circunstancias de la producción y los fijos-discontinuos. Es de difícil explicación la escasa depuración técnica que en este concreto aspecto manifiesta el legislador (negociador). La patente indeterminación y ambigüedad que suscita esta cuestión lleva a pensar que la misma fue configurada de esa forma deliberadamente, procrastinando su resolución a la ulterior depuración exe-gética jurisdiccional, y desplazando, en consecuencia, el papel regulador del poder legislativo, en puridad del diálogo social, al poder judicial. Se prima de este modo el consenso a la seguridad jurídica, y se trasladan los conflictos de la mesa de diálogo social a la realidad de las relaciones laborales.

2.2. Algunos elementos problemáticos: proyección colectiva e individual

La especial naturaleza del contrato por circunstancias de la producción previsible, la innovación que el mismo representa en nuestro modelo de relaciones laborales y las imprecisiones que jalonan el texto normativo, sitúan a los operadores jurídicos en un escenario de inseguridad. Con el fin de aportar algo de luz en este contexto incierto, un examen detallado de esta modalidad contractual precisa adoptar una doble perspectiva de análisis: la colectiva y la individual (Gómez Abelleira 2022, 26).

Desde una perspectiva colectiva, esta modalidad contractual se integra por distintos elementos de trascendencia plural, cuya esencia y problemática se puede condensar en los siguientes límites:

- Límite temporal: periodo de utilización del contrato. Como se ha señalado, este contrato se podrá emplear por la empresa un número máximo de noventa días al año que, *ex art. 5* del Código Civil, han de entenderse como naturales (Calvo Gallego 2022, 125). Este periodo será fijado en el último trimestre del año por la empresa, identificando las situaciones ocasionales y previsible que el año siguiente concurrirán.
- Límite geográfico: unidad productiva de referencia. El legislador dispone que las empresas solo podrán utilizar este contrato un máximo de noventa días anuales. Del literal de la norma se deriva que el periodo de utilización ha de fijarse por empresa. Esta es la postura mantenida por buena parte de la doctrina, que aboga por una interpretación literal en este punto (Goerlich Peset 2022, 42; Costa Reyes 2022, 52; Calvo Gallego 2022, 125). Sin embargo, resulta lógico entender que, en el supuesto de que la empresa disponga de diferentes centros de trabajo, el periodo de los noventa días sea fijado por cada centro y no por empresa. Esta tesis resultaría la más coherente si se considera que es posible que una misma empresa tenga centros con distintas actividades y también con diferentes calendarios laborales (Gómez Abelleira 2022, 27; Ramos Moragues y López Balaguer 2022, 77 y ss.). Con todo, y

como se ha señalado, la dicción legal parece apuntar a la empresa como unidad de referencia.

- Límite subjetivo: número de trabajadores contratados durante el periodo de referencia. Durante los noventa días establecidos, las empresas podrán perfeccionar aquellos contratos que resulten necesarios para atender las situaciones ocasionales, previsibles y de corta duración. Esta interpretación se deriva del propio art. 15.2 ET, que dispone que las empresas podrán utilizar este contrato un máximo de noventa días en el año natural “independientemente de las personas trabajadoras que sean necesarias para atender en cada uno de dichos días las concretas situaciones”. En este sentido, el contrato puede ser calificado como subjetivamente plural (Molina Navarrete 2022, 12). Ello no implica que la empresa, durante el periodo establecido, tenga plena libertad para contratar bajo esta modalidad a todos los trabajadores que desee. Y ello, por cuanto en este punto sigue rigiendo el límite establecido en el art. 15.1 ET, que exige para que concurra causa justificada de temporalidad que se especifiquen con precisión en el contrato la causa habilitante de la contratación temporal, las circunstancias concretas que la justifican y su conexión con la duración prevista. De este modo, no existe un límite formal al número de contratos que durante el periodo se puedan realizar, pero sí que concurre un límite material, que exige que exista una correspondencia entre la causa habilitante de la temporalidad y el número de contratos temporales que se puedan perfeccionar para atenderla.
- Límite procedimental: planificación empresarial. Las empresas, en el último trimestre de cada año, deberán trasladar a la representación legal de las personas trabajadoras una previsión anual de uso de estos contratos. De la formulación legal se deduce que lo que ha de ser trasladado no es solo el periodo de utilización de esta modalidad contractual, sino también el volumen de contrataciones que al amparo de la misma se pudieran previsiblemente producir. Es evidente que la información que se traslade ha de ser necesariamente una previsión, pues no siempre resultará fácil determinarla exactamente con tanta antelación (Moreno Vida 2022, 125). En todo caso, el trámite trimestral informativo *ex art.* 64.2 c) ET ha de servir a estos efectos para proporcionar información actualizada sobre el empleo de esta modalidad contractual a los representantes legales de los trabajadores (Gómez Abelleira 2022, 26).

Acogiendo una perspectiva individual, cada específico contrato formalizado bajo esta modalidad ha de acotarse al periodo de los noventa días pre-determinado por la empresa. Además, ningún contrato podrá alcanzar la duración máxima de noventa días, pues el precepto dispone que los “noventa días no podrán ser utilizados de manera continuada”. Estos límites formales

han de ponerse en relación con el límite material: el contrato habrá de tener conexión con las circunstancias que lo justifican, acomodando su duración a la vigencia de las mismas (art. 15.1 ET). Partiendo de estas consideraciones, cada contrato requerirá una duración singular en atención a la causa que lo justifique, no siendo posible delimitar caprichosamente la duración contractual en el periodo de los noventa días, obviando la causa que lo sustenta. Siguiendo este mismo razonamiento, nada se opone a que, existiendo distintas causas a lo largo del periodo de referencia, un mismo trabajador pueda tener varios contratos durante dicho periodo, siempre que su duración se vincule a la causa que lo justifica y se respeten los límites formales.

Por otra parte, no aparenta ser viable la existencia de prórrogas en este tipo de contrato, al no contemplar expresamente esta posibilidad el legislador, en contraste con la habilitación que realiza en la modalidad previsible. Sin embargo, si se tiene en cuenta la necesaria vinculación entre la duración del contrato y las circunstancias que lo justifican, resulta problemático que, un (inherentemente) exiguo incremento de la duración de las circunstancias justificativas, dentro del reducido periodo de los noventa días, no vaya acompañado de una ampliación del contrato formalizado para atenderlas.

3. *Las contratas y subcontratas y el contrato por circunstancias de la producción*

El último párrafo del art. 15.2 ET establece literalmente que no podrá “identificarse como causa de este contrato la realización de los trabajos en el marco de contratas, subcontratas o concesiones administrativas que constituyan la actividad habitual u ordinaria de la empresa, sin perjuicio de su celebración cuando concurren las circunstancias de la producción en los términos anteriores”.

La compleja arquitectura del art. 15.2 ET y la ubicación de la prohibición referida en el último párrafo del precepto, inmediatamente después del contrato previsible o “corto”, plantea la duda de si dicha prohibición se proyecta solo sobre este contrato o también sobre el contrato imprevisible o “largo”. Aparentemente la discusión carece de trascendencia, pues el art. 15.2 ET (primer párrafo), cuando regula el contrato imprevisible, ya incorpora esta misma prohibición (“siempre que no respondan a los supuestos incluidos en el artículo 16.1”). Este hecho, y la ubicación de la prohibición en el precepto, pueden llevar a pensar que la prohibición del último párrafo del art. 15.2 ET se refiere únicamente al contrato previsible o “corto”. Sin embargo, y como acertadamente se ha señalado, debe tenerse presente que la prohibición del último párrafo del art. 15.2 no es coincidente en todos sus términos con la prescripción del primer párrafo del precepto (“siempre que no respondan a los supuestos incluidos en el artículo 16.1”). Este impide el empleo del

contrato por circunstancias productivas si es posible recurrir al fijo-discontinuo, pero el último párrafo añade algo más: su posible celebración cuando concurren las circunstancias de la producción en los términos anteriores. De este modo, parece lógico entender que la prohibición del último párrafo del art. 15.2 ET se proyecta a ambas modalidades contractuales a modo de cláusula de cierre (Goerlich Peset 2022, 44).

La correcta comprensión de esta prohibición ha de conectarse necesariamente con la eliminación del extinto contrato de obra. El contrato de obra o servicio determinado y su habitual empleo en nuestro modelo de relaciones laborales para atender trabajos ligados a contrata, fue durante muchos años admitido sin excesiva conflictividad en nuestro ordenamiento jurídico. La situación varió radicalmente con las SSTs de 29 de diciembre de 2020 (n.º rec. 240/2018) y de 2 de febrero de 2021 (n.º rec. 3379/2018), que supusieron un giro en la interpretación tradicional que permitía la utilización del contrato de obra en el marco de contrata. La eliminación del contrato de obra en la reforma laboral obedece sin lugar a dudas a dicho cambio de posicionamiento jurisprudencial. Eliminado el contrato de obra, los trabajos en el marco de contrata se reconducen a través del contrato fijo discontinuo, que “podrá concertarse para el desarrollo de trabajos consistentes en la prestación de servicios en el marco de la ejecución de contrata mercantiles o administrativas que, siendo previsibles, formen parte de la actividad ordinaria de la empresa” (art. 16.1 ET, segundo párrafo).

La inclusión del último párrafo del art. 15.2 ET viene a reforzar lo ya dispuesto por el art. 16.1 ET. Así, a través del mismo, el legislador subraya expresamente que en ningún caso será causa justificativa del contrato por circunstancias de la producción la realización de los trabajos en el marco de contrata, subcontrata o concesiones administrativas que constituyan la actividad habitual u ordinaria de la empresa, pues en estos casos procederá realizar contratos fijos-discontinuos. Eliminado el contrato de obra, el legislador pretende vedar el empleo del contrato por circunstancias de la producción en el marco de contrata, subcontrata o concesiones administrativas, y articular en estos casos la relación laboral a través del contrato fijo-discontinuo (Gorelli Hernández 2022, 227).

Ello no impide que la empresa contratista pueda celebrar contratos temporales. Así, cabe que pueda formalizar los siguientes (de la Puebla Pinilla 2022b):

- Contrato para la sustitución de personas trabajadoras, siempre que las circunstancias de los trabajadores destinados a la contrata lo justifiquen en los términos del art. 15.3 ET¹².

¹² *Vid. ut infra* epígrafe III.

- Contratos por circunstancias de la producción en el caso de empresas cuya actividad habitual u ordinaria no sea la realización de trabajos en el marco de contrata, subcontrata o concesiones administrativas (siempre que concurren las causas habilitantes previstas en el art. 15.2 ET).
- Contratos por circunstancias de la producción en empresas cuya actividad ordinaria y habitual sea la prestación de trabajo en contrata, si concurren incrementos ocasionales e imprevisibles u oscilaciones que puedan justificar el empleo del contrato por circunstancias de la producción, tal y como expresamente contempla el art. 15.2 ET (“sin perjuicio de su celebración cuando concurren las circunstancias de la producción en los términos anteriores”).

De este modo, una contratación excepcional o extraordinaria de trabajos podría ser causa de un contrato por circunstancias de la producción, siempre que la misma no resulte previsible y, por tanto, no forme parte de la actividad (volumen) normal de la empresa (Calvo Gallego 2022, 123). Además, y lógicamente en estos casos extraordinarios, la utilización del contrato por circunstancias de la producción exige que la contrata no tenga una duración superior a la máxima permitida para el contrato productivo (6 meses, ampliable a 12 por convenio colectivo sectorial) (Gómez Abelleira 2022, 29). Por otra parte, y siempre que no estemos ante la actividad normal de la empresa, la cobertura de contrata puede ser también causa de temporalidad para celebrar contratos productivos “cortos” (Goerlich Pesset 2022, 44).

III. UNA REGULACIÓN CONTINUISTA: EL CONTRATO PARA LA SUSTITUCIÓN DE UNA PERSONA TRABAJADORA

Sucesor directo del contrato de interinidad, el contrato para la sustitución de una persona trabajadora constituye una de las dos únicas modalidades contractuales temporales que subsisten en nuestro modelo de relaciones laborales.

Si se compara con la anterior regulación del contrato de interinidad, el nuevo contrato para la sustitución de una persona trabajadora apenas sufre variaciones sustanciales. Con todo, es de destacar la legalización de parte de su contenido que, hasta ahora, se regulaba reglamentariamente. Esta legalización, sin duda, supone dotar de mayor seguridad jurídica a la dinámica de esta modalidad contractual, eliminando algunas de las dudas interpretativas que la anterior ordenación reglamentaria suscitaba.

La reforma de menor calado llevada a cabo en este tipo contractual puede explicarse por dos motivos. Por una parte, porque el volumen de contratos celebrados bajo esta modalidad siempre ha sido mucho menor al número de contratos celebrados haciendo uso del resto de modalidades

tradicionales de contrato temporal (eventual por circunstancias de la producción y por obra o servicio determinado); y, por otra parte, porque no ha existido con carácter general una utilización abusiva de esta modalidad contractual, como sí podía apreciarse en las otras dos modalidades de contrato de trabajo temporal mencionadas (Calvo Gallego 2022, 144)¹³. Por ello, puede apreciarse una clara regulación continuista con la reforma, siendo relativamente sencillo, por sus escasas novedades, asociar la nueva regulación del art. 15.3 ET con la precedente base legal del antiguo contrato de interinidad del art. 15.1.c) ET.

Sin perjuicio de la relativa sencillez de esta nueva regulación, existen ciertos elementos que precisan una singular atención por los problemas interpretativos que pueden suscitar. Una posible primera confusión se identifica en el propio cambio denominativo introducido. A raíz de la reforma, el contrato de interinidad ha pasado a denominarse contrato de sustitución, lo que, *a priori*, y desde un punto de vista técnico, limitaría su uso únicamente a alguno de los supuestos que ahora se han legalizado con su inclusión en el art. 15.3 ET; y ello, por cuanto no todos los subtipos recogidos ahora en ese artículo hacen referencia a situaciones de sustitución propiamente dichas (Navarro Nieto 2022, 135). Así, ha de tenerse en cuenta que, junto con la tradicional sustitución de una persona trabajadora con derecho a reserva de puesto de trabajo, el nuevo art. 15.3 ET permite recurrir a este contrato para completar la jornada de trabajo de otra persona trabajadora en reducción de jornada, y para la cobertura temporal de puestos de trabajo durante los procesos de selección o promoción para su cobertura definitiva mediante contrato fijo.

De la utilización del contrato de sustitución para el reemplazo de trabajadores con derecho a reserva de su puesto de trabajo, nada significativo ha cambiado. Sí que merece ser subrayada la principal novedad introducida por la reforma en este punto, no exenta de ambigüedades interpretativas. El nuevo contrato de sustitución permite iniciar esta modalidad contractual incluso antes de que se produzca la ausencia de la persona sustituida, pudiendo coincidir la persona sustituida y la sustituta. Dispone el art. 15.3 ET que podrán celebrarse “contratos de duración determinada para la sustitución de una persona trabajadora con derecho a reserva de puesto de trabajo (...). En tal supuesto, la prestación de servicios podrá iniciarse antes de que se produzca la ausencia de la persona sustituida, coincidiendo en el desarrollo de las funciones el tiempo imprescindible para garantizar el desempeño adecuado del puesto y, como máximo, durante quince días”.

¹³ Excepción hecha del empleo público, en el que el antiguo contrato de interinidad ha sido constante fuente de conflictos y de utilización indiscriminada y abusiva (UGT 2022, 8).

Atendiendo al literal del precepto, parece claro que la coincidencia de ambas personas únicamente tiene cabida en el caso de sustitución de trabajadores con derecho a reserva de su puesto de trabajo. Sin embargo, nada impediría hacer concurrir a la persona sustituida y a la sustituta en el resto de supuestos para los que está previsto este tipo contractual. Ello resulta incluso razonable, si se tiene en consideración el propósito último para el que está prevista esta coincidencia, que no es otro que “garantizar el desempeño adecuado del puesto” (Goerlich Peset 2022, 34 y ss.).

Respecto al segundo subtipo anunciado, se produce la legalización de una modalidad contemplada hasta ahora por el Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos de duración determinada: la posibilidad de celebrar un contrato de sustitución para completar la jornada reducida de otra persona trabajadora, “cuando dicha reducción se ampare en causas legalmente establecidas o reguladas en el convenio colectivo y se especifique en el contrato el nombre de la persona sustituida y la causa de la sustitución”. Del literal del artículo parece deducirse que la persona sustituta ha de completar la jornada de trabajo de otra persona trabajadora, lo que implicaría que el contrato de sustitución de esta persona sustituta se celebre siempre y en todo caso a tiempo parcial. A pesar de ello, parece razonable mantener la viabilidad de celebrar un contrato de trabajo de sustitución a tiempo completo si la persona sustituta completa las horas de trabajo de varias personas trabajadoras con jornada de trabajo reducida (Navarro Nieto 2022, 139).

Respecto al último subtipo recogido en la norma (contrato de sustitución para la cobertura temporal de un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva mediante contrato fijo), es preciso señalar que, como en el caso anterior, esta regulación ya estaba recogida reglamentariamente (art. 4.2 del Real Decreto 2720/1998, de 18 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos de duración determinada), por lo que la reforma se limita a dar rango legal a una previsión ya existente prácticamente en su totalidad. Dispone el art. 15.3 ET en su último párrafo que el contrato de sustitución “podrá ser también celebrado para la cobertura temporal de un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva mediante contrato fijo, sin que su duración pueda ser en este caso superior a tres meses, o el plazo inferior recogido en convenio colectivo, ni pueda celebrarse un nuevo contrato con el mismo objeto una vez superada dicha duración máxima”.

Una novedad formal respecto a este subtipo de contrato de sustitución es el tratamiento legal diferenciado que se realiza para el ámbito público, al regularse ahora en la DA4ª del Real Decreto Ley 31/2021, que se limita a plasmar la anterior previsión reglamentaria del Real Decreto 2720/1998, de

18 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos de duración determinada. Por todo ello, parece pertinente entender que, a raíz de la reforma, existen marcos legales diferentes para el tratamiento jurídico de este mismo tipo contractual: el art. 15.3 ET, para el ámbito privado, y la disposición adicional mencionada, para el ámbito público. Ha de tenerse presente la notable diferencia existente entre ambas regulaciones, pues en el ámbito privado el precepto establece la limitación temporal general de tres meses, mientras en el ámbito público no se hace mención alguna a dicha limitación¹⁴.

En el ámbito privado, y superada la duración máxima de tres meses (o inferior marcada por convenio colectivo), no podrá concertarse un nuevo contrato con el mismo objeto. Es evidente que omitir esta prohibición podría promover el uso fraudulento y continuado de este tipo contractual bajo la excusa empresarial irreal de encontrarse ante la imposibilidad de cubrir en una vacante. Sin embargo, también es cierto que los procesos de selección en la mayoría de los casos exceden de los tres meses de duración o que finalizan sin haberse cubierto la vacante por ausencia de candidatos idóneos o rechazo de las ofertas de trabajo. En estos casos y de acuerdo con esta prohibición normativa, no podría recurrirse a este tipo contractual, aunque las razones existentes para que la vacante siga existiendo nada tengan que ver con un pretendido ánimo fraudulento empresarial.

IV. EL PAPEL DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LA CONTRATACIÓN TEMPORAL

El art. 15.8 ET atribuye a los convenios colectivos distintas posibilidades regulatorias en relación con la contratación temporal. Algunas de ellas ya concurrían en la anterior redacción estatutaria, aunque con exiguos resultados (Moreno Vida 2022, 128). En concreto, se posibilita que la negociación colectiva pueda ordenar los siguientes aspectos relativos a la contratación temporal:

- Establecer planes de reducción de la temporalidad.
- Fijar criterios generales relativos a la adecuada relación entre el volumen de la contratación de carácter temporal y la plantilla total de la empresa.
- Determinar criterios objetivos de conversión de los contratos de duración determinada o temporales en indefinidos.

¹⁴ Salvo muy contadas excepciones, los procesos selectivos en el ámbito público no deben alargarse más de tres años desde la perfección del contrato de interinidad (Gómez Caballero 2022, 441; Roqueta Buj 2022, 79).

- Fijar porcentajes máximos de temporalidad y las consecuencias derivadas del incumplimiento de los mismos. La posibilidad de que en sede convencional se establezcan las consecuencias de incumplir los porcentajes de temporalidad pactados, ha de entenderse como una cláusula penal “mediante la que el convenio censura unos topes máximos de temporalidad, aplicando la sanción que estime oportuna por causa del desbordamiento de los mismos” (Díaz García 2022, 93).
- Establecer criterios de preferencia entre las personas con contratos de duración determinada o temporales, incluidas las personas puestas a disposición.
- Implementar medidas para facilitar el acceso efectivo de los trabajadores temporales a las acciones incluidas en el sistema de formación profesional para el empleo, a fin de mejorar su cualificación y favorecer su progresión y movilidad profesionales.

Ante la ausencia de concreción normativa, ha de entenderse que estos extremos podrán ser regulados tanto por convenio colectivo sectorial como empresarial (Lahera Forteza 2022, 82). Esta falta de especificación, cada vez más habitual en el legislador en cuanto a los instrumentos colectivos se refiere, lamina la seguridad jurídica, posibilitando “que determinadas materias puedan quedar en espacios negociadores, en los que resulta complejo garantizar el requerido equilibrio de fuerzas” (Morales Ortega 2022, 251).

Además de las remisiones del art. 15.8 ET, deben recordarse las que en otros apartados del art. 15 ET se realizan a la negociación colectiva en el ámbito de los contratos temporales:

- Contrato por circunstancias de la producción. Posibilidad de que, por convenio colectivo de ámbito sectorial, se amplié la duración máxima del contrato imprevisible o “largo” en un máximo de seis meses respecto a la duración legal, pudiendo alcanzar de este modo una duración máxima de doce meses (art. 15.2 ET).
- Contrato por sustitución. El art. 15.3 ET permite que el contrato de sustitución se celebre para completar la jornada reducida de otro trabajador, siempre que dicha reducción se ampare en causas legal o convencionalmente establecidas. Se presentan así las causas de reducción del convenio colectivo como supuestos habilitantes para concertar un contrato de sustitución. Por otra parte, el mismo precepto permite formalizar un contrato de sustitución para la cobertura temporal de un puesto de trabajo durante el proceso de selección o promoción para su cobertura definitiva mediante contrato fijo, sin que su duración pueda ser en este caso superior a tres meses, o el plazo inferior recogido en convenio colectivo. Constituye esta una regla de derecho necesario relativo, pudiendo el convenio prever un periodo diferente pero necesariamente menor (Almendros González 2022, 373).

En todas estas materias, y conforme a la redacción definitiva del art. 84.2 d) ET¹⁵, el convenio de empresa tendrá prioridad aplicativa frente a los de ámbito superior, pero solo en lo que se refiere a la “adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen por esta ley a los convenios de empresa”.

La simple lectura de los contenidos que se remiten a la negociación colectiva en materia de contratación temporal llevan necesariamente a realizar diferentes reflexiones.

En primer lugar, y con carácter general, se observan menos remisiones o de carácter menos permisivo a la autonomía colectiva en materia de contratación temporal. Se ha señalado que ello obedece a las malas experiencias previas que en este ámbito se han presentado en la negociación colectiva que, frecuentemente, se mostraba más permisiva con la contratación temporal que el régimen mínimo diseñado legalmente (Cruz Villalón 2022, 62). En este sentido, la acción de la autonomía colectiva en materia de contratación antes de la reforma laboral sirvió en muchas ocasiones para consolidar el modelo dual, más que para atenuarlo (Lahera Forteza 2022, 81-82).

En segundo lugar, sorprende que entre las funciones atribuidas a los convenios colectivos no se haga referencia alguna a la delimitación de la causa de la temporalidad o al régimen jurídico de las nuevas modalidades contractuales, más allá de la ampliación de la duración del contrato “largo”. Lógicamente, esta ausencia de remisión expresa no veda la intervención de la negociación colectiva en estos aspectos, siempre que se respeten las disposiciones legales imperativas (Cruz Villalón 2022, 63).

Por último, y en contraste con la ausencia señalada, el legislador se centra en acentuar el papel de la negociación colectiva en este ámbito, orientándolo a la lucha contra la temporalidad. Ello obedece, sin lugar a dudas, a la dinámica del proceso negociador en el marco del diálogo social. Inicialmente, muchos de las materias que el art. 15.8 ET remite a la negociación colectiva iban a ser reguladas legalmente, lo que generó posturas irreconciliables entre los agentes negociadores. Con el fin de salvar el acuerdo, los límites legales a la temporalidad inicialmente planteados por el Gobierno fueron desplazados a la negociación colectiva (Lahera Forteza 2022, 83-84). Este traslado táctico-utilitarista del poder legislativo a la autonomía colectiva no parece augurar

¹⁵ Real Decreto-ley 1/2022, de 18 de enero, por el que se modifican la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito; la Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión; y el Real Decreto 1559/2012, de 15 de noviembre, por el que se establece el régimen jurídico de las sociedades de gestión de activos, en relación con el régimen jurídico de la Sociedad de Gestión de Activos procedentes de la Reestructuración Bancaria (*BOE*, 19 de enero de 2022).

buenas perspectivas en la efectividad que pueda tener la negociación colectiva en muchas de las materias contenidas en el art. 15.8 ET, que, además, se configuran como meras posibilidades (Almendros González 2022, 375)¹⁶.

La anterior consideración se ve reforzada por otro elemento: el relativo desinterés de la negociación colectiva en lo que se refiere a la contratación temporal. Así, el amplio catálogo de posibilidades que el legislador atribuye a la negociación colectiva en dicha materia *ex* art. 15.8 ET, contrasta con el escaso interés que la misma ha venido despertando tradicionalmente en los negociadores colectivos (Calvo Gallego 2022, 153). En este sentido, no son muchos los convenios colectivos que profundizan en la ordenación de la contratación temporal, tendencia que parece que se mantendrá a corto plazo.

Sin perjuicio de lo anterior, los convenios colectivos aprobados desde la reforma laboral parecen apuntar un cierto giro respecto al tratamiento de la contratación temporal, si bien limitado en su alcance a la duración del contrato por circunstancias de la producción. En este sentido, se observa como algunos convenios colectivos sectoriales de ámbito estatal que contemplaban la ampliación de la duración del antiguo contrato eventual, en sus nuevas versiones han eliminado dicha extensión para los contratos temporales por razones productivas. Es el caso del XXIII Convenio colectivo nacional de autoescuelas¹⁷ (art. 7.3), del Convenio colectivo estatal del sector de radiodifusión comercial sonora 2021-2023¹⁸ (art. 14), y del Convenio colectivo para peluquerías, institutos de belleza y gimnasios estatal (art. 32)¹⁹. Por el contrario, también concurren convenios que, siguiendo la tendencia anterior a la reforma laboral, siguen ampliando la duración del contrato por circunstancias de la producción hasta la duración máxima de los doce meses, como el XI Convenio colectivo nacional de centros de enseñanza privada de régimen general o enseñanza reglada sin ningún nivel concertado ni subvencionado (art. 18.2)²⁰. La ampliación a doce meses, por el contrario, es la tónica general en los convenios colectivo de ámbito inferior al estatal que se han acordado tras la reforma laboral²¹.

¹⁶ Salvando el último contenido del art. 15.8 ET, que se redacta de forma imperativa (“Los convenios colectivos establecerán medidas para facilitar el acceso efectivo de estas personas trabajadoras a las acciones incluidas en el sistema de formación profesional para el empleo, a fin de mejorar su cualificación y favorecer su progresión y movilidad profesionales”), el resto de los extremos que recoge el precepto se presentan como meras posibilidades de la negociación colectiva (“Los convenios colectivos podrán establecer”) (Sempere Navarro, 2022).

¹⁷ BOE, 4 de abril de 2022.

¹⁸ BOE, 28 de enero de 2022.

¹⁹ BOE, 5 de mayo de 2022.

²⁰ BOE, 12 de abril de 2022.

²¹ Por todos, *vid.* Convenio colectivo de trabajo para la actividad de industrias de panadería de la Comunidad Autónoma de La Rioja para los años 2021 a 2023 (art. 21);

V. A MODO DE REFLEXIÓN FINAL

Uno de los objetivos esenciales de la reforma laboral ha sido simplificar y reordenar las modalidades de contratación temporal, intentando paliar con ello la precariedad laboral existente en nuestro país respecto a los países del entorno europeo. De hecho, se ha resumido la reforma laboral en un solo objetivo: reducir la precariedad (UGT 2022, 3-4). En su tarea, el legislador ha tenido que abandonar muchas de sus iniciales pretensiones y acomodarse al contexto sociopolítico en el que ha surgido la regulación.

Como se ha venido apuntando a lo largo del estudio, el carácter paccionado de la norma y la necesidad de consenso en el marco del diálogo social, ha condicionado de forma determinante la trascendencia real de la reforma, que ha sido mucho menos ambiciosa de lo que inicialmente cabía esperar. Por una parte, y desde la perspectiva de los contenidos abordados, son muchos los elementos que han quedado fuera de la reforma laboral, al no superar el primer filtro que cualquier norma paccionada debe rebasar: el difícil consenso entre los negociadores sobre los puntos a tratar en la negociación. Por otra parte, y consensuados los contenidos a regular, la ordenación de los mismos se nutre de numerosos conceptos jurídicos indeterminados que, deliberadamente o no introducidas por los negociadores, generan múltiples incertezas que incrementan la inseguridad jurídica en las relaciones laborales.

Paradigma de lo anterior es la teórica simplificación y reordenación de las modalidades de contratación laboral que, como se ha evidenciado en el estudio realizado, se ha plasmado en distintas modalidades y submodalidades de contratación temporal, suscitando su ambigua y oscura regulación innumerables dudas interpretativas y aplicativas. Se consagra así la tendencia del legislador de primar el interés sociopolítico en la elaboración de la norma, aun a costa de sacrificar la depuración de la técnica jurídica empleada. Esta dinámica reguladora no constituye, desgraciadamente, un hecho aislado en nuestra realidad jurídica; la creciente complejidad y transversalidad de la realidad que precisa de regulación hace que el legislador, cada vez más, opte por emplear normas abiertas y flexibles en detrimento de la certeza jurídica. En este escenario ambiguo y plagado de inseguridad jurídica, el legislador acostumbra a procrastinar el problema remitiendo su resolución a un plano diferente: reglamentario, convencional o judicial. Se genera, en consecuencia, un contexto óptimo para sesudos constructos doctrinales o pronunciamientos jurisprudenciales contradictorios que no hacen sino ahondar en las propias indefiniciones legislativas.

Convenio colectivo de trabajo de limpieza de edificios y locales de la provincia de Badajoz (art. 9); y Convenio colectivo para las industrias siderometalúrgicas de la provincia de Ávila para 2022-2024 (art. 8).

La reforma laboral constituye el (pen)último intento del legislador de acabar con los graves problemas de nuestro mercado de trabajo: el desempleo y la temporalidad. A ambos fenómenos el legislador les responsabiliza directamente de lo que denomina precariedad laboral, constructo de límites difusos y de difícil aprehensión²². Temporalidad y precariedad son elementos que acostumbran a asociarse, concibiéndose el primer como causa del segundo. Sin embargo, una concepción tan reduccionista desconoce la complejidad de la precariedad en cuanto a fenómeno multidimensional con innumerables aristas.

La precariedad laboral es un concepto impreciso y heterogéneo que se puede articular con base en cuatro dimensiones: la temporalidad; la vulnerabilidad (entendida como indefensión de los trabajadores frente a la disciplina inherente a la relación laboral; el nivel salarial y la dependencia económica frente al empleo; y la posibilidad de acceder a prestaciones sociales, con especial referencia al desempleo (Amable y Benach 2000, 419). Esta compleja arquitectura interna denota que la temporalidad es solo una de las variables sobre las que pivota el constructo “precariedad laboral”, que tiene un alcance y significado mucho más amplio que su mera identificación como inestabilidad en el empleo.

Teniendo en cuenta lo anterior, el mensaje político-legislativo que imputa a la temporalidad la precariedad laboral existente en nuestro país se presenta como una construcción demasiado superficial y poco elaborada, que solo se aproxima a la precariedad desde una de sus dimensiones. Sin desconocer la trascendencia de la temporalidad como factor de precariedad laboral, no puede obviarse que la precariedad es mucho más que la temporalidad. En este sentido, parecería recomendable que se abandonará ya la equiparación simplista entre temporalidad y precariedad que desde hace décadas acompaña a las reformas del mercado de trabajo en nuestro país.

Sin menoscabo de todo lo anterior, la reforma laboral apunta a un cambio de tendencia, al menos formal, en el uso de la contratación temporal. Más allá de los resultados que arrojan las estadísticas laborales, la promulgación de la norma y los mensajes políticos que se han asociado a la misma parecen haber

²² La larga Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo, dispone literalmente “Hablar de reforma laboral en España es evocar un larguísimo proceso de cambios normativos que no han logrado, sin embargo, acabar con los graves problemas de nuestro mercado de trabajo: el desempleo y la temporalidad. La combinación de ambos ha dado lugar a que el trabajo en nuestro país esté especialmente afectado por la precariedad, como inquietante realidad que da lugar a malas condiciones de empleo, priva a nuestro sistema productivo de desplegar toda su capacidad y dificulta una ciudadanía plena en el trabajo”.

calado en la opinión pública y haber cumplido cierta labor pedagógica, implícita en cualquier norma de trascendencia sociolaboral. Es evidente que la reforma no es el único instrumento para corregir el exceso de temporalidad en nuestro mercado de trabajo, pero sí que constituye una herramienta que puede coadyuvar a que las inercias de temporalidad presentes históricamente en España se modifiquen. El tiempo dirá si la crítica que la reforma de la contratación temporal merece desde la técnica jurídica, puede ser compensada con el cumplimiento de los fines pretendidos por la norma a través de su interiorización e integración por los actores principales de las relaciones laborales.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALMENDROS GONZÁLEZ, Miguel Ángel. 2022. «Las remisiones a la negociación colectiva por parte de la reforma laboral». *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, n.º 161: 361-385.
- AMABLE, Marcelo y Joan BENACH. 2000. «La precariedad laboral ¿un nuevo problema de salud pública?». *Gaceta Sanitaria*, vol. 14, n.º 6: 418-421.
- CABERO MORÁN, Enrique. 2022. «La reordenación de los contratos de trabajo y la reducción de la temporalidad». *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, n.º 88 (La Ley 2554/2022).
- CALVO GALLEGO, Francisco Javier. 2022. «La reforma de la contratación temporal coyuntural en el RDL 32/2021». *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, n.º extraordinario: 89-155. doi: <https://dx.doi.org/10.12795/TPDM.mon.2022.03>.
- COSTA REYES, Antonio. 2022. «La reforma de la contratación laboral temporal y formativa. Comentario a los supuestos del artículo 15 y a las novedades del artículo 11 del Estatuto de los Trabajadores tras el Real Decreto-Ley 32/2021». *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, n.º 467: 39-75.
- CRUZ VILLALÓN, Jesús. 2022. «Texto y contexto de la reforma laboral de 2021 para la pospandemia». *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, n.º 161: 11-66.
- DE LA PUEBLA PINILLA, Ana. 2022a. «El RDL 32/2021, de 28 de diciembre, una reforma laboral cargada de futuro». *IUSLabor. Revista d'anàlisi de Dret del Treball*, n.º 1: 1-7. Acceso el 2 de mayo de 2022. <https://raco.cat/index.php/IUSLabor/article/view/397872>.
- . 2022b. «El impacto de la reforma laboral en la prestación de trabajo en contratos y subcontratas». *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, n.º 88 (La Ley 2555/2022).
- DÍAZ GARCÍA, Carlos. 2022. «Nuevos márgenes para la recuperación de la esfera colectiva de las relaciones laborales y la intervención pública a raíz de la reforma laboral». *IUSLabor. Revista d'anàlisi de Dret del Treball*, n.º 1: 80-117. doi: <https://doi.org/10.31009/IUSLabor.2022.i01.04>.
- ENGISCH, Karl. 2001. *Introducción al pensamiento jurídico*. Granada: Comares.
- FERRAJOLI, Luigi. 2011. *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*. Madrid: Trotta.

- GOERLICH PESET, José María. 2022. «La reforma de la contratación laboral». En *La reforma laboral de 2021. Un estudio del Real Decreto-Ley 32/2021*, 23-116. Valencia: Tirant lo Blanch.
- , Jesús Rafael MERCADER UGUINA y Ana DE LA PUEBLA PINILLA. 2022. «Editorial». *LABOS Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, vol. 3, n.º extraordinario: 4-6. doi: <https://doi.org/10.20318/labos.2022.6652>.
- GÓMEZ ABELLEIRA, Francisco Javier. 2022. «Las causas de contratación temporal tras el Real Decreto-ley 32/2021». *LABOS Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, vol. 3, n.º extraordinario: 19-30. doi: <https://doi.org/10.20318/labos.2022.6635>.
- GÓMEZ CABALLERO, Pedro. 2022. «El régimen de contratación laboral en el sector público en el RDL 32/2021, de 28 de diciembre». *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, n.º 161: 431-445.
- GORELLI HERNÁNDEZ, Juan. 2022. «El nuevo régimen jurídico del contrato fijo discontinuo tras la Reforma de 2021». *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, n.º 161: 217-252.
- IGARTUA MIRÓ, María Teresa. 2022. «Las medidas sancionadoras frente a la contratación temporal abusiva». *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, n.º 161: 253-280.
- LAHERA FORTEZA, Jesús. 2022. *La negociación colectiva tras la reforma laboral de 2021*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- LLORENTE CACHORRO, Pedro y Jaime PAVÍA NOCETE. 2022. «La regulación de la contratación por tiempo determinado en el Real Decreto Ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo». *Diario La Ley*, n.º 10009 (La Ley 971/2022).
- MOLINA NAVARRETE, Cristóbal. 2022. «Ni “hito transformador” ni “timo del tocomoho”: ¿reforma laboral mínima pactada, interpretación prudente?». *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, n.º 467: 5-36.
- MONEREO PÉREZ, José Luis, Susana RODRÍGUEZ ESCANCIANO y Guillermo RODRÍGUEZ INIESTA. 2022. «La reforma laboral de 2021 y el freno a la contratación temporal injustificada como objetivo prioritario». *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo. Laborum*, n.º 2: 11-32.
- MORALES ORTEGA, José Manuel. 2022. «Negociación colectiva, impasse negocial y convenio colectivo tras el RDL 32/2021». *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, n.º extraordinario: 223-257. doi: <https://doi.org/10.12795/TPDM.mon.2022.06>.
- MORENO VIDA, María Nieves. 2022. «El contrato temporal por razones productivas». *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, n.º 161: 107-132.
- NAVARRO NIETO, Federico. 2022. «El contrato temporal de sustitución». *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, n.º 161: 133-154.
- NIETO ROJAS, Patricia. 2022. «La contratación temporal en el RD Ley 32/2021. Nuevas reglas en materia de encadenamiento, sanciones y presunciones». *LABOS Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, vol. 3, n.º extraordinario: 31-42. doi: <https://doi.org/10.20318/labos.2022.6637>.

- RAMOS MORAGUES, Francisco. 2022. «Incidencia de la reforma laboral en el empleo público». *LABOS Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, vol. 3, n.º extraordinario: 142-155. doi: <https://doi.org/10.20318/labos.2022.6645>.
- y Mercedes LÓPEZ BALAGUER. 2022. *La Contratación Laboral en la reforma de 2021*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel. 2022. «La reforma laboral de 2021: un análisis de la norma reformadora». *Trabajo, Persona, Derecho, Mercado*, n.º extraordinario: 25-62. doi: <https://doi.org/10.12795/TPDM.mon.2022.01>.
- RODRÍGUEZ RAMOS, María José. 2022. «La reforma del encadenamiento de contratos laborales: repercusiones en el mercado de trabajo español». *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, n.º 161: 155-182.
- ROQUETA BUJ, Remedios. 2022. *La reforma de la contratación temporal en las administraciones públicas*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- SEMPERE NAVARRO, Antonio Vicente. 2022. «La reforma laboral de 2021 y los convenios colectivos». *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n.º 251 (BIB 2022\1129).
- UGT. 2022. «Análisis del Real-Decreto Ley 32/2021, de 27 de diciembre. La nueva regulación sobre contratación temporal». *Servicio de Estudios UGT*, n.º 35: 1-14. Acceso el 8 de mayo de 2022. https://www.ugt-sp.es/images/reforma_.pdf.

LOS ACUERDOS DE LIBRE COMERCIO EN ESTADOS UNIDOS. SU INTEGRACIÓN EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL Y LA NUEVA INTERPRETACIÓN DE LA LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA EN LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Free Trade Agreements in the United States. Its integration in the Constitutional System and the new interpretation of Democratic Legitimacy in Conflict Resolution

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

<https://doi.org/10.18543/ed.2504>

Recibido: 21.02.2022

Aceptado: 14.06.2022

Publicado en línea: junio 2022

¹ Profesor Contratado Doctor, acreditado por la ANECA, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad Rey Juan Carlos. Edificio Departamental. Paseo de los Astilleros s/n 28032. Madrid. Código orcid 0000-0002-4111-2020. Dirección correo electrónico jesus.lopezdeleerma@urjc.es. Este artículo se encuentra vinculado al proyecto de investigación “Democracia y solidaridad en las integraciones económicas”. Proyecto de I+D+i del Programa Estatal de Investigación, Desarrollo e Innovación orientado a los retos de la Sociedad (Referencia DER2017-83596-R), financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades. Investigadores principales IPI: José Luis García Guerrero, Catedrático de Derecho Constitucional Universidad de Castilla-La Mancha, IPII: M.ª Luz Martínez Alarcón., Profesora Titular de Derecho Constitucional Universidad de Castilla-La Mancha.

Resumen

El acuerdo de libre comercio se ha convertido en uno de los principales instrumentos jurídicos para formalizar una negociación internacional. Este artículo analiza la implicación legal y jurídica de Estados Unidos en la firma de diversos acuerdos de libre comercio con países como Canadá o México. También se investiga las relaciones de Estados Unidos con la Unión Europea al objeto de determinar las consecuencias que la firma de un tratado implica para los poderes constitucionales. Este trabajo científico se completa con un novedoso estudio sobre el sistema de resolución de conflictos que tienen negociaciones como el TTIP, NAFTA y USMCA.

Palabras clave

Constitución, Derecho, economía, acuerdo, globalización, comercio libre.

Abstract

The free trade agreement has become one of the main legal instruments to formalize an international negotiation. This article analyzes the legal and legal involvement of the United States in the signing of various free trade agreements with countries such as Canada or Mexico. The relations of the United States with the European Union are also investigated in order to determine the consequences that the signing of a treaty implies for the constitutional powers. This scientific work is completed with an innovative study on the conflict resolution system that negotiations such as TTIP, NAFTA and USMCA have.

Keywords

Constitution, Law, economy, agreement, globalization, free trade.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. EL ACUERDO DE LIBRE COMERCIO COMO INSTRUMENTO DE INTEGRACIÓN EN LAS DIVERSAS FASES DE LA GLOBALIZACIÓN. II. ARTICULACIÓN DE PODERES EN LA CONSTITUCIÓN DE ESTADOS UNIDOS. LA CLÁUSULA DE COMERCIO Y LOS CONFLICTOS COMPETENCIALES. 1. Constitución y articulación de poderes. 2 La doctrina de la Corte Suprema en relación con los acuerdos internacionales. Los conflictos competenciales del federalismo norteamericano. III. LAS RELACIONES BILATERALES Y LA UNIÓN EUROPEA A TRAVÉS DEL TTIP. 1. La integración económica entre Estados Unidos y la Unión Europea. 2. Los problemas jurídicos del TTIP y los sistemas de resolución de conflictos. 3. La influencia de la política estadounidense en el TTIP. IV. LAS APORTACIONES EN LA INTEGRACIÓN ECONÓMICA DEL NAFTA. 1. La conformación del NAFTA y su enfoque constitucional. 2. Las cláusulas de integración y la cesión de soberanía en un acuerdo de libre comercio. Los mecanismos del arbitraje internacional. 3. La aplicación del principio de solidaridad en el NAFTA. V. USMCA. UN NUEVO ACUERDO PARA CONSENSUAR EL DESARROLLO ECONÓMICO ENTRE ESTADOS UNIDOS, MÉXICO Y CANADÁ. 1. La renegociación del NAFTA. 2. La tramitación parlamentaria del USMCA. 3. Naturaleza jurídica del USMCA. Negociaciones para la creación de un mercado más justo y solidario. VI. CONSECUENCIAS DE LAS INTEGRACIONES EN LOS ORDENAMIENTOS CONSTITUCIONALES. LA HEGEMONÍA ESTADOUNIDENSE Y LA PROVISIÓN DE ÓRGANOS ARBITRALES EN DETRIMENTO DE LOS JURISDICCIONALES. VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN. EL ACUERDOS DE LIBRE COMERCIO COMO INSTRUMENTO DE INTEGRACIÓN EN LAS DIVERSAS FASES DE LA GLOBALIZACIÓN

La globalización ha implicado una quiebra en algunos de los postulados del Estado social y democrático de Derecho, en un entramado de relaciones de poder marcadas por tratados y organismos controvertidos en cuanto a su legitimidad constitucional². Lógicamente, en atención a la mayor o menor intensidad de la integración económica, podemos destacar que en la primera fase de la integración el “acuerdo de libre comercio” se convertirá en uno de los principales instrumentos de interacción de los poderes ejecutivos, que quieran suscribir y formalizar una negociación. Por tanto, desde un primer análisis podemos entender que el acuerdo de libre comercio pretende la eliminación de aranceles progresivamente; sin embargo, desde la firma de un

² LÓPEZ PINA, Antonio y GUTIÉRREZ, Ignacio, *Elementos de Derecho Público*, Madrid: Marcial Pons, 2002, p. 15.

acuerdo hasta su perfeccionamiento pueden transcurrir bastantes años, lo que exigirá una amplia implementación normativa, así como una uniformidad en el ámbito económico y en sus instituciones constitucionales, al objeto de que todas los factores objeto de negociación puedan tomar forma en el documento jurídico que asumen las partes.

Por otro lado, se observa que, mediante la transferencia de decisiones políticas a sujetos ajenos al Estado, surgen una serie de conflictos, produciéndose una desafección de la vinculación constitucional estatal con los conceptos de pueblo, nación y poder soberano. Las transferencias de decisiones políticas en el ámbito internacional a entidades diferentes a aquellas en las que el individuo ya no tiene una relación de identidad como es su Estado³, es otro de los factores de crisis de la legitimidad democrática que implica la globalización.

Las primeras fases en los acuerdos de libre comercio entre bloques económicos afectan a los principios de unidad económica supraestatal y al de mercado; además, ciertas competencias ejecutivas, legislativas y judiciales van a verse restringidas. Los parlamentos estatales empiezan a tener serias dificultades para poder controlar los convenios, suscritos por sus ejecutivos, en las integraciones económicas supraestatales. Por tanto, podemos inferir que las Constituciones de los Estados pasan a estar condicionadas por las cláusulas del tratado o el acuerdo⁴. En este sentido también se debe reconocer que, en la definición del papel de los Estados en la negociación de los ámbitos supraestatales, son los propios textos constitucionales los que legitiman y permiten la ratificación de los tratados o su integración internacional⁵. De todo ello, se observa que hay una tendencia por dar respuestas a problemas supranacionales, utilizando un enfoque exclusivamente nacional.

En este nuevo contexto, el Estado puede tener dificultades para asumir los nuevos retos y responder eficazmente a las necesidades de los ciudadanos en los procesos globalizadores⁶. La intervención del Estado en la globalización

³ WALTER, Christian, “Las consecuencias de la globalización para el debate constitucional europeo” en PETERS, Anne; AZNAR, Mariano J. y GUTIÉRREZ, Ignacio, (eds.). *La constitucionalización de la comunidad internacional*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010, p. 209.

⁴ GARCÍA GUERRERO, José Luis, “Las integraciones económicas supraestatales y los acuerdos entre bloques económicos, en definitiva, la globalización como último embate al concepto racional normativo de Constitución”, *RDUNO*, v. 1, núm. 1, Jan-Jun/2018, p. 78.

⁵ GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio, “De la Constitución del Estado al Derecho constitucional para la Comunidad Internacional”, en PETERS, Anne; AZNAR, Mariano J. y GUTIÉRREZ, Ignacio (eds.), *La constitucionalización de la comunidad internacional*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 40.

⁶ MARTÍNEZ ALARCÓN, M.^a Luz, “La estabilidad presupuestaria en el marco de la globalización” en REVIRIEGO PICÓN, Fernando (coord.), *Constitucionalización y globalización. Transformaciones del Estado constitucional*, Zaragoza: Fundación Manuel Giménez Abad, 2013, pp. 166-167.

implica una falta de control de sus competencia y decisiones, afectadas por un ensombrecimiento de acciones bajo una red de actores públicos o privados, que mutan la relación clásica en el Estado social y democrático de Derecho. El establecimiento de estructuras de poder globalizado ha servido para disminuir la relevancia de las instituciones nacionales, de la democracia parlamentaria y representativa, ante los órganos de carácter supranacional. El mayor desafío de la democracia en la globalización debe partir de una retroalimentación de poderes, basada en un fortalecimiento de las democracias nacionales⁷, que sirva para impulsar los organismos supraestatales.

En el proceso globalizador, la pervivencia del Estado y su continuidad puede ser entendida como una expresión más que lo define. Por tanto, tal y como señalan algunos sectores doctrinales, el Estado debe seguir siendo un referente, aunque también hay que reconocer que la mayor o menor referencia de la estructura estatal, depende del equilibrio institucional entre los entes nacionales y transnacionales⁸. El Estado pierde autonomía en la gestión de los intereses cuya competencia ha sido transferida a otras organizaciones⁹, aunque mantiene su capacidad decisoria para la cooperación internacional.

⁷ Así se reconoce en obras científicas tales como RODRIK, Dani, *La paradoja de la globalización. Democracia y el futuro de la economía mundial*, Barcelona: Antoni Bosch Editor, 2012.

⁸ STOLLEIS, Michael, "Trayectoria del Estado constitucional con la perspectiva de la globalización" en PAULUS, Andreas, GUTIÉRREZ Ignacio, y STOLLEIS, Michael, *El Derecho constitucional de la globalización*, Madrid: Fundación coloquio jurídico europeo, 2013, p. 52 y ss.

En este sentido hay que señalar que, pese a las dificultades que el Estado tiene para controlar decisiones, cuando está integrado en un proceso globalizador, eso no implica la desaparición del Estado constitucional, sino una transformación y adaptación de sus competencias a una nueva realidad. Así lo han señalado diversos autores como MARTÍNEZ ALARCÓN, M.^a LUZ, "La estabilidad presupuestaria en el marco de la globalización" en REVIRIEGO PICÓN, Fernando (coord.), *Constitucionalización y globalización. Transformaciones del Estado constitucional*, Zaragoza: Fundación Manuel Giménez Abad, 2013, pp. 166 y ss.; GARCÍA GUERRERO, José L., "Las integraciones económicas supraestatales y los acuerdos entre bloques económicos. En definitiva, la globalización como último al concepto racional normativo de Constitución", en PRATS, Eduardo J. y JIMINIÁN, Miguel V. (eds.), *Constitución, Justicia constitucional y Derecho procesal constitucional*, Santo Domingo: Instituto Dominicano de Derecho Constitucional, 2014.

⁹ Así queda recogido en las obras científicas de WAHL, Rainer, *Los últimos cincuenta años de Derecho Administrativo Alemán*, Madrid: Marcial Pons, 2013; LINZ, Juan J., "Legitimacy of Democracy and the socio-economic System", en DOGAN, Mattel, (coord.), *Comparing Pluralist Democracies: Strain on Legitimacy*, Boulder: Westview, 1988; PETERS, Anne, "Constitucionalismo compensatorio", en PETERS, Anne; AZNAR, Mariano. J y GUTIÉRREZ, Ignacio, (eds.). *La constitucionalización de la comunidad internacional*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010. Tal y como explican estos autores la globalización sitúa al Estado y a los textos constitucionales estatales bajo presión, forzando a los Estados a coo-

La globalización puede alcanzarse a través de la liberalización multilateral del comercio y de los servicios, aunque desde los años noventa se realiza a través de las integraciones económicas. Todo ello tiene como resultado que el embate sobre el concepto liberal de Constitución es mucho más intenso a través de la vía de las integraciones, que en la liberalización multilateral¹⁰. En consecuencia, se observa que la segunda fase de la globalización se caracteriza por la firma de acuerdos, tratados y convenios internacionales económicos entre países al objeto de impulsar sus relaciones comerciales y la colaboración. Especial presencia tienen territorios como Estados Unidos y los emergentes Rusia y China. Con los acuerdos de libre comercio se pretende dar respuesta a la demanda y a un amplio abanico de ofertas que revitalicen los mercados internacionales. Los contenidos de los acuerdos se centran fundamentalmente en establecer líneas de actuación con relación al libre comercio¹¹, determinando estrategias de desarrollo al respecto. Una situación no exenta de problemas jurídicos¹², que puede acarrear deficiencias democráticas en los Estados-nación, tal y como se va a ir analizando en este trabajo.

En esta investigación es importante señalar que, aunque Estados Unidos no ha pasado en esa primera fase de la globalización del primer tipo de integración, es decir “zona de libre comercio”, y que, en consecuencia, no se ha visto involucrado en la firma como sujeto pasivo de ningún acuerdo de libre comercio de la segunda fase, su sistema constitucional ha sufrido algún embate. En este sentido, se puede destacar un importante desplazamiento de potestades del Legislativo a favor del Ejecutivo en materia comercial. Todo ello se puede ejemplificar, cuando se observa cómo en el año 2018 el Presidente estadounidense consiguió ese traspaso potestativo mediante el

perar bajo la forma de organizaciones a través de tratados bilaterales y multilaterales. Esas entidades se han arrogado prerrogativas políticas al imponer condiciones, restringiendo las opciones democráticas de los Estados en materia de política económica y social.

¹⁰ GARCÍA GUERRERO, José Luis, “Constitucionalizando la globalización”, en GARCÍA GUERRERO, José Luis y MARTÍNEZ ALARCÓN, M.^a Luz, *Constitucionalizando la Globalización*, Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 2019, p. 113.

¹¹ GARCÍA GUERRERO, José L., “Las integraciones económicas supraestatales y los acuerdos entre bloques económicos...”, op. cit., p. 76.

¹² HABERMAS, Jürgen, *El Derecho internacional en la transición hacia un escenario postnacional*, Madrid: CCCB-Katz Editores, 2008, pp.228-229. A este respecto, la globalización de los problemas, las relaciones y las estructuras de poder económico, político, militar y jurídico han acarreado importantes deficiencias en los Estados-nación. Las actividades de los Estados son más extraterritoriales y tienen mayor alcance con decisiones políticas que afectan a sectores sociales de otros Estados, lo que implica un embate al principio democrático. Los Estados ven reducido su poder y autonomía para resolver problemas al integrarse en las organizaciones internacionales, y eso implica una pérdida de parte de su soberanía y democracia.

concepto de seguridad nacional, permitiéndole que le otorgasen unos poderes excepcionales para imponer aranceles comerciales a terceros Estados, iniciando una incipiente guerra comercial¹³. Unas medidas que supusieron un impacto en la economía y un incremento del desempleo. Esta situación llevó a los legisladores a pedir explicaciones a la Casa Blanca por el daño que estaba produciendo la estrategia proteccionista, en un clima de tensión política, que acabó con la victoria electoral del socialdemócrata Biden en las elecciones de noviembre del 2020.

Una vez realizada esta introducción, necesaria para contextualizar la investigación, entramos en el objeto de estudio de este trabajo consistente en el análisis de la participación de Estados Unidos en la firma de diversos acuerdos de libre comercio, determinando cómo esta situación afecta a sus poderes constitucionales. En relación con este tema también se profundizará en los sistemas de resolución de conflictos que tienen los países involucrados en una integración económica internacional, con especial mención al arbitraje internacional.

II. ARTICULACIÓN DE PODERES EN LA CONSTITUCIÓN DE ESTADOS UNIDOS. LA CLÁUSULA DE COMERCIO Y LOS CONFLICTOS COMPETENCIALES

1. *Constitucionalismo y articulación de poderes*

Uno de los principales problemas de la política estadounidense reside en el hecho de que Estados Unidos ha tenido ciertas distorsiones en su política externa, encontrándose en una dialéctica política que le hace oscilar entre aislamiento y proteccionismo, así como aperturismo e intervencionismo. Una situación compleja que se observa también en su sistema federal de distribución de competencias del Gobierno de Estados Unidos y sus diversos Estados¹⁴. Tras la finalización de la Segunda Guerra Mundial, la doctrina Truman designará que uno de los objetivos básicos de la política exterior de Estados

¹³ “Los republicanos tiemblan con los aranceles de Trump”, *El País*, 12 de julio de 2018. https://elpais.com/internacional/2018/07/12/actualidad/1531423621_826137.html.

¹⁴ En relación con el concepto jurídico de “federalismo” se recomienda el estudio de las aportaciones científicas de BEDNAR, Jenna, “The Political Science of Federalism”, *Annual Review of Law and Social Science*, núm. 7, 2011; BROOKS SMITH, David., “Federalism in the United States”, *Duquesne Law Review*, núm. 43, 2005; CHEN, Paul, “Federalism and Rights: a neglected Relationship”, *South Texas Law Review*, núm. 40, 1999; CROSS Frank B. y TILLER Emerson H., “The Three Faces of Federalism: An Empirical Assessment of Supreme Court Federalism Jurisprudence”, *Southern California Law review*, núm. 73, 2000; FEELEY, Malcom y RUBINE, Edward, *Federalism: Political Identity and Tragic Compromise*, University of Michigan Press, 2008.

Unidos consistiría en la creación de condiciones que permitan a las naciones una forma de vida “libre de coacciones”. Estados Unidos diseñó una estrategia de ayuda a los pueblos libres para preservar sus instituciones, iniciando una lucha mundial contra el comunismo. Lo que inevitablemente significó que Estados Unidos se convirtiera en una potencia mundial¹⁵, que le permitirá desarrollar un modelo liberal y capitalista, en una estrategia de globalización e internacionalización.

El artículo 1, Sección Séptima reconoce que todo proyecto de ley que haya sido aprobado por la Cámara de Representantes y el Senado será sometido al Presidente de los Estados Unidos antes de que se convierta en Ley. Si el Presidente lo aprueba, lo firmará; de lo contrario, lo devolverá con sus objeciones a la Cámara donde se originó el proyecto¹⁶. En relación con la firma de tratados, la Constitución de Estados Unidos, en el artículo 2, reconoce que el Presidente estadounidense, con el consejo y consentimiento del Senado, tendrá “poder” para celebrar tratados, siempre que las dos terceras partes de los senadores presentes le den su anuencia¹⁷. Esto implica que, el Presidente puede celebrar tratados y designar a diversos funcionarios del Gobierno. Sin embargo, dos tercios de los senadores presentes tendrán que aprobar un tratado para que éste sea ratificado¹⁸. Una mención especialmente interesante es la que aporta el artículo 6, al destacar que esa Constitución y

¹⁵ GUYOTTON, Oliver, “Implicaciones de la firma del Tratado de Libre Comercio entre Colombia y los Estados Unidos”, *Revista Universidad & Empresa*, vol. 8, núm. 11, 2006, pp. 99-100.

Tal y como sostienen diversos autores a partir de los años noventa Estados Unidos comienza una actividad política que lo posiciona mundialmente como potencia hegemónica. En ese nuevo orden mundial basado en la fuerza militar, y en la que el gigante estadounidense estaría en la cúspide, se inician una serie de alianzas a través de tratados y acuerdos de libre comercio. Una primacía económica en la que Estados Unidos mantendría su posición estableciendo alianzas con Europa y Japón. A este respecto es interesante los trabajos de autores como POZZI, Pablo A., *Luchas sociales y crisis en Estados Unidos (1945-1993)*, Buenos Aires: El Bloque Editorial, 1993; GANDÁSEGUI, Mario A., *Crisis de la hegemonía de Estados Unidos*, México: Clacso/Siglo XXI, Editores, 2007, entre otros.

¹⁶ Artículo 1, Sección Séptima de la Constitución de Estados Unidos.

Por tanto, se puede afirmar que un proyecto de ley aprobado por la Cámara es enviado al Presidente para que lo firme, si este no aprueba el proyecto de ley, dispone de diez días para devolverlo a la Cámara que lo elaboró, junto con una declaración acerca de sus objeciones. Esta acción recibe el nombre de veto. El Congreso puede aprobar una ley a pesar del veto del Presidente, con los votos de dos terceras partes de los miembros presentes de cada una de las cámaras. El Presidente puede dejar también que el proyecto se convierta en ley, sin firmarlo, si deja que pasen diez días.

¹⁷ Artículo 2, Sección Segunda de la Constitución de Estados Unidos.

¹⁸ PELTASON, Jack W., *Sobre Estados Unidos. La Constitución de los Estados Unidos de América*, Departamento de Estado de los Estados Unidos, 2004, p. 61.

las leyes de los Estados Unidos, que en virtud de ella sean creadas, así como todos los tratados previamente celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la “Ley Suprema de la Nación”¹⁹, lo que implica que los jueces de cada Estado estarán obligados a acatarla. Además, la distribución de competencias del federalismo norteamericano ha tenido desde sus orígenes que ser objeto de interpretación por parte de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos²⁰, al objeto de determinar su alcance.

El texto constitucional estadounidense incluye cláusulas específicas a las relaciones comerciales, tales como el artículo 1, Sección Octava, referente a los poderes conferidos al Congreso. Este artículo señala que el Congreso tendrá facultades para “reglamentar el Comercio con Naciones extranjeras, así como entre los diversos Estados y con las Tribus Indígenas”²¹. Esta sección, llamada la “cláusula de comercio”, confiere al Congreso algunas de sus facultades más importantes. La Corte Suprema ha interpretado que “comercio” no sólo significa el intercambio de mercancías, sino también todo tipo de actividad comercial. La Corte Suprema ha dictaminado que “el comercio entre los diversos Estados”, es decir, el comercio interestatal, no sólo incluye las transacciones que tienen lugar a través de las fronteras estatales, sino también cualquier actividad que afecte al comercio en más de un Estado²². La

¹⁹ Artículo 6 de la Constitución de Estados Unidos.

²⁰ Corte Suprema de Estados Unidos, *Martin versus Hunter's Lessee* 14 U. S. 304 (1816).

²¹ Artículo 1, Sección Octava de la Constitución de Estados Unidos.

²² En relación con la “cláusula de comercio” se debe hacer referencia a diversos casos en los que la Corte Suprema de Justicia Estados Unidos ha marcado su doctrina. En *Gibbons versus Ogden*, 22 U. S. 1 (1824), se realiza una lectura extensiva de la cláusula comercial a favor del fortalecimiento de los poderes del Congreso Federal. Con ello se determinaba el alcance del término “comercio”, señalando que dicho concepto no debe ser restringido al mero tránsito de mercaderías, sino que es comprensivo de todo intercambio. En *Brown versus Maryland*, 25 U. S. 419 (1827), la Corte hace un análisis de la Enmienda X y los derechos reservados a los Estados frente al poder del Congreso de regular el comercio interjurisdiccional. Asimismo, las soluciones aportadas en casos como *Carter versus Carter Coal Co.*, 298, U. S. 238 (1936), si bien respetaron una concepción jurídica limitada del término comercio, y determinaban las posibilidades del Gobierno Federal para intervenir en la regulación económica de cada uno de los Estados, se observa nefastas consecuencias en la política nacional referente a sectores como la industria, el comercio o la agricultura. Eso conlleva a que en otras sentencias como *National Labor Relations Board versus Jones & Laughlin Steel Corp.*, 301 U. S. 1 (1937), se cambiara la línea de interpretación del término “comercio”, dictando resoluciones más uniformes y similares en las distintas áreas de la actividad productiva. En otras sentencias como *Scarborough versus United States*, 431 U. S. 563 (1977) la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos establecía que el alcance de la cláusula comercial es ilimitado para regular toda la actividad que sustancialmente afecte al comercio interestatal.

facultad de regular este comercio es el poder de alentar, promover, proteger, prohibir o restringir el mismo. Por lo tanto, el Congreso puede aprobar leyes y proveer fondos para reforzar las medidas de seguridad en el tráfico mercantil, y prohibir el transporte interestatal de ciertos bienes²³. Además, puede regular el movimiento de personas, ferrocarriles, acciones y bonos, así como señales de televisión e internet.

El Poder Judicial de los Estados Unidos está depositado en su Corte Suprema y en los tribunales inferiores que el Congreso instituya²⁴. El Poder Judicial entenderá en todas las controversias tanto de derecho escrito como de la Constitución, leyes de los Estados Unidos y tratados celebrados o que se celebren bajo su autoridad. También conocerá de las controversias entre dos o más Estados, entre un Estado y los ciudadanos de otro, o entre ciudadanos de Estados diferentes. En los casos relativos a embajadores, ministros públicos o cónsules, en los que sea parte un Estado, la Corte Suprema poseerá jurisdicción en única instancia²⁵. Sin embargo, la enmienda XI reconoce que “el Poder Judicial de los Estados Unidos no debe interpretarse que se extienda a cualquier litigio de derecho estricto o de equidad, que se inicie contra uno de los Estados, por ciudadanos de otros Estados o Estado extranjero”²⁶. Esto implica unos límites respecto al ámbito competencial del Poder Judicial de los Estados Unidos, otorgando inmunidad soberana contra demandas de otro Estado o país.

2. *La doctrina de la Corte Suprema en relación con los acuerdos internacionales. Los conflictos competenciales del federalismo norteamericano*

En relación con la aplicación de los acuerdos internacionales, la Corte Suprema de Estados Unidos ha desarrollado una doctrina basada en un análisis crítico ante posibles conflictos competenciales. El caso “*United States versus Belmont*”²⁷, aporta una interesante jurisprudencia, al estudiar el reconocimiento y valor legal de los tratados ejecutivos. La Corte Suprema reconocía que la política de un Estado parte, que conformaba la Unión, no podía prevalecer sobre un pacto internacional. Aunque la supremacía de los tratados sobre las leyes y políticas estatales es establecida por la Constitución, esa norma es aplicable en todos los pactos y acuerdos internacionales. El poder absoluto sobre los asuntos internacionales reside en el Gobierno nacional²⁷, y

²³ PELTASON, Jack W., “Sobre Estados Unidos...”, cit., p. 53.

²⁴ Artículo 3, Sección Primera de la Constitución de los Estados Unidos.

²⁵ Artículo 3, Sección Segunda de la Constitución de los Estados Unidos.

²⁶ Enmienda XI de la Constitución de los Estados Unidos.

²⁷ Corte Suprema de Estados Unidos, *United States versus Belmont*, 301, U. S. 324 (1937).

no puede ser objeto de reducción o interferencia por parte de los diferentes Estados provinciales.

El asunto “*United States versus Pink*” tiene proximidad con su precedente, si bien en este asunto se analiza el problema de jerarquía de los acuerdos ejecutivos, cuanto entran en colisión con una ley de un Estado, que integra la Unión. La Corte Suprema afirmó que la ley provincial o federal debe ceder cuando menoscaba o resulta inconsistente con la política o las disposiciones de un tratado, pacto o acuerdo internacional²⁸. Con ello, se confirma que el Presidente es el único órgano del Gobierno de la Federación, en el campo de las relaciones internacionales, con atribución para concluir acuerdos.

En el caso “*Dames & Moore versus Reagan*”, la Corte Suprema plantea un criterio diferente, pues el Ejecutivo ya no es considerado como único órgano en la política exterior, estableciendo la “doctrina de la flexibilidad de las competencias presidenciales”²⁹, remitiéndose para ello al precedente sentado en el caso “*Youngstown Sheet & Tube Co. versus Sawyer*”, que establece varias alternativas de actuación unilateral del Presidente dentro del sistema constitucional americano como: a) El Presidente puede actuar con una autorización expresa o tácita del Congreso; b) Supuestos de inacción, indiferencia o aquiescencia del Congreso, en áreas imprecisas de asignación de competencias; c) Acción del Presidente contraria a la voluntad del Congreso y que describe un panorama de tensiones entre las atribuciones constitucionales del Ejecutivo y Legislativo³⁰. Con esta doctrina, se determina el valor legal de los acuerdos ejecutivos y la facultad del Presidente estadounidense³¹ para concluirlos.

Frente a lo referenciado, el asunto “*American Insurance Association versus Garamendi*” muestra un escenario de colisión entre las legislaciones de los Estados federados y las facultades del Presidente en materia de política exterior. En este asunto, la Corte Suprema sostiene que, si algún punto del ejercicio del poder de un Estado provincial o federal afecta a las relaciones exteriores del país, debe ceder frente a la política del Gobierno nacional³², puesto que corresponde a la autoridad ejecutiva decidir en ese ámbito.

²⁸ Corte Suprema de Estados Unidos, *United States versus Pink*, 315, U. S. 203 (1942).

²⁹ Corte Suprema de Estados Unidos, *Dames & Moore versus Reagan*, 453, U. S. 654 (1981).

³⁰ Corte Suprema de Estados Unidos, *Youngstown Sheet & Tube Co. versus Sawyer*, 343 U. S. 579 (1952).

³¹ Corte Suprema de Estados Unidos, *Dames & Moore versus Reagan*, 453, U. S. 654 (1981).

³² Corte Suprema de Estados Unidos, *American Insurance Association versus Garamendi*, 539, U. S. 396 (2003).

Finalmente, en el caso “*Medellín versus Texas*” la Corte Suprema establece límites en la amplia potestad presidencial para concluir acuerdos internacionales, haciendo una interpretación más restrictiva. De conformidad con esta doctrina, para admitir la validez de una medida presidencial, cuando el Presidente estadounidense careciera de aprobación por el Congreso, pero gozara de cierta independencia constitucional, se podrían celebrar acuerdos ejecutivos válidos siempre que recibiera justificación institucional para proceder de ese modo³³, mediante una delegación expresa del Congreso o un asentimiento de este órgano.

III. LAS RELACIONES BILATERALES ENTRE LOS ESTADOS UNIDOS Y LA UNIÓN EUROPEA A TRAVÉS DEL TTIP

1. *La integración económica entre Estados Unidos y la Unión Europea*

En la política de Estados Unidos, septiembre de 2001 genera un punto de inflexión pues supuso un cambio para este país en sus relaciones internacionales. El terrorismo se transformó en la principal amenaza para los países desarrollados y sus Gobiernos. Esto tuvo una transcendencia económica y jurídica muy determinante para forjar el liderazgo internacional estadounidense. La firma de tratados de libre comercio fue una forma de establecer un apoyo directo con los líderes del mundo, en una alianza de lucha contra el terrorismo³⁴. Todo ello tuvo una relación muy directa en la política comercial, que empezará a tener Estados Unidos, y en los acuerdos de libre comercio que se desarrollan en este nuevo siglo.

Estados Unidos y la Unión Europea tienen relaciones profundas y privilegiadas en los aspectos políticos, comerciales, jurídicos y económicos, como corresponde a grandes potencias económicas a nivel mundial, generándose una intensificación de las relaciones bilaterales en los últimos años. Desde el año 2013 se iniciaron una serie de negociaciones a través del TTIP (Asociación Transatlántica para el Comercio y la Inversión en inglés *Transatlantic Trade and Investment Partnership*), que permitieron consolidar las relaciones comerciales y de inversión. Las negociaciones entre ambas partes buscaban contribuir al crecimiento económico³⁵, así como favorecer la creación de empleo y las líneas de desarrollo para ambos bloques.

³³ Corte Suprema de Estados Unidos (2008), *Medellín versus Texas*, 554 U. S. 759 (2008).

³⁴ GUYOTTOT, Oliver, “Implicaciones de la firma del Tratado de Libre Comercio...”, op. cit., p. 106.

³⁵ Boletín Económico de ICE núm. 3100 del 1 al 30 de junio de 2018, “La política comercial de la Unión Europea”, p. 155.

Sin embargo, estas actuaciones no estaban exentas de problemas jurídicos. En relación con el comercio exterior, tradicionalmente, Estados Unidos ha renunciado a pasar a la segunda fase de las integraciones como sujeto pasivo, evitando con ello que algunas de las integraciones, de las que forma parte, firme con un tercero sea este Estado o integración. Esta política reduce el embate que la globalización origina a su Constitución, pero tiene el inconveniente de que no le permite avanzar en la liberalización comercial con la máxima intensidad. Esto es así, a no ser que participe como sujeto activo de la segunda fase de la globalización, es decir, firmando acuerdos de libre comercio con otras integraciones³⁶, precisamente lo que se pretendía con el TTIP³⁷, hasta su paralización por la Administración estadounidense bajo la presidencia de Trump. Este acuerdo de libre comercio buscaba contribuir al crecimiento económico³⁸, así como favorecer la creación de empleo y flujos comerciales e inversión para ambos bloques. La validez del impacto económico, que pueden suscitar acuerdos como TTIP, depende de los resultados que tengan las negociaciones con los países implicados³⁹, tal y como señalan algunos expertos en la materia.

2. *Los problemas jurídicos del TTIP y los sistemas de resolución de conflictos*

Dentro del desarrollo del libre comercio y de los tratados de integración económica, el Tratado de Libre Comercio sigue una proyección bajo la presión de los países occidentales. A ello se debe añadir que la firma de un Tratado de Libre Comercio tiene dimensiones políticas y geopolíticas tanto a nivel regional como mundial entre los países implicados⁴⁰. Lo que pretende el TTIP es el incremento del comercio y la inversión, haciendo más firmes los intercambios entre Estados Unidos y la Unión Europea. Esto tiene como consecuencia más clara, que se pueda incentivar el crecimiento y el empleo

³⁶ GARCÍA GUERRERO, José L., “Constitucionalizando la globalización”, en GARCÍA GUERRERO, José L. y MARTÍNEZ ALARCÓN, M.^a Luz, *Constitucionalizando la Globalización*, Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 2019, p. 113.

³⁷ *Vid.* JIMÉNEZ ALEMÁN, Ángel A., “La Asociación Transatlántica para el Comercio y la Inversión: elementos para un análisis en perspectiva constitucional”, en GARCÍA GUERRERO, José Luis y MARTÍNEZ ALARCÓN, M.^a Luz, *Constitucionalizando la Globalización*, Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 2019.

³⁸ Boletín Económico de ICE núm. 3100 del 1 al 30 de junio de 2018, “La política comercial...”, op. cit., p. 155.

³⁹ *Cfr.* FRANCOIS, Joseph, *Reaching transatlantic barriers to trade and investment an economic assessment*, Centre for economic Policy Research, March, Final report, 2013.

⁴⁰ GUYOTTOT, Oliver, “Implicaciones de la firma del Tratado de Libre Comercio...”, op. cit., p. 106.

mediante una mayor liberalización⁴¹. Este acuerdo contempla una serie de elementos básicos, fundamentalmente el acceso a los mercados, lo que incluye comercio de bienes, servicios e inversiones y compras públicas. Otro pilar sobre el que se sustenta este tipo de acuerdos, que entronca con el comportamiento de los poderes legislativos en la firma de un acuerdo de libre comercio, es el referente a los aspectos regulatorios, en los que se abordan problemáticas como las barreras técnicas al comercio, las medidas fitosanitarias o la regulación de sectores específicos. En esta posición se realiza un esfuerzo para que ambos bloques económicos tengan una coherencia legislativa. En estos aspectos regulatorios destaca también la búsqueda por fijar reglas en el ámbito de la propiedad intelectual, que sirvan para garantizar una mayor protección en las indicaciones geográficas o diversos campos como el desarrollo sostenible, las pymes o el sector energético⁴², entre otros.

En los acuerdos de libre comercio de segunda generación, se cogieron muchos de los contenidos de política comercial de Estados Unidos como la libertad de inversiones, la propiedad intelectual, el establecimiento de órganos encargados de la implementación normativa, así como la reglamentación de órganos arbitrales para la resolución de conflictos⁴³. El intento de los Estados Unidos de llevar esos órganos arbitrales al TTIP generó una amplia controversia en Europa, lo que implicó que la Unión Europea propusiera a los Estados Unidos la incorporación de un conjunto de reglas y procedimientos basados en una Corte Permanente de Inversiones. Un sistema de carácter judicial, que se promocionará en las negociaciones comerciales, con objeto de ir reemplazando los sistemas actuales. Hablamos por tanto de un mecanismo consistente en el funcionamiento de un Tribunal de Primera Instancia y un Tribunal de Apelaciones, con una cualificación técnica jurídica comparable a la de los jueces en la Corte Internacional de Justicia⁴⁴, que pretendía la resolución de posibles controversias entre los países integrantes en las negociaciones.

Con estos presupuestos se hace difícil determinar las consecuencias del TTIP, fundamentalmente por las implicaciones fiscales, económicas y políticas subyacentes. A su vez se pueden observar ciertos efectos negativos en

⁴¹ Vid. BROMUND, Ted R., COFFEY, Luke y RILEY, Bryan, "The Transatlantic Trade and Investment partnership (TTIP)", *The Heritage Foundation*, núm. 2952- September 2014.

⁴² Boletín Económico de ICE núm. 3100 del 1 al 30 de junio de 2018, "La política comercial...", op. cit., p. 155.

⁴³ GARCÍA GUERRERO, José L., "Constitucionalizando la globalización", cit., p. 97.

⁴⁴ EUROPEAN COMMISSION, Press release: "EU finalizes proposal for investment protection and Court System for TTIP", November 12, 2015, <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1396>

diversos sectores del mercado interior europeo, motivados por las nuevas importaciones competitivas en precios, así como por la penetración de inversiones originarias de Estados Unidos. Esto nos lleva a analizar si el Acuerdo Transatlántico podrá conseguir una mayor apertura de los agentes implicados, con una proyección que evite las barreras arancelarias⁴⁵, lo que tendría un efecto positivo en el incremento de las relaciones comerciales. Por otro lado, la validez del impacto económico, que pueden suscitar acuerdos como TTIP, dependerá de los resultados que tengan las negociaciones con los países implicados, tal y como señalan algunos expertos en la materia⁴⁶. A todo ello, para contrarrestar críticas y con objeto de mantener el sistema arbitral, hay que destacar que la Unión Europea ha propuesto a los Estados Unidos la incorporación de un conjunto de reglas y procedimientos basados en una Corte Permanente de Inversiones. Esta Corte es un sistema de carácter judicial, que se promocionará en las negociaciones comerciales, con objeto de ir reemplazando los sistemas actuales. Un mecanismo consistente en el funcionamiento de un Tribunal de Primera Instancia y un Tribunal de Apelaciones, con una cualificación técnica jurídica comparable a la de los jueces en la Corte Internacional de Justicia⁴⁷, que pretende la resolución de posibles controversias entre los países integrantes en las negociaciones.

3. *La influencia de la política estadounidense en el TTIP*

Durante los años 2017 a 2020 Estados Unidos inició a una política comercial caracterizada por un mayor proteccionismo. Todo ello generó un *impasse* en las negociaciones del TTIP, es decir, había una situación que no progresaba. Esto implicó un cambio de rumbo en las relaciones comerciales estadounidenses, que le llevaron a una tendencia de acuerdos puntuales de cooperación regulatoria con determinados países, o acuerdos de reconocimiento mutuo como por ejemplo el firmado el 31 de octubre de 2017, referente a productos farmacéuticos⁴⁸, entre otros. A todo ello hay que añadir que

⁴⁵ CANTARERO PRIETO, David, “Unión Europea y Tratado de Libre Comercio: su impacto en el mercado de la salud desde la economía” en DS : Derecho y salud, vol. 26, núm. extra-1, 2016 (Ejemplar dedicado a XXV Congreso 2016: El avance de las Ciencias de la Salud y las incertidumbres del Derecho), p. 37.

⁴⁶ Cfr. FRANCOIS, Joseph (project leader): *Reaching transatlantic barriers to trade and investment an economic assessment*, Centre for economic Policy Research, March, Final report, 2013.

⁴⁷ EUROPEAN COMMISSION, Press release, “EU finalizes proposal for investment protection and Court System for TTIP”, November 12, 2015, <http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1396>

⁴⁸ Boletín Económico de ICE núm.3100 del 1 al 30 de junio de 2018, “La política comercial...”, op. cit., p. 155.

la presencia estadounidense en Europa se ha visto envuelta de tensiones en el periodo referenciado, que dificultaban la viabilidad de acuerdos comerciales. Estados Unidos en el año 2018 defendía una posición privilegiada para promover una zona de libre comercio con Reino Unido, aunque para ello tuviera que promover ataques a la Unión Europea⁴⁹, una cuestión que generó conflictos internacionales.

No obstante, en la última década las relaciones comerciales y económicas entre los Estados Unidos y la Unión Europea han crecido, si bien es necesario desarrollar un marco jurídico y legal que regule los intereses legitimados de ambos núcleos de poder. Por tanto, es necesario que estos acuerdos fueran recepcionados por los mercados financieros, analizando la seguridad jurídica en las transacciones y los impactos positivos o negativos, así como las inversiones empresariales que se realizan. Además, en los acuerdos de libre comercio es determinante analizar cómo afectarán las nuevas tecnologías en los procesos de producción y distribución. Unas variables que, evidentemente, promoverán cambios jurídicos, y tendrán una influencia en el mercado económico que Estados Unidos está desarrollando en el ámbito internacional⁵⁰. A todo lo dicho hay que añadir que la nueva situación política motivada por el triunfo electoral del presidente Biden tampoco es demasiado positiva con respecto a retomar la negociación de tratados como el TTIP, exceptuando algunas alianzas puntuales para regular las plataformas digitales. Los nuevos acuerdos que puede celebrar la Unión Europea y Estados Unidos van a ir dirigidos a regular los mercados, servicios y plataformas digitales al objeto de que se eliminen el contenido ilegal. No obstante, es evidente el compromiso global de Estados Unidos con Europa, y el cambio de rumbo que el gigante estadounidense ha experimentado en el último año, lo que inevitablemente debe redundar en futuras vías de negociación comercial con la Unión Europea.

⁴⁹ “Trump culpa a la prensa para intentar zanjar la tensión con May”, *El País*, 13 de julio de 2018, https://elpais.com/internacional/2018/07/13/actualidad/1531479190_721904.html En este sentido el Presidente estadounidense había adoptado una posición crítica respecto a la negociación que la primera ministra Theresa May tenía con la Unión Europea, determinando que estaba realizando un *Brexit* débil. Esto condicionaba cualquiera acuerdo de ambos países que, en definitiva, estaría determinado por la Unión Europea, lo que dificultaba que el Ejecutivo estadounidense pudiera embarcarse en una negociación de libre mercado con Reino Unido. Unas cuestiones publicadas por el periódico *The Sun*, en una entrevista con el Presidente estadounidense Trump, que luego fue desmentida tal y como recogía la prensa internacional.

⁵⁰ CANTARERO PRIETO, David, “Unión Europea y Tratado de Libre Comercio...”, op. cit., pp. 38- 39.

IV. LAS APORTACIONES EN LA INTEGRACIÓN ECONÓMICA DEL NAFTA

1. *La conformación del NAFTA y su enfoque constitucional.*

La década de los noventa fue importante pues surgieron varios acuerdos de libre comercio, especialmente desde la llegada de George Bush a la presidencia de Estados Unidos, desarrollando una doble política comercial, en la que se agilizan las negociaciones multilaterales dentro de la Organización Mundial del Comercio (OMC), promoviéndose negociaciones bilaterales conforme a la Ley estadounidense de promoción comercial⁵¹. Esos años, bajo el impulso del neoliberalismo y de un activismo hemisférico de Washington, trae también cambios en la integración iberoamericana, así México se incorpora en 1994, con el NAFTA 1.0 (Tratado de Libre Comercio de América del Norte, en inglés *North American Free Trade Agreement*), a la integración de Norteamérica que se había iniciado en 1989 con la suscripción del Acuerdo de Libre Comercio entre Estados Unidos y Canadá (FTA), en inglés *Canada-U.S. Free Trade Agreement*. A todo ello, el paradigma de la integración regional, influida por el consenso de Washington, planteará procesos de apertura comercial con el resto del mundo⁵². Estados Unidos se convierte así en el principal impulsor de este acuerdo de libre comercio, iniciando una nueva etapa en el comercio internacional⁵³, superando la etapa de las negociaciones multilaterales.

El poder de rescindir tratados es una de las cuestiones más relevantes de la separación de poderes, con respecto a los acuerdos internacionales. En los Estados Unidos hay acuerdos internacionales, que pueden tener implicaciones directas en relación con el ejercicio de las potestades del Presidente. Tal y como hemos señalado, uno de los acuerdos más innovadores y exitosos, que integraba elementos de negociaciones comerciales y de inversión de gran valor, fue el NAFTA firmado entre Canadá, Estados Unidos y México. Un sector de la doctrina mantiene que, desde que Estados Unidos entró en esa negociación, se estableció un acuerdo entre el Congreso y el Ejecutivo, que limitaba el papel del Presidente estadounidense para terminarlo unilateralmente. Una cuestión de la que dudan otros sectores doctrinales, al mantener que está dentro de la discrecionalidad del Presidente estadounidense concluir este tipo de

⁵¹ CHAI, Yu; LIU Xiao X. y SONG Hong, “China y los acuerdos de libre comercio”, *Revista del CEI, Comercio Exterior e Integración*, núm. 7, 2006, p. 122.

⁵² ALCALDE CARDOZA, Javier, “El liderazgo sudamericano de Brasil: los difíciles caminos del consenso y la hegemonía”, *Agenda Internacional Año XVII*, núm. 28, 2010, pp. 239.

⁵³ *Vid.* KRUEGER, Anne, “Trade create and trade diversion under NAFTA”, *National Bureau of Economic Research*, núm. 7429, 1999.

acuerdos⁵⁴. Esta acción legislativa en la aprobación de acuerdos internacionales ha supuesto una “democratización” en la elaboración de tratados.

En otras circunstancias, se establecen prohibiciones específicas para los Estados; así, el artículo 1, Sección Décima señala que “ningún Estado participará en alianza, confederación o tratado alguno”; además ningún Estado podrá fijar impuestos o derechos sobre las importaciones o las exportaciones sin el consentimiento del Congreso⁵⁵. Esto significa que, de conformidad con su texto constitucional, sin la autorización del Congreso, ningún Estado podrá gravar con impuestos los bienes que entren o salgan del Estado, ni celebrar convenios o pactos con otro Estado o una potencia extranjera. Solamente el Gobierno federal tiene la facultad de celebrar tratados o realizar negociaciones con países extranjeros.

2. *Las cláusulas de integración y la cesión de soberanía en un acuerdo de libre comercio. Los mecanismos de arbitraje internacional*

Las cláusulas de integración, como disposiciones normativas, contemplan la posibilidad de ceder parte de la soberanía de un Estado a una institución o ente internacional. En los acuerdos o tratados, que se establezcan, se hace necesario una cesión de soberanía previa de los Estados parte hacia el tratado y sus organismos; una situación no exenta de problemas. En la integración económica, uno de los aspectos más innovadores es la necesidad de plena autonomía por parte del instrumento que da efectividad a su contenido. Ello requiere la cesión de soberanía previa de los Estados parte hacia el tratado y sus organismos y, en consecuencia, una disminución de la capacidad ejecutiva del Estado, que el texto constitucional le otorga. Los arreglos institucionales y la solución de controversias en el caso del NAFTA abren un nuevo debate⁵⁶, así se observa que la resolución de un procedimiento no es equivalente a la sentenciada por un ordenamiento jurídico nacional, dado que los laudos no tienen carácter vinculante, sino que son opiniones que propician la consulta y la negociación de las partes enfrentadas⁵⁷. El propio acuerdo en su articulado incluye mecanismos de consulta a la Comisión de

⁵⁴ VERDIER, Pierre-Hughes y VERSTEEG, Mila, “Separation of Powers, Treaty-Making, and Treaty Withdrawal: A Global Survey”, en BRADLEY, Curtis A., *The Oxford Handbook of Comparative Foreign Relations Law*, Jun 2019, p. 2.

⁵⁵ Artículo 1, Sección Décima de la Constitución de Estados Unidos.

⁵⁶ DUSSEL PETERS, Enrique, “La renegociación del TLCAN. Efectos arancelarios y el caso de la cadena de calzado”, *Investigación Económica*, vol. LXXVII, núm. 303, enero-marzo de 2018, p. 5.

⁵⁷ SIQUEIROS, José L., “La solución de conflictos en el marco del NAFTA”, *Boletín de la Facultad de Derecho*, núm. 43, 1993, p. 268.

Libre Intercambio para la resolución de controversias⁵⁸. Si dicha Comisión es incapaz de dar una respuesta, se hará necesario confiar su resolución mediante los grupos especiales arbitrales del tratado de libre comercio.

Los artículos 1119 a 1120 del NAFTA establecen el procedimiento de arbitraje, en los que se destaca que es necesario notificar la intención de someter el conflicto a arbitraje, con una antelación de, al menos, noventa días antes de presentar formalmente la reclamación. En ese escrito previo se determinarán las disposiciones presuntamente incumplidas, así como las cuestiones de hecho o de derecho en las que se fundamenta la actuación. Tal y como señalan los artículos 1120 y 1121 del NAFTA, para que la reclamación de arbitraje se someta a este procedimiento es necesario que tanto la parte contendiente como la inversionista sean parte del Convenio y consientan en someterse al arbitraje, en los términos previstos en los procedimientos de este tratado. Posteriormente, de conformidad con lo establecido en el artículo 1123 del NAFTA se establecerá un Tribunal con tres árbitros, de los cuales uno de ellos actuará como presidente⁵⁹, tal y como se recoge en la legislación referenciada.

Los mecanismos de arbitraje internacional han supuesto una forma para intentar impulsar la economía y fomentar la inversión. Ante una expropiación contraria al tratado o una violación de derecho consuetudinario internacional, se crea un mecanismo en virtud del cual el inversor podrá demandar al Estado receptor de la inversión ante un Tribunal Internacional de Arbitraje, evitando con ello intervenir en un Tribunal nacional donde la soberanía estatal pudiera influir en la resolución final⁶⁰. No obstante, hay que señalar que acudir a un Tribunal Internacional de Arbitraje sería la última medida, es decir, esta vía estaría abierta siempre que hubiera fracasado la negociación y otros tipos de mecanismos de resolución de conflictos.

Junto a todo lo referenciado, hay que añadir que el NAFTA se había convertido en un acuerdo que eliminaba la mayoría de los productos intercambiados entre los países integrantes. Muchos congresistas mantenían que la formulación de este tratado había servido para destruir miles de empleo. Este acuerdo fue criticado por miembros del partido republicano al considerarlo como uno de los tratados que más perjudicaba a los trabajadores del país, generando una clara desventaja frente a otros competidores, lo que de alguna forma servía para promover su renegociación. Otros sectores, incluidos los demócratas, también mantenían que, después de veinticinco años, era

⁵⁸ TAPIA GUTIÉRREZ, Agustín A., “NAFTA: Un TLC de características sui generis”, en GARCÍA GUERRERO, José L. y MARTÍNEZ ALARCÓN, M.^a Luz, *Constitucionalizando la Globalización*, Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 2019, p. 317.

⁵⁹ Artículos 1119 a 1123 NAFTA.

⁶⁰ *Vid.* Capítulo XI NAFTA.

necesario una actualización en materia comercial y jurídica para garantizar las relaciones con los países vecinos. Por lo tanto, de la circunstancias políticas se infería la necesidad de firmar un nuevo acuerdo de libre comercio, adaptado al nuevo marco internacional, que garantizase con más firmeza jurídica los intereses estadounidenses.

3. *La aplicación del principio de solidaridad en el NAFTA*

La formación de la política externa de Estados Unidos ha sufrido diversas fluctuaciones, que han definido su desarrollo jurídico y económico a lo largo de su historia. Una política que ha oscilado entre el aislamiento y el proteccionismo y que, lógicamente, ha servido para impulsar nuevas vías de acción aperturistas, en algunos casos, y en otros intervencionista⁶¹, en función del partido ejerciente en esos momentos y de los intereses del país. La aplicación del principio de solidaridad en la construcción estadounidense ha sido objeto de crítica, fundamentalmente por la ausencia de solidaridad social como valor expresamente incluido en su derecho, especialmente en los primeros momentos.

La entrada en vigor del NAFTA supuso un importante cúmulo de esperanzas para impulsar la economía, con el objetivo principal de incrementar las exportaciones y atraer las inversiones. No obstante, el tratado tenía errores, al no haber sido capaz de beneficiar a la clase trabajadora. Las dificultades de movilidad personal era un obstáculo, que arrastraba la economía estadounidense a pesar de sus grandes cadenas productivas⁶². Esto evidenciaba que el tratado era insuficiente y que no era el canal adecuado para que pudiera ajustarse a los nuevos desafíos de la economía global, lo que exigía la búsqueda de estrategias para consolidar esa integración trilateral y actuar de una forma más solidaria. Su desarrollo económico se estancaba ante las dificultades para acelerar los intercambios comerciales de una forma eficiente y la falta de eficacia de los mecanismos jurídicos para resolver controversias. Además, había que superar las trabas de la reforma migratoria, lo que implicaba establecer una normativa clara y efectiva para empresarios y trabajadores, determinando una legislación en torno a la movilidad laboral. Era evidente que, para que la solidaridad y el reparto de responsabilidades fuera una realidad, no bastaba con la manifestación de la solidaridad como un principio de base teórica, sino que era necesario implementar y adoptar otras medidas de carácter legislativo y político. Una nueva línea de actuación, que

⁶¹ GUYOTTOT, Olivier, “Implicaciones de la firma del Tratado de Libre Comercio...”, op. cit., pp. 99-100.

⁶² “Norteamérica busca su futuro más allá del NAFTA”, *El País*, 18 de enero 2014.
^hhttps://elpais.com/internacional/2014/01/18/actualidad/1390070405_038418.html

implicara un nuevo reparto de responsabilidades en las políticas de gestión de fronteras e inmigración y que, además, revitalizara el mercado de trabajo entre los países firmantes del acuerdo.

Otro de los motivos de quiebra del NAFTA, que afecta al principio de solidaridad, viene determinado por la relación entre los países integrantes. Canadá, aunque comparte con México el estatus de socio menor, tiene una mayor empatía con Estados Unidos. Los lazos de Canadá con su vecino estadounidense son más intensos, pues ambos países tienen un idioma similar y unos intereses más cercanos. Esa interconexión ha impedido que exista una verdadera integración entre Canadá y México⁶³, que pudiera contrarrestar el poder y la hegemonía de Estados Unidos. En el caso del NAFTA, el peso económico estadounidense sirve para imponer condiciones contractuales a los otros Estados signatarios al establecer las medidas de propiedad intelectual, inversiones o cuando se opta por el arbitraje, como sistema de resolución de conflictos, frente a los Tribunales ordinarios. Estos elementos muestran la falta de solidaridad en la integración.

El NAFTA tuvo un impacto demoledor en ciertos sectores de México y Canadá, que tuvieron que asumir la hegemonía que imponía el gigante estadounidense, asumiendo determinados compromisos dentro de una política que beneficiaba claramente a las grandes corporaciones transnacionales. Esa quiebra de la soberanía de los Estados, que forman parte de un acuerdo de libre comercio, plantea el dilema sobre la solidaridad en la actuación de las partes implicadas. Todo ello nos lleva a debatir si realmente respetan el principio de solidaridad aquellos tratados que exigen cambios en las legislaciones estatales, aun asumiendo que esos cambios supondrán impactos en los derechos de la ciudadanía en beneficio de las grandes corporaciones. En definitiva, podemos concluir que en el NAFTA no existen instrumentos de solidaridad y que esa situación junto a la aplicación de una política proteccionista va a implicar su renegociación. Es evidente que a menor nivel de integración encontramos menor grado de solidaridad. Por tanto, NAFTA, como proceso de integración asimétrico sin dimensión social ni equilibrio entre las partes, no ha proyectado la solidaridad, que este tipo de integración debería haber tenido.

⁶³ CORONADO, Horacio y GRATIUS, Susanne, “Las asimetrías de poder entre países pequeños y grandes: intereses, alianzas y conflictos”, en GRATIUS, Susanne (ed.), *MERCOSUR y NAFTA. Instituciones y mecanismos de decisión en procesos de integración asimétricos*, Madrid: Iberoamericana, 2008, p. 255.

V. USMCA. UN NUEVO ACUERDO PARA CONSENSUAR EL DESARROLLO ECONÓMICO ENTRE ESTADOS UNIDOS, MÉXICO Y CANADÁ

1. *La renegociación del NAFTA*

Hay que destacar que el acuerdo de libre comercio firmado entre Canadá, Estados Unidos y México, vigente desde los años noventa, fue uno de los acuerdos más innovadores y exitosos, que integraba elementos de negociación comercial y de inversión de gran valor, aunque ignoraba la competencia que posteriormente generaría China⁶⁴. Sin embargo, la crisis de las hipotecas que se desarrolló durante los años 2007 y 2008 supuso un freno económico y un aumento del endeudamiento, que generó mayor desempleo e inestabilidad⁶⁵. Desde el año 2015 había sectores que mantenían una postura contraria a la renegociación del NAFTA, algo que chocaba con lo que establecía su artículo 2202⁶⁶, aunque una vez rebajada las tensiones iniciales se pudieron encontrar vías de conciliación.

La formulación del NAFTA había servido para destruir miles de empleos, convirtiéndose en uno de los tratados que más perjudicaba a los trabajadores estadounidense, generando una clara desventaja frente a otros competidores, lo que de alguna forma servía para promover su nueva negociación. Otros sectores mantenían que era necesario una actualización en materia comercial⁶⁷, para garantizar las relaciones con países vecinos y promover mecanismos de solidaridad, de los que carecía el anterior tratado. NAFTA adolecía de ciertos defectos que lo abocaron a su fracaso, lo que implicó que el Gobierno de Estados Unidos impusiera la renegociación en un clima de

⁶⁴ DUSSEL PETERS, Enrique, “La renegociación del TLCAN...”, op. cit., p. 5.

⁶⁵ Para mayor comprensión de estos problemas se recomienda el estudio autores como PIETERSE, Jan N., *O fin do império Americano? Os Estados Unidos depois da crise*, Belo Horizonte, Brasil: Geracao Editorial, 2009; PILÓN, D., “Desequilibrios mundiales e inestabilidad financiera la responsabilidad de las políticas liberales. Algunas referencias keynesianas”, en CHESNAIS, Francois (comp.), *La mundialización financiera. Genesis, costos y desafíos*, Buenos Aires: Losada. 2001; ROA HERNÁNDEZ, José C., “Turbulencia contagio y crisis financiera global: los costos de la innovación hipotecario en Estados Unidos de Norteamérica”, *Revista de Ciencias Sociales*, segunda época, núm. 16, primavera 2009, Universidad Nacional de Quilmes, pp. 161-180; OCAMPO, Emilio, *La era de la burbuja. De cómo Estados Unidos llegó a la crisis*, Buenos Aires: Claridad, 2009.

⁶⁶ El artículo 2202 del NAFTA establece que “las partes pueden convenir cualquier modificación o adición a este tratado”. No obstante, también se aclara que “las modificaciones y adiciones acordadas, y que se aprueba según los procedimientos de cada parte, constituirán parte integral de este tratado”.

⁶⁷ *Vid.* Legislative Session; Congressional Record Vol. 166, N° 10 (Senate - January 16, 2020).

tensiones políticas. Una serie de cambios promovidos por el deterioro del empleo y de los flujos migratorios, así como por la creciente influencia y crecimiento de China, Rusia y otros países en vías de desarrollo⁶⁸, que se perfilaban como competidores en los mercados internacionales.

En 2017 la Administración estadounidense notificó al Congreso su intención de renegociar el NAFTA y, tras diversos encuentros entre Estados Unidos, México y Canadá, se firmó el nuevo acuerdo el 30 de noviembre de 2018. El acuerdo comercial bajo las siglas de USMCA (Tratado entre Canadá, México y Estados Unidos en inglés *United States, México, Canadá Agreement*), denominado también como NAFTA 2.0, sustituyó al anterior tratado y fue uno de los aspectos exigidos por la Administración estadounidense, bajo el auspicio de unas negociaciones que pretendían la creación de un mercado más justo⁶⁹, que estimulara el crecimiento económico entre los países implicados. Fundamentalmente, la negociación implicaba un fortalecimiento en la aplicación y la exigibilidad de garantías al objeto de proteger a los trabajadores y al medio ambiente⁷⁰ de una forma mucho más solidaria. Estados Unidos aprovechó la confluencia de una serie de elementos conflictivos internacionales para promover la renegociación del NAFTA, en función de sus intereses. Su actuación jurídica y comercial se centró fundamentalmente en una política proteccionista, estableciendo una serie de reformas fiscales que favorecían a los grandes capitales⁷¹, pero que no dotaba de verdadera solidaridad a la integración.

2. La tramitación parlamentaria del USMCA

Respecto a la tramitación parlamentaria del USMCA, primero en su fase en la Cámara de Representantes y posteriormente en el Senado, podemos destacar ciertos aspectos de interés jurídico. Inicialmente en su fase en la Cámara de Representantes, ese proyecto es remitido al Comité de Medios y

⁶⁸ PUYANA, Alicia, “Del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, al Acuerdo de México- Estados Unidos-Canadá. ¿Nuevo capítulo de la integración México-Estados Unidos?”, *El Trimestre Económico*, vol. LXXXVII (3), núm. 347, julio - septiembre de 2020, p. 636.

⁶⁹ “EE. UU., México y Canadá pactan un nuevo acuerdo comercial tras más de un año de tensas negociaciones”, *El País*, 01 de octubre de 2018, https://elpais.com/internacional/2018/09/30/estados_unidos/1538337081_072547.html

⁷⁰ H. Rept. 116-358 – United States-Mexico Agreement Implementation Act, pp. 2-3.

⁷¹ Entre las medidas destacan aquellas que pretenden establecer un impuesto de ajuste fronterizo para compensar el impuesto de valor agregado (IVA). También deroga la Ley Dodd-Frank y enmendará la Norma Volcker, que obligaba a los bancos a someterse a pruebas de resiliencia para evitar que especularan por cuenta propia.

Arbitrios⁷², además de los Comités de Educación y Trabajo, Recursos Naturales, Asuntos Exteriores, Poder Judicial, Presupuesto, Transporte e Infraestructura, Servicios Financieros, Agricultura, Energía y Comercio, así como Supervisión y Reforma, entre otros, por un período que será posteriormente determinado por el presidente de la Cámara de Representantes en cada caso⁷³. El 19 de diciembre de 2019 el Comité de Medios y Arbitrios presenta un informe para acompañar al texto legal⁷⁴, en el que informa favorablemente y recomienda que el texto siguiera su curso legal al respecto, sin ningún tipo de enmiendas.

Las consultas y disposiciones realizadas en este proyecto de ley solo se pueden aprobar si el Presidente estadounidense y la Cámara han obtenido asesoramiento sobre la acción propuesta, así como el apoyo de los Comités Consultivos apropiados, establecidos bajo la sección 135 de la Ley de Comercio de 1974⁷⁵. También se hace necesario contar con el asesoramiento de la Comisión de Comercio Internacional. Asimismo, es preceptivo destacar que, en este proyecto de ley, el presidente de la Cámara de Representantes ha presentado al Comité de Finanzas del Senado y a la Comisión de Medios de la Cámara, un informe que establece la acción propuesta y las razones que lo fundamentan, así como el asesoramiento obtenido, lo que da a este proceso una garantía informativa y jurídica de gran valor. Tras dos horas de debate la Cámara procedió a concluir el proyecto legislativo del USMCA.

⁷² El Comité de Medios y Arbitrios es un comité de la Cámara de Representantes de Estados Unidos. Su área de responsabilidad se extiende no solo a la política presupuestaria, financiera y tributaria, sino también a los sistemas de seguridad social y política familiar.

⁷³ Congressional Record, proceedings and debates of the 116th congress, first session, núm. 200. Washington, Friday, December 13, 2019. Vol. 165. p. H10262.

En el Registro del Congreso de los Estados Unidos, en el volumen 65 (2019) y el volumen 66 (2020), se encuentra el proyecto de ley para implementar y poner en funcionamiento el Acuerdo entre los Estados Unidos de América, México y Canadá adjunto como Anexo al Protocolo, que reemplaza el Acuerdo de Libre Comercio de América del Norte.

⁷⁴ H. Rept. 116-358 – United States-Mexico Agreement Implementation Act, pp. 2-3.

En 2017, la Administración notificó al Congreso su intención de renegociar el NAFTA, y tras diversos encuentros, Estados Unidos, México y Canadá firmaron un nuevo acuerdo el 30 de noviembre de 2018.

⁷⁵ Sección 135, Ley de Comercio de 1974. El Presidente estadounidense, de acuerdo con las disposiciones de esta sección, buscará información y asesoramiento de elementos representativos del sector privado con respecto a los objetivos de negociación, antes de celebrar un acuerdo comercial. Asimismo, se establecerá un Comité asesor para negociaciones comerciales, al objeto de prestar asesoramiento sobre política comercial. Un órgano compuesto por no más de cuarenta y cinco personas en los que se incluyen representantes del Gobierno, los sectores industriales, agrícolas y empresariales, entre otros.

Hubo 385 votos afirmativos frente a los 41 negativos, y 5 abstenciones⁷⁶, por tanto, el proyecto contó con un importante apoyo de los congresistas.

El 3 de enero de 2020 el proyecto va al Senado⁷⁷, que tras recibirlo y ser leído, se remite conjuntamente a varios Comités competentes por razón de la materia tales como el Comité de Finanzas, Salud, Educación, Trabajo y Pensiones, Medio Ambiente y Obras Públicas, Relaciones Extranjeras, Comercio, Ciencia y Transporte, y Presupuesto, todo ello de conformidad a la sección 151 (e) (2) de la Ley de Comercio de 1974. Tras los informes positivos, se procede a la votación, cuyos resultados, tal y como se acredita en las actas del Senado fue de 89 votos a favor frente a 10 negativos y un no voto. El proyecto salió adelante y fue aprobado sin enmiendas⁷⁸. Tras la firma del Presidente estadounidense el 29 de enero, el proyecto se convierte en la Ley Pública N.º 116-113.

Además, hay que señalar que el acuerdo obtuvo una amplia ratificación en el Senado, lo que implicó la sustitución del NAFTA sin demasiadas complicaciones. Todo ello conlleva una forma de redefinir las normas que regirán las relaciones comerciales y jurídicas, así como el intercambio de servicios y bienes industriales y agrícolas entre Estados Unidos, Canadá y México, que son las bases de USMCA. Este acuerdo de libre comercio destaca por haber conseguido un gran consenso de los líderes de los partidos demócrata y republicano, y un avance en las formas de negociación de las Cámaras. Tal y como se acredita, en el estudio de las actas de las Cámaras y en la documentación legal anexa, se puede extraer que llegar a este consenso implicó un largo proceso de negociaciones jurídicas, al objeto de introducir un mayor apoyo a los derechos laborales. También los sectores ecológicos,

⁷⁶ Información obtenida de fuentes oficiales estadounidenses. *Vid.* United States-Mexico Agreement Implementation Act; Congressional Record Vol. 165, N.º. 206 (House of Representatives- December 19, 2019), p. H12223.

⁷⁷ El Senado federal es la Cámara legislativa más importante debido a las diversas competencias que desarrolla, aprobando toda la legislación federal, confirmando los jueces federales y los miembros del Poder Ejecutivo, además de realizar o confirmar tratados internacionales. *Vid.* CALABRESI, Steven G., “Does institutional design make a difference?”, *Northwestern University Law Review* núm. 109, 2015.

⁷⁸ Legislative Session; Congressional Record Vol. 166, N.º. 10 (Senate - January 16, 2020), p. S266.

Del estudio de estas actas es posible extraer las siguientes conclusiones. Primeramente, hay que señalar que el plenario de las Cámara de Representantes aprobó con una amplia mayoría el nuevo acuerdo comercial, que regirá las relaciones comerciales entre Estados Unidos, México y Canadá, en concreto el texto legislativo se aprobó con el apoyo de 193 congresistas demócratas y 192 republicanos. A lo largo del desarrollo de la sesión, tal y como acreditan las Actas del Congreso, se muestra que la intención de los líderes de ambos partidos residía en encontrar un comercio más equilibrado y justo, dotado de garantías jurídicas.

manifestaron su necesidad de introducir medidas que combatieran el cambio climático, aunque la motivación principal fue conseguir un importante impulso a la economía estadounidense.

3. *Naturaleza jurídica del USMCA. Negociaciones para la creación de un mercado más justo y solidario*

El novedoso régimen comercial, que nace bajo las siglas de USMCA, busca sobre todo crear una estructura comercial más equitativa. De conformidad con el principio de solidaridad, estas negociaciones pretendían crear un mercado más justo, que fortaleciera el crecimiento económico entre los países implicados, al menos así se observa del estudio del tratado; sin embargo, tal y como estamos demostrando era más una aspiración que una realidad. El preámbulo del USMCA es una declaración de intenciones en la que se recogen elementos que responden teóricamente al principio de solidaridad, pero que carecen de una aplicación práctica real. El acuerdo busca expandir y preservar la producción de bienes y materiales, así como mejorar la competitividad de las exportaciones, apoyando el desarrollo de las pequeñas y medianas empresas. El objetivo es contribuir al crecimiento del empleo, estableciendo un marco legal comercial claro y transparente, que promueva la protección de los derechos laborales y las condiciones de trabajo, como refleja su articulado⁷⁹, garantizando los objetivos legítimos de bienestar social, salud pública, seguridad y medio ambiente⁸⁰. Con ello se consolida un texto que permite el comercio anual sin barreras de bienes y servicios, superando muchos de los problemas del anterior tratado, pero que no termina de proyectar el principio de solidaridad en estrictos términos jurídicos.

En líneas generales, se puede defender que USMCA nace con una vocación más solidaria que el anterior acuerdo, aunque sigue sin lograrlo, centrándose en fortalecer la cooperación económica entre los países integrantes. Del análisis del tratado se puede concluir que nos encontramos ante nueva red de estructuras jurídicas conformadas como grandes cadenas de

⁷⁹ Artículo 23 del USMCA. Este artículo establece toda una protección de los trabajadores de conformidad con los derechos laborales internacionales. Se reconoce la libertad de asociación, el reconocimiento efectivo de derecho a la negociación colectiva, la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio; la abolición del trabajo infantil, la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación. Además, se establece condiciones de trabajo aceptables respecto a salarios mínimos, horas de empleo, seguridad y salud. Asimismo, el artículo 23.8 hace una mención expresa a los trabajadores inmigrantes al reconocer que las partes integrantes del tratado “reconocen la vulnerabilidad de los trabajadores inmigrantes con respecto a las protecciones laborales”, asegurando su protección conforme las leyes laborales sean o no nacionales de un Estado parte.

⁸⁰ *Vid.* Preámbulo del USMCA

dominación, fomentadas por países de gran peso político internacional como es el caso de Estados Unidos, que ejercen su control a través de los acuerdos de comercio e inversiones y un complejo entramado normativo. Unas reglas de carácter imperativo y de obligado cumplimiento para las partes, que suponen un claro impacto en sus economías puesto que si dichas normas no se cumplen entran en una dinámica de sanciones, bloqueos, subidas de aranceles o embargos. Eso implica que este nuevo tratado sigue careciendo de mecanismos de solidaridad, aunque haya habido algunos intentos por mejorar las condiciones salariales y laborales de los trabajadores.

VI. CONSECUENCIAS DE LAS INTEGRACIONES EN LOS ORDENAMIENTOS CONSTITUCIONALES. LA HEGEMONÍA ESTADOUNIDENSE Y LA PROVISIÓN DE ÓRGANOS ARBITRALES EN DETRIMENTO DE LOS JURISDICCIONALES

De la investigación realizada podemos extraer como conclusiones que la doctrina es unánime al considerar que la firma de un acuerdo comercial puede considerarse como un ataque al concepto racional normativo de Constitución, afectando a la soberanía y a la democracia de los Estados que conforman la integración. La globalización ha posicionado al Estado y a su sistema constitucional en una nueva situación, forzado a cooperar bajo la fórmula de tratados y acuerdos bilaterales o multilaterales con otros países. Las organizaciones internacionales han acaparado muchas de las funciones gubernamentales de los miembros integrantes, lo que ha supuesto una restricción de las opciones democráticas de los Estados en materia de política económica y social.

Todo ello hace de la globalización un fenómeno que conlleva la aparición de nuevos problemas constitucionales, en el que el poder se detenta de otra manera y el Estado pierde su hegemonía para incluirse en integraciones supranacionales. Esto también supone una transformación en el Estado social y democrático de Derecho, que puede implicar una nueva reinterpretación de la legitimidad democrática, al menos cuando se pone en relación con los organismos internacionales, que fijan las nuevas relaciones de poder.

Analizada la participación de Estados Unidos en la firma de un acuerdo de libre comercio podemos concluir que hay una clara afectación de los poderes constitucionales de los países involucrados en la negociación supranacional. Conforme se avanza en la integración se pierde soberanía en todas aquellas competencias transferidas desde el Estado a los órganos de integración, produciéndose desplazamientos de competencias desde el Poder Legislativo al Ejecutivo, entre otros. A modo de ejemplo hemos de señalar que, durante la gobernanza de Trump, la presidencia estadounidense a través del concepto de seguridad nacional consiguió que se le otorgasen unos poderes

excepcionales para imponer aranceles comerciales a terceros Estados, iniciando una incipiente guerra comercial, cuyas consecuencias Europa sufrió con intensidad y que, en definitiva, supuso un nuevo embate a la globalización. Además, en la resolución de conflictos y controversias internacionales se han potenciado los órganos arbitrales, en detrimento de los jurisdiccionales ordinarios, acusados de plegarse a los intereses de su Estado, lo que conlleva críticas por falta de neutralidad.

Respecto a los acuerdos investigados podemos concluir que las relaciones entre Estados Unidos y la Unión Europea han tenido un importante impulso en sus primeros momentos, especialmente a través de negociaciones como el TTIP. Sin embargo, una vez superadas las tensiones de la última legislatura estadounidense, observamos que es necesario retomar las colaboraciones, al objeto de procurar una mayor implementación legal, que mejore la seguridad de las transacciones y aumente las inversiones internacionales. Estados Unidos debe iniciar un proceso de actualización de las relaciones con los países europeos, que vaya más allá de la regulación de las plataformas digitales y la propiedad intelectual. En este estudio no podemos obviar las transformaciones en el contexto político internacional de este último año⁸¹, lo que nos lleva a determinar que las futuras líneas de acción estadounidense pasan por una mayor colaboración con la Unión Europea, conformando una red de alianzas.

Asimismo, hemos de señalar que NAFTA fue una negociación novedosa en su momento, que integraba elementos comerciales y de inversión con el objetivo de impulsar la economía de los miembros de la integración, pero que quedó obsoleta. Con una base teórica interesante, hemos de concretar que su aplicación práctica no ofreció los resultados esperados. El acuerdo generó muchas expectativas, pero era insuficiente, no fue capaz de beneficiar a la clase trabajadora y, además, no se ajustó a los desafíos de la economía global, lo que generó su renegociación. USMCA, por el contrario, demostró ser un acuerdo más actualizado que contaba con un gran consenso político, y que, a pesar de no ser perfecto, ha servido para introducir un mayor apoyo a los derechos laborales, conformándose como una negociación más solidaria y equitativa, aunque todavía con un importante peso hegemónico estadounidense.

Evidentemente, la presencia de Estados Unidos en la firma de un acuerdo de libre comercio implica un desequilibrio entre las partes firmantes, y eso es algo que debemos dejar patente en esta parte final. Esta situación puede generar abusos de poder pues hay acuerdos, tal y como hemos verificado en la investigación, en los que se aceptan las consignas de las grandes potencias

⁸¹ En esta parte final del trabajo debemos destacar que nos encontramos en un clima político global convulso, motivado por la invasión rusa a Ucrania, que inevitablemente exigirán nuevas alianzas y acuerdos comerciales entre la Unión Europea y Estados Unidos.

económicas frente a otros sectores, cuya presencia tiene menos intensidad en las decisiones finales que se adoptan. En acuerdos de libre comercio como NAFTA o el propio USMCA, Estados Unidos ha impuesto condiciones contractuales que, dada su relevancia internacional, han sido impuestas al resto de signatarios sin ningún tipo de dificultad u oposición.

Por último, no podemos terminar esta investigación sin añadir unas valoraciones finales respecto a los problemas detectados en las negociaciones internacionales. En los acuerdos analizados en este trabajo científico, siempre se observa que las partes muestran solo sus ventajas, destacando que suponen un gran avance, sin ahondar demasiado en los posibles aspectos poco favorables que pueden encerrar esos tratados. Sin embargo, hay sectores sociales que abiertamente se oponen a esos acuerdos porque indirectamente pueden influir a los estándares laborales y regulaciones nacionales, afectando a los procesos de concesión de licencias y capacitación. Una situación que refuerza los lobbies empresariales frente a otros intereses sociales y jurídicos, y que, en definitiva, abocaría las relaciones comerciales a unos monopolios que controlan los mercados internacionales. Factores que, en definitiva, pueden converger de forma negativa en la negociación de los acuerdos de libre comercio.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ALCALDE CARDOZA, Javier, “El liderazgo sudamericano de Brasil: los difíciles caminos del consenso y la hegemonía”, *Agenda Internacional Año XVII*, núm. 28, 2010, pp. 237-248.
- BEDNAR, Jenna, “The Political Science of Federalism”, *Annual Review of Law and Social Science*, núm. 7, 2011, pp. 269-288.
- BROMUND, Ted R., COFFEY, Luke y RILEY, Bryan, “The Transatlantic Trade and Investment partnership (TTIP)”, *The Heritage Foundation*, núm. 2952- September 2014.
- BROOKS SMITH, David, “Federalism in the United States”, *Duquesne Law Review*, núm. 43, 2005, pp. 519-538.
- CANTARERO PRIETO, David, “Unión Europea y Tratado de Libre Comercio: su impacto en el mercado de la salud desde la economía” en DS : Derecho y salud, vol. 26, núm. extra-1, 2016 (Ejemplar dedicado a: XXV Congreso 2016: El avance de las Ciencias de la Salud y las incertidumbres del Derecho), pp. 36-39.
- CHAI, Yu; LIU Xiao X. y SONG Hong, “China y los acuerdos de libre comercio”, *Revista del CEI, Comercio Exterior e Integración*, núm. 7, 2006, pp. 121-132.
- CHEN, Paul, “Federalism and Rights: a neglected Relationship”, *South Texas Law Review*, núm. 40, 1999.
- CORONADO, Horacio y GRATIUS, Susanne, “Las asimetrías de poder entre países pequeños y grandes: intereses, alianzas y conflictos”, en GRATIUS, Susanne (ed.), *MERCOSUR y NAFTA. Instituciones y mecanismos de decisión en procesos de integración asimétricos*, Madrid: Iberoamericana, 2008, pp. 207-299.

- CROSS Frank B. y TILLER Emerson H., “The Three Faces of Federalism: An Empirical Assessment of Supreme Court Federalism Jurisprudence”, *Southern California Law review*, núm. 73, 2000.
- DUSSEL PETERS, Enrique, “La renegociación del TLCAN. Efectos arancelarios y el caso de la cadena de calzado”, *Investigación Económica*, vol. LXXVII, núm. 303, enero-marzo 2018, pp. 3-78.
- FEELEY, Malcom y RUBINE, Edward, *Federalism: Political Identity and Tragic Promise*, University of Michigan Press, 2008.
- FRANCOIS, Joseph, *Reaching transatlantic barriers to trade and investment an economic assessment*, Centre for economic Policy Research, March, Final project report, 2013.
- GANDASEGUI, Mario A., *Crisis de la hegemonía de Estados Unidos*, México: Clacso/ Siglo XXI, Editores, 2007
- GARCÍA GUERRERO, José Luis, “Integración económica y reforma constitucional”, en AA. VV., *Visión y análisis comparativo de reformas constitucionales en Iberoamérica*, Santo Domingo: Senado de la República, 2005.
- , “Las integraciones económicas supraestatales y los acuerdos entre bloques económicos, en definitiva, la globalización como último embate al concepto racional normativo de constitución”, en JORGE PRATS, Eduardo y VALERIO JIMINIÁN, Manuel (coords.), *Constitución, Justicia Constitucional y Derecho Procesal Constitucional*, Santo Domingo: Ed. Librería Jurídica Internacional e Instituto Dominicano de Derecho Constitucional, 2014, pp. 544-591.
- , “Las integraciones económicas supraestatales y los acuerdos entre bloques económicos, en definitiva, la globalización como último embate al concepto racional normativo de Constitución”, *RDUNO*, v. 1, núm.1, Jan-Jun/2018, pp. 61-96.
- , “Constitucionalizando la globalización” en GARCÍA GUERRERO, José Luis y MARTÍNEZ ALARCÓN, M.^a Luz, *Constitucionalizando la Globalización*, Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 2019, pp. 71-132.
- y MARTÍNEZ ALARCÓN, M.^a Luz, *Constitucionalizando la Globalización*, Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 2019.
- GODIO, Leopoldo M. A., “La Constitución canadiense y el Derecho Internacional”, *Revista El Derecho*, 2016.
- GUTIÉRREZ, Ignacio, “De la Constitución del Estado al Derecho constitucional para la Comunidad Internacional”, en PETERS, Anne, AZNAR, Mariano J. y GUTIÉRREZ, Ignacio (eds.), *La constitucionalización de la comunidad internacional*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.
- GUYOTTOT, Oliver, “Implicaciones de la firma del Tratado de Libre Comercio entre Colombia y los Estados Unidos”, *Revista Universidad & Empresa*, vol. 8, núm. 11, 2006, pp. 92-108.
- HABERMAS, Jürgen, *El Derecho internacional en la transición hacia un escenario postnacional*, Madrid: CCCB-Katz Editores, 2008.
- HERNÁNDEZ, José C., “Turbulencia contagio y crisis financiera global: los costos de la innovación hipotecario en Estados Unidos de Norteamérica”, *Revista de Ciencias Sociales*, segunda época, núm. 16, primavera 2009, Universidad Nacional de Quilmes, pp. 161-180

- JIMÉNEZ ALEMÁN, Ángel A., “La Asociación Transatlántica para el Comercio y la Inversión: elementos para un análisis en perspectiva constitucional”, en GARCÍA GUERRERO, José Luis y MARTÍNEZ ALARCÓN, M.^a Luz, *Constitucionalizando la Globalización*, Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 2019, pp. 567-602.
- KRUEGER, Anne, “Trade create and trade diversion under NAFTA”, *National Bureau of Economic Research*, núm. 7429, 1999.
- LINZ, Juan J., “Legitimacy of Democracy and the socio-economic System”, en DOGAN, Mattel, (comp.), *Comparing Pluralist Democracies: Strain on Legitimacy*, Boulder, Westview, 1988, pp. 65-113.
- LÓPEZ PINA, Antonio y GUTIÉRREZ, Ignacio, *Elementos de Derecho Público*, Madrid: Marcial Pons, 2002.
- MARTÍNEZ ALARCÓN, M.^a LUZ, “La estabilidad presupuestaria en el marco de la globalización”, en REVIRIEGO PICÓN, Fernando (coord.), *Constitucionalización y globalización. Transformaciones del Estado constitucional*, Zaragoza: Fundación Manuel Giménez Abad, 2013, pp. 165-200.
- OCAMPO, Emilio, *La era de la burbuja. De cómo Estados Unidos llegó a la crisis*, Buenos Aires: Claridad, 2009.
- PELTASON, Jack W., *Sobre Estados Unidos. La Constitución de los Estados Unidos de América*, Departamento de Estado de los Estados Unidos, 2004.
- PETERS, Anne, “Constitucionalismo compensatorio”, en PETERS, Anne; AZNAR, Mariano. J y GUTIÉRREZ, Ignacio, (eds.). *La constitucionalización de la comunidad internacional*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010.
- PIETERSE, Jan N., *O fim do império Americano? Os Estados Unidos depois da crise*, Belo Horizonte, Brasil: Geracao Editorial, 2009.
- PILÓN, D., “Desequilibrios mundiales e inestabilidad financiera la responsabilidad de las políticas liberales. Algunas referencias keynesianas”, en CHESNAIS, Francois (comp.), *La mundialización financiera. Genesis, costos y desafíos*, Buenos Aires: Losada, 2001.
- POZZI, Pablo A., *Luchas sociales y crisis en Estados Unidos (1945-1993)*, Buenos Aires: El Bloque Editorial, 1993.
- PRATS, Eduardo J. y JIMINIÁN, Miguel V. (eds.), *Constitución, Justicia constitucional y Derecho procesal constitucional*, Santo Domingo: Instituto Dominicano de Derecho Constitucional, 2014.
- PUYANA, Alicia “Del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, al Acuerdo de México-Estados Unidos-Canadá. ¿Nuevo capítulo de la integración México-Estados Unidos?”, *El Trimestre Económico*, vol. LXXXVII (3), núm. 347, julio-septiembre de 2020, pp. 635-668.
- ROA HERNÁNDEZ, José C., “Turbulencia contagio y crisis financiera global: los costos de la innovación hipotecario en Estados Unidos de Norteamérica”, *Revista de Ciencias Sociales*, segunda época, núm. 16, primavera 2009, Universidad Nacional de Quilmes, pp. 161-180.
- RODRIK, Dani, *La paradoja de la globalización. Democracia y el futuro de la economía mundial*, Barcelona: Antoni Bosch Editor, 2012.
- SIQUEIROS, José Luis, “La solución de conflictos en el marco del NAFTA”, *Boletín de la Facultad de Derecho*, núm. 43, 1993, pp. 261-289.

- STOLLEIS, Michael,” Trayectoria del Estado constitucional con la perspectiva de la globalización” en PAULUS, Andreas, GUTIÉRREZ Ignacio, y STOLLEIS, Michael, *El Derecho constitucional de la globalización*, Madrid: Fundación coloquio jurídico europeo, 2013.
- TAPIA GUTIÉRREZ, Agustín Asier, “NAFTA: Un TLC de características sui generis”, en GARCÍA GUERRERO, José Luis y MARTÍNEZ ALARCÓN, M.^a Luz, *Constitucionalizando la Globalización*, Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 2019.
- VERDIER, Pierre-Hughes y VERSTEEG, Mila, “Separation of Powers, Treaty-Making, and Treaty Withdrawal: A Global Survey”, en BRADLEY, Curtis A., *The Oxford Handbook of Comparative Foreign Relations Law*, Jun 2019, pp. 1-24.
- WAHL, Rainer, *Los últimos cincuenta años de Derecho Administrativo Alemán*, Madrid: Marcial Pons, 2013.
- WALTER, Christian, “Las consecuencias de la globalización para el debate constitucional europeo”, en PETERS, Anne, AZNAR, Mariano. J. y GUTIÉRREZ, Ignacio, (eds.), *La constitucionalización de la comunidad internacional*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010.

EL SISTEMA LEGAL SAJÓN. ESTRUCTURA SOCIAL, PROPIEDAD, CORTES DE JUSTICIA Y LEYES

*The Saxon legal system. Social Structure, property,
courts of justice and laws*

Luis Sánchez Quiñones
Doctor en Derecho
UNED

<https://doi.org/10.18543/ed.2505>

Recibido: 11.01.2022

Aceptado: 14.06.2022

Publicado en línea: junio 2022

Resumen

El sistema legal sajón fue el precursor de la complicada planta judicial que durante siglos rigió el funcionamiento de las cortes de justicia inglesas. Desde un concepto en el que primaba la pertenencia a la familia y a un orden social concreto y ligado a la inicialmente fragmentaria que siguió a la caída del Imperio Romano, fue evolucionando a un sistema judicial y legal más complejo partiendo una estructura social más jerarquizada en la que la propiedad tenía una importancia esencial y en el que valor económico del individuo y su palabra ocuparon un lugar esencial.

Palabras clave

Cortes, witenagemot, wergeld, propiedad y juramento.

Abstract

The Saxon legal system was the forerunner of the complicated judicial system that for centuries governed the operation of the English courts of justice. From a perspective of belonging to the family and to a specific social group, it was linked too, to the fragmentary social order that followed the fall of the Roman Empire.

Nevertheless, this situation evolved into a more complex legal and judicial system based on a more hierarchical social structure in which property was of essential importance and in which the economic value of the individual and his word occupied an essential role.

Keywords

Courts, witenagemot, wergeld, property and oath.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA INGLATERRA SAJONA. III. LA SOCIEDAD SAJONA. 1. Monarquía y nobleza. 2. La Iglesia como medio de cohesión del reino. 3. Familia, siervos, plebeyos y esclavos. 4. El witenagemot. IV. LA TITULARIDAD DE LA TIERRA Y SU DISTRIBUCIÓN COMO MEDIO DE CREACIÓN DE TRIBUNALES Y CORTES DE JUSTICIA. LA LEGISLACIÓN SAJONA. 1. La propiedad. Distribución del territorio y creación de cortes. 2. Las leyes sajonas: wergeld, ordalía y juramento. V. CONCLUSIONES. VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El presente artículo tiene por objeto analizar la estructura social de la Inglaterra sajona, precisando el reflejo que dicha estructura social y la condición de propietario tuvo sobre la implantación de las cortes de justicia y las leyes de la época.

Relativamente desconocida, ya que tradicionalmente ha quedado ensombrecido por la Conquista Normanda y la magnificencia de la Carta Magna, su examen arroja un vívido cuadro de la Inglaterra de la época. Tal análisis permite a su vez, apreciar la constante evolución que presentó la sociedad sajona, a partir de la caída del Imperio Romano y su transformación desde unas estructuras derruidas por la desaparición del orden imperial a una progresiva reconstrucción –que aun recibiendo una cierta influencia y herencia de la que hasta entonces había sido la dueña del mundo civilizado– desarrolló formas de organización propias.

Tales circunstancias influyen decisivamente no solo en la creación de las cortes sino también en la creación y promulgación de la legislación sajona. La herencia recibida –no solo por parte romana– sino también por las costumbres y leyes de los sucesivos pueblos que desembarcan en las islas, se une la tarea de reevangelización desarrollada por la Iglesia, única institución que sobrevive a los diversos avatares que se suceden a partir del siglo V, y que presentará en siglos sucesivos una importancia capital.

Una sociedad, que con sus respectivas cortes de justicia y leyes irá asentando lentamente los aspectos esenciales que determinarán la –complicada– configuración de su planta judicial y de su propio sistema legal, el cual es reconocible por sus específicas particularidades.

II. LA INGLATERRA SAJONA

A comienzos del siglo V la presencia romana en la provincia de Britania se hallaba en sus últimos momentos¹. En el año 401 la última legión romana

¹ STENTON, F. *Anglo-Saxon England*. Oxford University Press. Third Edition. New York. 1989. Pp. 2-3.

presente en territorio insular fuera reclamada para enfrentarse a las hordas de Alarico. Tras esa salida del ejército romano, la organización romana fue degradándose de forma paulatina ante la ausencia de un poder central² siendo la Iglesia la única entidad organizada que lograba mantener su presencia.

Ese vacío de poder permitió la llegada de tribus extranjeras –acaecida en el año 450– y que se vio intensificada en los años siguientes³. Los nuevos habitantes crearon un primer reino en el condado de Kent expandiéndose posteriormente al resto de la isla, quedando los britanos relegados a Gales y Cornualles.

Fue con posterioridad a este período cuando se comienza a hablar de la famosa heptarquía anglosajona o *Bretwalda*⁴ que es considerada –pese a tener cierto carácter mítico– como el inicio de la actual Inglaterra. Uno de estos reinos, concretamente Wessex, fue en el que surgió uno de los primeros textos legales conocidos con posterioridad a la caída del Imperio Romano. Las llamadas *Leyes de Ine*⁵ –tomaban el nombre de uno de los monarcas que reinó en Wessex entre los años 688 a 726– formando un *corpus* legal que iba más allá de la mera regulación de la legislación agraria para fijar cuestiones relacionadas con la propia autoridad del monarca.

La ayuda de la Iglesia –revitalizada con la llegada de San Agustín en el año 597– fue inestimable para la recuperación de la vida habitual en la isla ya que renovó las enseñanzas cristianas que tras la caída de Roma habían quedado marchitas y además unificó la cultura de la isla mediante una intensa labor evangelizadora⁶.

En el siglo VIII comenzó la supremacía del reino de Mercia⁷, la cual decayó tras fallecer el rey Offa en el año 796. El reino de Wessex con su rey Egbert al frente aprovechó esa debilidad que concluyó con el sometimiento de Mercia y con el coronamiento de Egbert como rey de dicho territorio que inició una línea dinástica que llegaría hasta el rey Alfredo, conocido como *el Grande*.

² BELLOC, H. *Historia de Inglaterra. Desde los orígenes hasta el siglo XX*. CS Ediciones. Buenos Aires. 2005. P. 62.

³ Beda los clasificaba en sajones, anglos y jutos. TOWNSON, D. *Breve historia de Inglaterra*. Alianza. 2ª Edición. Segunda Edición. Madrid. 2015. Pp. 33-35.

⁴ Heptarquía se refiere a los míticos siete reinos que formaban la antigua Inglaterra medieval: Mercia, Northumbria, Sussex, Essex, Kent, Wessex y Anglia Oriental que responderían a una concepción de la distribución étnica existente de jutos o escandinavos, sajones y anglos. El término sajón *Bretwalda* significa “único gobernante de Britania”. Fórmula que demuestra la concepción de poder con la que pretendían dotarse los nuevos gobernantes.

⁵ STENTON, F. *Anglo-Saxon England*. Oxford University Press. Third Edition. New York. 1989. P. 71.

⁶ BELLOC, H. *Historia de Inglaterra. Desde los orígenes hasta el siglo XX*. CS Ediciones. Buenos Aires. 2005. P. 69.

⁷ DOMÍNGUEZ GONZÁLEZ, C. *La Inglaterra anglosajona. Una síntesis histórica (ss. V-XI)*. Ediciones La Ergástula, S.L. Madrid. 2015. P. 81.

En ese momento, solo Wessex, Anglia Oriental y ocasionalmente Mercia lograban mantenerse independientes. Esta situación, coincidió con las primeras invasiones vikingas que tuvieron lugar en Lindisfarne⁸ en junio del año 793 y que se recrudecieron a partir del año 865, cuando lograron conquistar Mercia y derrotar a Edmundo⁹, rey de Anglia Oriental. Tras varias campañas, solo la ascensión de Alfredo *el Grande* al trono de Wessex pareció equilibrar la situación. La toma de Londres por el propio Alfredo en el año 894¹⁰ significó una extraordinaria inyección de moral para los sajones que pasaron a ser conscientes de la posibilidad de expulsar a los daneses de forma definitiva.

Tal expulsión nunca se produjo aunque el ascenso de Alfredo *el Grande* al trono supuso el nacimiento de un sentimiento nacional ya que ante un enemigo común, el rey de Wessex se convirtió en un símbolo para los incipientes territorios ingleses¹¹. Alfredo elevó la lengua anglosajona al carácter de idioma oficial comenzando los registros en ese idioma de forma conjunta con el latín, realizando esa incipiente identidad nacional¹².

A la muerte de Alfredo *el Grande*, los daneses descendientes de los primeros invasores permanecieron en una condición mixta de agricultor-guerrero vinculado a los territorios que habían venido ocupando, percibiendo el estipendio que se conocía como *Danegeld*¹³ y que era un tributo por mantenerse de forma pacífica en las tierras ocupadas¹⁴, siendo finalmente conquistados por Wessex en el año 919.

⁸ Alcuino de York, erudito de la corte inglesa, lo consideraba un castigo divino, debido a los pecados –entre otros– de la carne. CURTO ADRADOS, I. *Las invasiones vikingas de Inglaterra: una perspectiva historiográfica. Ab Initio*. Núm. 10. 2014. Pp. 31-59.

⁹ Nos referimos a San Edmundo. Considerado mártir por este hecho, puesto que habría sido martirizado mediante la llamada “águila de sangre”, práctica extremadamente cruel, aunque esté puesta en duda su veracidad. DOMÍNGUEZ GONZÁLEZ, C. *La Inglaterra anglosajona. Una síntesis histórica (ss. V-XI)*. Ediciones La Ergástula, S.L. Madrid. 2015. Pp. 101-105.

¹⁰ STENTON, F. *Anglo-Saxon England*. Oxford University Press. Third Edition. New York. 1989. Pp. 250-251.

¹¹ Es justo reconocer que si bien Alfredo es el que ha pasado a la historia como *el Grande*, debe gran parte de su obra al reino de Mercia que colaboró en dicha tarea. Con dicho reino tenía vínculos por parte de su esposa y su hermana, casada con el último rey de Mercia. GUZMÁN GONZÁLEZ, T. *Guerreros históricos, personajes épicos y personas de ficción: el otro legado de Alfredo el Grande. Cuadernos del CEMyR*. Número 13. Diciembre 2015. Pp. 133-162.

¹² TOWNSON, D. *Breve historia de Inglaterra*. Alianza. 2ª Edición. Segunda Edición. Madrid. 2015. P. 47.

¹³ Aunque ya figura documentada en tiempos de Alfredo *el Grande*, existe una notable discusión sobre si es la misma figura jurídica que años más tarde se abonaría a otros invasores para que se retirasen de las islas. BELLOC, H. *Historia de Inglaterra. Desde los orígenes hasta el siglo XX*. CS Ediciones. Buenos Aires. 2005. Pp. 80-85.

¹⁴ Con el mismo nombre se conocía al estipendio que debía abonarse por la población para financiar el ejército que defendía al reino de los daneses. FITZ NIGEL, R. *Dialogus de Scaccario*. Book I. Clarendon Oxford Press. Londres. 1983. P. 55.

El sucesor de Alfredo, Eduardo, se anexionó Mercia ese mismo año, logrando además que Gales y los territorios del norte le reconocieran como señor y protector de todos ellos¹⁵. Su hijo Athelstan tomó York y logró la sumisión –entre otros– de los reyes de Escocia, logrando tras la batalla de Brunanburh ser reconocido como rey de los anglosajones.

Athelstan¹⁶ casó a una de sus hermanas con Carlos *el Simple*, rey de Francia, introduciendo de forma efectiva al incipiente reino inglés en el escenario europeo. Esta aparente estabilidad fue quebrada tras la muerte del rey Edgar en el año 975 que había sido el primero en reconocer derechos legales a los daneses que vivían en su reino en agradecimiento por la fidelidad que le había mostrado, razón por la cual la franja de tierra en la que habitaban se conoció como *Danelaw*¹⁷.

Los herederos de Edgar, Eduardo y Aethelred, iniciaron una lucha que concluyó con el asesinato del primero por partidarios del segundo. Esto favoreció la llegada de invasores noruegos liderados por Harald Bluetooth, apoyados desde el ducado de Normandía, creado escasos años atrás. Aethelred, incapaz de hacer frente a los ataques, se vio obligado a comprar la paz en el año 995, casándose a posteriori con Ema hermana del duque normando en el año 1002.

Ello no impidió las posteriores invasiones danesas, desatadas tras la matanza de parte de la población danesa el día de San Bricio¹⁸, siendo Canuto –hijo de Swein I– el nuevo monarca. Canuto, contrajo matrimonio con la viuda de Aethelred, lo que le ayudó a asentar su posición. Asimismo, su ferviente cristianismo¹⁹ fue rápidamente aceptado por los anglosajones²⁰. A su muerte, el

¹⁵ Su hermana Aethelflaed gobernaba en Mercia pero dependía directamente de Eduardo, siendo reconocida como una astuta diplomática que colaboró eficazmente junto con su hermano Eduardo, rey de Wessex. GUZMÁN GONZÁLEZ, T. *Guerreros históricos, personajes épicos y personas de ficción: el otro legado de Alfredo el Grande. Cuadernos del CEMyR*. Número 13. Diciembre 2015. Pp. 133-162.

¹⁶ Quien sería según la leyenda, uno de los reinos sucesores de Arturo. DE MONMOUTH, G. *Historia de los reyes de Britania*. Alianza. Segunda Edición. Madrid. 2017. P. 305.

¹⁷ Se habían asentado allí en una especie de territorio independiente merced a un tratado entre Alfredo y el rey danés Guthrum quién además se convirtió al cristianismo logrando una cierta prosperidad. Sería sin embargo, bajo Edgar cuando alcanzó su mayor desarrollo una vez culminada su conquista. TOWNSON, D. *Breve historia de Inglaterra*. Alianza. 2ª Edición. Segunda Edición. Madrid. 2015. P. 50.

¹⁸ GILLINGHAM, J. *The introduction of the chivalry into England*. Contenido en GARNETT AND HUDSON. *Law and Government in Medieval England and Normandy. Essays in honour of Sir James Holt*. Cambridge University Press. 1994. P. 39.

¹⁹ Era una evolución religiosa a la que no había sido indiferente una importante parte de los invasores nórdicos. CURTO ADRADOS, I. *Las invasiones vikingas de Inglaterra: una perspectiva historiográfica. Ab Initio*. Núm. 10. 2014. Pp. 31-59.

²⁰ BELLOC, H. *Historia de Inglaterra. Desde los orígenes hasta el siglo XX*. CS Ediciones. Buenos Aires. 2005. P. 95.

reino se vio envuelto en varias disputas sucesorias entre sus herederos, siendo nombrado rey el hijo que Canuto había tenido con su amante Aelfu, de nombre Harold. Tras la muerte de éste, el heredero de Canuto, Harthacnut, fue nombrado rey en el año 1040, aunque falleció apenas dos años más tarde.

Su sucesor Eduardo, llamado “el Confesor” no alcanzaría la gloria de Canuto. Rey indeciso, permitió que su cuestión sucesoria se convirtiera en una cuestión de estado al enfrentarle a la principal familia de nobles de Inglaterra, la casa de Godwin, que se oponía a que fuera declarado sucesor del reino, el duque de Normandía.

El hijo de Godwin, Haroldo, consciente de su posición de poder acumuló méritos como líder del ejército y fue logrando paulatinamente apoyos que le colocaron como el mejor situado para suceder al rey Eduardo²¹. En todo caso, las continuadas revueltas internas y la amenaza noruega y normanda al acecho, condujeron a la muerte del rey Eduardo en el año 1066 a declarar a Haroldo como su heredero²².

Los movimientos no se hicieron esperar. Los noruegos comandados por Harald Hardrada dirigieron sus naves hacia Inglaterra aunque fueron derrotados por Haroldo en la batalla de Stamford Bridge. Pese a la victoria, tuvo que hacer frente al ejército de Guillermo, duque de Normandía encontrándose ambos en Hastings en el que el cansancio de los anglosajones y la mala elección del campo de batalla, inclinó la balanza a favor de los normandos falleciendo el propio Haroldo en el campo de batalla²³. Guillermo, llamado *el Conquistador*, entró pocos días después en Londres convirtiéndose en rey de Inglaterra y que pondría fin al período de la Inglaterra anglosajona.

III. LA SOCIEDAD SAJONA

1. *Monarquía y nobleza*

La sociedad sajona carecía inicialmente de una estructura claramente diferenciada. El rey era más un caudillo militar que un monarca, lo que se mantendría hasta bien entrado el siglo VIII. La fuente originaria del poder real era el control que poseía de las principales vías de comunicación. Sin embargo, el monarca carecía de capacidad legislativa y no contaba con la

²¹ STENTON, F. *Anglo-Saxon England*. Oxford University Press. Third Edition. New York. 1989. P. 580.

²² DOMÍNGUEZ GONZÁLEZ, C. *La Inglaterra anglosajona. Una síntesis histórica (ss. V-XI)*. Ediciones La Ergástula, S.L. Madrid. 2015. P. 159.

²³ TOWNSON, D. *Breve historia de Inglaterra*. Alianza. 2ª Edición. Segunda Edición. Madrid. 2015. P. 57.

potestad de recaudar tributos. Las influencias carolingias y sobre todo, la influencia cristiana, hicieron que dicha posición se viera modificada²⁴.

Las limitaciones anteriores suponían que el poder real tenía dificultades para asentarse. A ello se unía el hecho de que la diferencia entre la nobleza y el rey era inexistente, limitándose a una equiparación entre noble y siervo. El rey no podía exigir más fidelidad que la que un siervo podía otorgar. Sin embargo, esas atribuciones se vieron reforzadas desde el siglo VII gracias al comercio y al cristianismo. El primero le dotó de recursos, permitiéndole evolucionar de la posición de caudillo que atraía a sus huestes, merced a su capacidad guerrera, situándole en un plano superior mediante una sociedad más estructurada y una incipiente administración y la religión le ofreció la simbología necesaria para realzar y reafirmar su poder.

Aunque se le reconocía su importancia²⁵ no es hasta el Código de Alfredo *el Grande* cuando se regula expresamente el carácter inviolable²⁶ del rey. Durante la *Dark Age*, la figura real no había pasado de ser un caudillo militar y precisamente es alrededor de la época de Alfredo cuando tal figura es reconocida plenamente coincidiendo precisamente con la unificación de los distintos reinos de la heptarquía y la asunción, más o menos comúnmente aceptada de que Alfredo era rey de Inglaterra, momento en que el monarca comenzó a ser aceptado como señor supremo.

Sería el sucesor de Alfredo, Eduardo *el Mayor*, quien firmaría por primera vez como *Rex Anglorum* y *Rex Anglo-Saxonum*²⁷. En textos legales anteriores, como las Leyes de Aethelbert, se consideraba más una posición privilegiada que una figura inviolable²⁸. Dicha mención, ni tan siquiera figura en las

²⁴ *Ibidem*. Pp. 172-175.

²⁵ La figura del rey surgió con posterioridad, puesto que los sajones no contemplaban esa figura. Beda, rey sajón, recogía que se gobernaban a través de varios jefes, elegidos por sus méritos y solo cuando era preciso se juntaban todos ellos. Se ha interpretado que esos jefes eran los *ealdormen* que constituían una incipiente nobleza STUBBS, W. *The Constitutional History of England in its origin and development*. Volume I. Fifth Edition. Oxford at the Clarendon Press. 1891. London. P. 44.

²⁶ Ese carácter inviolable se veía reforzado por la propaganda política del tiempo que identificaba al rey Alfredo como el rey que había logrado unificar Inglaterra frente al enemigo común a imagen y semejanza de un nuevo Israel bíblico, lo que sin duda, era una poderosa arma. MEDEIROS, E.O.S. *Alfred o Grande e a linhagem sagrada de Wessex: a construção de um mito de origen na Inglaterra anglo-saxônica*. *Mirabilia*. Núm. 13. Junio-diciembre. 2011. Pp. 134-172.

²⁷ JOLLIFFE, J.E.A. *The Constitutional History of Medieval England. From the English Settlement to 1485*. Second Edition. Adam & Charles Black. Soho Square London. 1948. P. 101.

²⁸ Dichas leyes establecían en sus artículos 6 y 10 que el asesinato de un mensajero del rey o acostarse con una sirvienta del rey conllevaría el pago de una multa. Pero las relaciones ilícitas con el servicio, también generaban derecho a compensación para la

leyes de Hlothhere y Eadric que únicamente mencionan al rey como mediador en litigios de propiedad (artículo 7)²⁹.

Con el reinado de Withred la posición real se afianza y se equipara a la de la Iglesia y más concretamente a la de los obispos, convirtiéndose en príncipe de los hombres, al igual que el obispo era el príncipe de los creyentes³⁰. Dicha equiparación se advierte de la lectura de las Leyes de Withred, artículos 2 –que fija el *wergeld*³¹ de la Iglesia en cuantía similar a la del rey– y 16 en el que se indica que la palabra del rey es incontestable³², lo que explica posteriormente la posición que le otorga el Código de Alfredo *el Grande*.

El rey asumía la representación de los hombres con una esfera distinta a la que ejercía el poder eclesial, lo que no impedía que estuviera íntimamente ligado al poder religioso³³. Esa separación posterior fue el germen de la dependencia que el reino tenía del Derecho y que ocasionó que además el rey fuera visto más como juez que como legislador. La posición real se fue asentando en los tratados suscritos con los daneses siendo el contenido de las mismas, un código legal dirigido a regular un reino cada vez más organizado³⁴, aunque otorgaba al rey ciertos privilegios como el acuñamiento de moneda³⁵.

La figura real obedecía a que el reino bebía de la costumbre, lo que implicó que la legislación posterior se sustanciase sobre las tradiciones locales y de origen romano, además de sobre el propio derecho sajón que era sancionado y aplicado por los reyes como una fórmula de unificar la legislación de sus reinos, pero sin crear ni legislar, remitiéndose a vetustas tradiciones y costumbres³⁶.

nobleza aunque en términos inferiores (artículo 16). ATTENBOROUGH, F.L. *The Laws of the Earliest English Kings*. Cambridge University Press. London. 1922. Pp. 5-7.

²⁹ *Ibidem*. P. 19.

³⁰ Ya hemos referido la tradición de santificar a los reyes muertos. WANGERIN, L. *Royal feuds and the politics of Santity in Anglo-Saxon and Ottonian Saxony*. *Mirabilia* 18. Enero-Junio 2014. Pp. 78-94.

³¹ Valor económico de un bien o persona conforme a la ley sajona.

³² El artículo 2 estipula que “el wergeld de la Iglesia será de cincuenta chelines, como el del rey” y el artículo 16 señala que “la palabra del obispo y la del rey, incluso sin juramento no resultará controvertida.” (Traducción a cargo del autor). ATTENBOROUGH, F.L. *The Laws of the Earliest English Kings*. Cambridge University Press. London. 1922. Pp. 25-27.

³³ SUANZES VARELA, J. *Política y Derecho en la Edad Media*. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 17. Número 49. Enero-Abril 1997. Pp. 335-351.

³⁴ ATTENBOROUGH, F.L. *The Laws of the Earliest English Kings*. Cambridge University Press. London. 1922. Pp. 114-121.

³⁵ *Leyes de Aethelstan*, artículo 14. *Ibidem*. Pp. 135-137.

³⁶ Que unida a la organización del estado arrojaba en ocasiones la ley. HOLLAND, T.E. *The elements of jurisprudence*. Scientia Verlag Aalen. Reprint of 13th edition. Darmstadt. 1979. P. 57.

Como monarca, era garante de la costumbre, no creador de derecho. Era una autoridad destinada a garantizar la paz que se veía alterada y que el vecindario o la familia (*kindred*) no podía controlar³⁷. Su nombramiento exigía someterse a la ceremonia de coronación y unción del monarca de tradición bizantina extraída del Antiguo Testamento, heredada del reinado de Justiniano y que imitaron entre otros los francos y los visigodos. Se trataba de un acto muy solemne en la que se entregaban al monarca los poderes ordenados por Dios, atribuyéndole así un origen casi divino. Con posterioridad, se exigió el juramento de coronación, costumbre franca implantada en el reino de Kent, por la que se aceptaba la ley suprema de Cristo y la obligación de prohibir los abusos y otorgar justicia y clemencia siendo la versión más completa la pronunciada por Ethelred en el año 1014.

Entre las facultades del rey estaba la de nombrar un *comitatus* que eran los nobles mantenidos por el rey que luchaban por él y que ejercían como escolta. El *comitatus* se dividía entre los *gesith* que eran su guardia y consejo privado³⁸, sujetos por juramento al rey y quedando exentos de cualquier jurisdicción que no fuera la real y los *thegn* que inicialmente eran socialmente similares al *gesith*³⁹ y ubicados socialmente por encima de los *ceorl* pero eran inferiores a los *eorlmen*.

Tanto unos como otros podían recibir regalos del rey por los servicios prestados, afianzando el vínculo de confianza y lealtad existente⁴⁰, aunque los *thegn* eran individuos propietarios entre los que existía igualmente diferentes grados, creando una incipiente clase nobiliaria de menor entidad que con el paso del tiempo acabaría ocupando posiciones burocráticas⁴¹. Los *gesith* podían acceder a la propiedad aunque la misma no era libre. Eran derechos condicionados a las reglas que el rey fijase y que le obligaban en el caso de que renunciase voluntariamente a hacerse cargo de los campesinos.

Básicamente, la diferencia entre *gesith* y *thegn* derivaba de los méritos militares. El *thegn* se encuadraba en la pequeña nobleza y podían ser vasallos de un señor concreto al que debían fidelidad, así como su patrimonio, combatiendo a pie y no a caballo.

³⁷ JOLLIFFE, J.E.A. *The Constitutional History of Medieval England. From the English Settlement to 1485*. Second Edition. Adam & Charles Black. Soho Square London. 1948. P. 45.

³⁸ Podían ser de orígenes nobles o no. *Ibidem*. Pp. 15-19.

³⁹ MAITLAND, F.W. *The Constitutional History of England*. 1908. P. 146.

⁴⁰ STUBBS, W. *The Constitutional History of England in its origin and development*. Volume I. Fifth Edition. Oxford at the Clarendon Press. 1891. London. Pp. 162-172.

⁴¹ JOLLIFFE, J.E.A. *The Constitutional History of Medieval England. From the English Settlement to 1485*. Second Edition. Adam & Charles Black. Soho Square London. 1948. P. 94.

La existencia de la nobleza se desprende de la escueta mención recogida en las Leyes de Aetheldred respecto del abuso cometido sobre la mujer de origen noble⁴², pero nada más se señalaba al respecto. No fue hasta las leyes de Hlothhere y Eadric cuando se determinó el *wergeld*⁴³ de un noble y en tiempos de Withred cuando se vislumbró una estructura social más definida. Dicha definición se puede extraer –aparte de la fórmula de apertura ya indicada– de las reglas de comportamiento para nobleza y clero (artículos 5 a 9)⁴⁴ así como de ciertas prerrogativas propias de la Iglesia para su propia regulación interna, la cual incluso quedaba exonerada de impuestos (artículo 1).

Los derechos de nobleza no eran hereditarios aunque en la práctica se aceptaba ese carácter hereditario, excluyéndose únicamente en contadas ocasiones. Solo los *thegn* no tenían ese derecho puesto que debían acreditar la posibilidad de mantener económicamente ese rango, aunque tras la invasión normanda los *thegn* fueron sustituidos por los *knights* que ocuparon su lugar en la estructura social sin que su régimen legal experimentase demasiadas variaciones⁴⁵. En contraste, los campesinos sí podían heredar sus posesiones por línea de primogenitura.

Existía una clase superior denominada *ealdormen* que implicaba capacidad política, llegándose incluso a calificarles de *dux* lo que denota una clase de nobleza alta, evidentemente muy superior a los que únicamente mostraban destreza armada. Solía encargarse de los asuntos del rey, contaba con amplias propiedades y debía su nombramiento a gratitud del monarca. El *ealdormen* gobernaba un *pagus* o distrito⁴⁶ aunque en tiempos del rey Canuto se creó una figura superior, el *earl*, que aglutinaba los atributos nobiliarios que tradicionalmente se habían otorgado al *ealdormen*, quedando ésta denominación para la designación de magistrados⁴⁷. Estas diferencias de categoría social se

⁴² ATTENBOROUGH, F.L. *The Laws of the Earliest English Kings*. Cambridge University Press. London. 1922. Pp. 15-18.

⁴³ Las referencias más inmediatas a la figura del *wergeld* se han encontrado los textos de los sajones radicados en Alemania en el año 797. Asimismo, las leyes de determinadas tribus germánicas radicadas en el Rhin contienen figuras similares a las sajonas, entre otras el *litus*, que era una especie de pago o diezmo a la Iglesia. STUBBS, W. *The Constitutional History of England in its origin and development*. Volume I. Fifth Edition. Oxford at the Clarendon Press. 1891. London. Pp. 49-51.

⁴⁴ ATTENBOROUGH, F.L. *The Laws of the Earliest English Kings*. Cambridge University Press. London. 1922. P. 27.

⁴⁵ Algunos autores identifican a los barones como los sucesores de los *thegn*, asumiendo que se trata de la versión feudal de los mismos. JOLLIFFE, J.E.A. *The Constitutional History of Medieval England. From the English Settlement to 1485*. Second Edition. Adam & Charles Black. Soho Square London. 1948. P. 145.

⁴⁶ MAITLAND, F.W. *The Constitutional History of England*. 1908. P. 55.

⁴⁷ STUBBS, W. *The Constitutional History of England in its origin and development*. Volume I. Fifth Edition. Oxford at the Clarendon Press. 1891. London. P. 178.

advierten en el valor del *wergeld*⁴⁸ que cada hombre tenía y que influía en su estatus, así como en el valor que se otorgaba a su persona y sobre todo a su juramento, independientemente de que fuera posible escalar socialmente con mayor facilidad de la que se cree.

La evolución plena de la figura real no se produce hasta el siglo X al producirse la unificación de la práctica totalidad de los territorios ingleses en lo que hasta ese momento había sido la heptarquía, momento en que nace un monarca más fuerte y menos dependiente de su nobleza, pudiendo prescindir de las formalidades del *witenagemot*, al que nos referiremos más adelante, aunque formalmente no fue disuelto.

Ese cambio en su posición se aprecia en el incremento de su *wergeld* que en tiempos de Ine era superior al de épocas anteriores y en tiempos de Alfredo cuadruplicaba al de un propietario libre⁴⁹. A partir de ese momento el rey comienza a ser el señor de su pueblo, marcándose de forma significativa la dignidad real. En tiempos de Ethelred, el rey era considerado el vice regente de Cristo en la Tierra⁵⁰. Canuto dotó a esa condición de obligaciones religiosas que permiten delimitar su poder e incluso recogió en sus leyes la obligación de ser amado por su pueblo.

La perspectiva del rey como una especie de delegado de Dios entre los hombres le convertía en fuente de la justicia, ya que si el bien supremo era la paz, el rey era el único con poder para poder impartirla. Y para ello debía contar con su propia jurisdicción. La jurisdicción privada comenzará a partir del reinado de Canuto a tener una mayor importancia, aunque en todo caso supeditada a la jurisdicción real, pero evidentemente dotada de notable autonomía y en ocasiones, libérrima en sus decisiones⁵¹. Esta paz personal (*grith*) o entre países (*frith*), se imponía en fiestas señaladas, pero con el paso del tiempo fue única y se entendía como la situación en la que la seguridad del reino no se veía amenazada⁵².

⁴⁸ Que era además la forma de compensación básica en el sistema legal sajón. IGLESIAS-RÁBADE, L. *Las penas corporales en el derecho hispánico e inglés en la Edad Media. Estudio Comparado. Revista de Estudios Histórico-Jurídicos (Sección Historia del Derecho Europeo)* XXXVIII. Valparaíso. 2016. Pp. 123-147.

⁴⁹ STUBBS, W. *The Constitutional History of England in its origin and development*. Volume I. Fifth Edition. Oxford at the Clarendon Press. 1891. London. Pp. 193-196.

⁵⁰ Alcuino de York lo definió como “victoria en la guerra”. JOLLIFFE, J.E.A. *The Constitutional History of Medieval England. From the English Settlement to 1485*. Second Edition. Adam & Charles Black. Soho Square London. 1948. P. 43.

⁵¹ Maitland entiende que las cortes del *hundred* son un elemento claro del feudalismo incipiente, ya que el control que el rey podía hacer de tales cortes es ciertamente discutible. MAITLAND, F.W. *The Constitutional History of England*. 1908. P. 59.

⁵² JOLLIFFE, J.E.A. *The Constitutional History of Medieval England. From the English Settlement to 1485*. Second Edition. Adam & Charles Black. Soho Square London. 1948. P. 116.

2. La Iglesia como medio de cohesión del reino

La Iglesia se constituyó como fórmula de sociedad. Su crecimiento se produjo hasta un punto en que se entendían como sinónimos. Esto facilitó que el rey asumiese su defensa, pudiendo intervenir en sus asuntos internos. La atribución de tierras y donaciones a la Iglesia –confirmadas por el rey– aumentaron el poder real, pasando el rey a encarnar los valores que tenían los reyes del Antiguo Testamento.

En todo caso, la idea de Cristo como Rey de Reyes y Señor de Señores resultaba extremadamente atractiva para fundamentar y justificar el poder real⁵³. Con el surgimiento de esa nueva fórmula de poder se crearon igualmente cortes o consejos que apoyasen las decisiones del monarca, destacando el *witan* o *witenagemot* y que representaba a nobleza y clero, contándose en el año 931 las de Athelstan⁵⁴ a las que asistieron entre nobles y clero más de sesenta representantes de ambos estamentos, aunque no existían, pese a ello, estructuras de gobierno, claras y delimitadas.

Esta construcción social de la Inglaterra sajona fue lenta, aunque pausadamente los poderes terrenales y espirituales se fueron unificando y adquiriendo primacía sobre el resto de la sociedad. No sería hasta Withred cuando se encabezase por primera vez un cuerpo legal que recogiese una mención expresa al consenso alcanzado con la Iglesia y la nobleza. Se estipulaba de una forma que más tarde daría paso a la expresión “los Lores espirituales y temporales”⁵⁵.

La Iglesia realizó una notable tarea de evangelización llevada a cabo entre los siglos VI y VIII aunque las iglesias inglesa e irlandesa presentaban notables diferencias. El papa Gregorio Magno inició la reevangelización de Inglaterra que logró un espectacular avance, puesto que ya en el año 640, la isla era mayoritariamente cristiana⁵⁶. Durante los siglos siguientes fue desa-

⁵³ A esto hay que añadir que al menos hasta seis reyes de la época sajona fueron declarados santos por la Iglesia, mimetizando aún más si cabe la esfera política y religiosa. WANGERIN, L. *Royal feuds and the politics of Santity in Anglo-Saxon and Ottonian Saxony. Mirabilia 18*. Enero Junio 2014. Pp. 78-94.

⁵⁴ Que ya se consideraban una representación social amplia y una asamblea nacional en la que se supeditaba el interés local al común. STENTON, F. *Anglo-Saxon England*. Oxford University Press. Third Edition. New York. 1989. P. 352.

⁵⁵ El tenor literal es el siguiente: “Estaban presentes Berthwald, el Obispo de Britania, (...) el Obispo de Rochester, llamado Gefmund, y todas las órdenes de la Iglesia de la provincia para expresar su lealtad unánime. Así, los notables con el consentimiento de todos ellos, aprobaron estos decretos, y los añadieron a los usos comunes de la gente de Kent”. (Traducción a cargo del autor). ATTENBOROUGH, F.L. *The Laws of the Earliest English Kings*. Cambridge University Press. London. 1922. P. 25.

⁵⁶ JOLLIFFE, J.E.A. *The Constitutional History of Medieval England. From the English Settlement to 1485*. Second Edition. Adam & Charles Black. Soho Square London. 1948. P. 233.

rollando una estructura interna, apoyada en el poder real que reconocía además su labor vertebradora. El rey Edgar estableció los tributos eclesiásticos (diezmos, minucias y el Óbolo de San Pedro) aunque la jurisdicción religiosa seguía bajo el mandato de la jurisdicción del rey lo que no cambiaría hasta la época de Guillermo *el Conquistador*. Se identificaba el poder espiritual con el terrenal, siendo la estructura nobiliaria homónima de la religiosa con arzobispos, obispos, abades y sacerdotes, la cual se intensificó a partir del reinado de Canuto, cuando se introdujeron leyes que sancionaban los crímenes cometidos en domingo o que prohibían la pena de muerte para los delitos menores, aunque por el contrario el divorcio y el adulterio eran en general, comúnmente aceptados y escasamente sancionados. En todo caso, a finales del siglo VII ya existían diócesis separadas y estaba constituida la sede de Canterbury como la suprema de toda Inglaterra aunque no era aceptada unánimemente⁵⁷.

Existía idolatría –sobre todo entre una significativa parte de la población britana– lo que obligó a un mayor control de las costumbres del clero local. Esto potenció la división monástica en la que se ejercía la actividad misionera de reevangelización que ayudó además a colonizar el territorio y a evitar que se estimase –con salvedades– la propiedad monástica como hereditaria, cuando nobles o incluso reyes terminaban su vida tomando los votos.

Aun así, los derechos de la Iglesia apenas merecían una escueta referencia en las Leyes de Aethelbert más allá de la referencia a sus propiedades⁵⁸. A finales del siglo VIII se introdujo la obligación legal de pagar el diezmo que se vio complementado con el “óbolo de San Pedro” previsto en las Leyes de Eduardo y Guthrum⁵⁹ y que era enviado a Roma. La organización eclesial era simple. Usualmente la diócesis coincidía con el reino y la dirigía un obispo que tenía un diácono como subordinado inmediato. Posteriormente, las diócesis fueron divididas entre unidades más pequeñas para facilitar su supervisión, aunque respetando la autonomía monacal. La Iglesia –a diferencia de los reinos– sí actuaba unida, como se demuestra en los concilios que se celebraban entre todos los reinos de la heptarquía con presencia real y de la nobleza⁶⁰ y que se celebraban en regiones fronterizas entre los reinos.

Los obispos contaban con cierta autoridad e incluso jurisdicción temporal sobre las materias propias, principalmente en materias de moral como el adulterio, actuando de forma coordinada con los tribunales seculares. La relación

⁵⁷ STUBBS, W. *The Constitutional History of England in its origin and development*. Volume I. Fifth Edition. Oxford at the Clarendon Press. 1891. London. Pp. 239-242.

⁵⁸ En su artículo 1. ATTENBOROUGH, F.L. *The Laws of the Earliest English Kings*. Cambridge University Press. London. 1922. P. 5.

⁵⁹ *Ibidem*. P. 102.

⁶⁰ STUBBS, W. *The Constitutional History of England in its origin and development*. Volume I. Fifth Edition. Oxford at the Clarendon Press. 1891. London. Pp. 251-253.

Iglesia-reino era cercana, de manera que cuando el reino de Wessex incrementó su poder, la influencia de la Iglesia en la vida civil aumentó considerablemente a la vez que la vida monacal comenzaba un lento declive, fruto del cambio de la concepción misionera inicial a una situación más asentada.

Bajo el reinado de Alfredo la Iglesia experimentó un ascenso no solo en la esfera espiritual si no también política. Ese ascenso de la Iglesia como elemento de cohesión se vio favorecido por el intercambio con las iglesias de la Europa Continental y la propia Roma y que culminaría con el establecimiento de vínculos —ya en fechas previas a la invasión normanda— con la iglesia francesa⁶¹. Esta unidad de la Iglesia fue el preámbulo para la unidad del reino ya que era el único ente que regía de forma indistinta para todos los reinos integrantes de la heptarquía, facilitando además el establecimiento de un sistema de enseñanza, precario, pero único en las islas.

3. Familia, siervos, plebeyos y esclavos

Las dos grandes estructuras de la sociedad anglosajona eran la familia y el señorío. La primera, fruto de la tradición romana y cristiana y la segunda derivada de la temprana arquitectura social que se estaba construyendo. Partiendo siempre de esta estructura básica se puede hacer una diferenciación entre las clases privilegiadas que incluían a la nobleza y la Iglesia y a los siervos y esclavos (*ceorlas*⁶² y *peowas*), ya descritos en el *Rectitudines Singularum Personarum*⁶³, escrito en el siglo XI⁶⁴.

La importancia de la nobleza derivaba esencialmente de la necesidad de que asumiera funciones defensivas en el conflicto con los vikingos y los invasores del norte. Esta falta de un estamento social claro que va evolucionando durante los siglos posteriores, se debe a la ausencia de diferencias sociales nítidas que traían los pueblos sajones de Europa y que se limitaba a nobles, hombres libres y siervos que se convertiría en la distinción *eorl*, *ceorl* y *peorlas* de las leyes sajonas.

Visto así y con la salvedad de los esclavos, la práctica totalidad de los hombres eran libres. Sin embargo, esa afirmación es controvertida puesto que

⁶¹ Ibidem. Pp. 258-264.

⁶² Los *ceorlas* o *ceorl* solían depender de un *gesith*. El Código de Ine diferenciaba a los *ceorlas* entre *gafolgeldas*, ocupantes que abonaban una renta y *geburs* que se limitaban a ejecutar el trabajo. JOLLIFFE, J.E.A. *The Constitutional History of Medieval England. From the English Settlement to 1485*. Second Edition. Adam & Charles Black. Soho Square London. 1948. Pp. 20-21.

⁶³ Que permite definir el paso de los siervos a villanos a juicio de algunos autores. STENTON, F. *Anglo-Saxon England*. Oxford University Press. Third Edition. New York. 1989. Pp. 470-473.

⁶⁴ Se afirma que la base social de la época eran los campesinos. Ibidem. P. 277.

en la realidad solo los hombres cualificados y los propietarios de tierras entraban dentro de esa condición. El término esclavo era más adecuado para señalar a los siervos que carecían prácticamente de derechos⁶⁵.

Tras la promulgación de las Leyes de Ine y del Código de Alfredo⁶⁶ la importancia de ambos grupos sociales, ya asentada, se incrementa exponencialmente llegándose al punto de que las leyes emanadas del rey comienzan a castigar comportamientos no aceptados por la Iglesia, tales como la herejía, la ofensa a la religión o el castigo a brujos⁶⁷ y hechiceros⁶⁸ e incluso para el pago de los diezmos⁶⁹ o los juicios por ordalía a los que nos referiremos más adelante⁷⁰. Igualmente se inicia una sustancial entrega de bienes eclesiásticos abandonados por esos conflictos a los nobles afectos a la incipiente Corona⁷¹, lo que explicaría ese realce social y la importancia que progresivamente se le iba otorgando⁷², aunque la condición hereditaria del noble no se produciría hasta Eduardo *el Confesor*. A partir de Edgar, la vida monástica experimentó un importante auge que simplificó el asentamiento del clero como fuente y expresión la cultura en el reino y esencialmente, como el catalizador de la alfabetización de las clases más pudientes, iniciando su influencia en al ámbito judicial⁷³.

La anterior configuración social, como podemos ver, supuso que ya tras las leyes de Ine y Alfredo *el Grande* los grupos sociales y los derechos inherentes a los mismos, quedasen prácticamente configurados. Los hombres libres

⁶⁵ STUBBS, W. *The Constitutional History of England in its origin and development*. Volume I. Fifth Edition. Oxford at the Clarendon Press. 1891. London. Pp. 70-84.

⁶⁶ ATTENBOROUGH, F.L. *The Laws of the Earliest English Kings*. Cambridge University Press. London. 1922. Pp. 36-95.

⁶⁷ COKE, E. *Institutes of the Laws of England. Third Part*. London. Printed for E. and R. Brooke. Rawlins. 1797. Chapter VI. P. 43.

⁶⁸ *Leyes de Edward y Guthrum*, artículos 2, 3 y 11. ATTENBOROUGH, F.L. *The Laws of the Earliest English Kings*. Cambridge University Press. London. 1922. Pp. 103-109.

⁶⁹ *Leyes de Athelstan*, artículos 1 a 5. Ibidem. Pp. 123-125.

⁷⁰ *Leyes de Athelstan*, Apéndice II. Ibidem. Pp. 171-173.

⁷¹ Aunque inicialmente su nombramiento exigía el visto buen del *witenagemot*. STUBBS, W. *The Constitutional History of England in its origin and development*. Volume I. Fifth Edition. Oxford at the Clarendon Press. 1891. London. P. 125.

⁷² DUMVILLE, D. N. *Wessex and England from Alfred to Edgar. Six Essays on Political, Cultural and Ecclesiastical Revival*. Woodbridge, Boydell and Brewer. 1992. *Stud. In Anglo-Saxon History*, 3. *Cahiers de Civilisation Médiévale*. 39e année. Número 153-154. Janvier-juin 1996.

⁷³ En el año 786 se escribió el *Legatine Capitulary* en el que una comisión papal llegada a Inglaterra ya advertía de los excesos de la jurisdicción eclesiástica y secular. CARELLA, B. *The earliest expression for outlawry in anglo-saxon law. Traditio*. Volume 70. 2015. Pp. 111-143.

(*freemen*) que recogían las Leyes de Aethelbert⁷⁴ no difieren en condición de leyes posteriores, teniendo la misma denominación que les otorgan las leyes de Hlothhere y Eadric o en las leyes de Wihtrud⁷⁵. Cuestión distinta son los plebeyos y sirvientes que en los textos iniciales pasan de ser denominados hombres a ser llamados siervos en las leyes de Wihtrud. Ese cambio en el nombre contiene un significativo empeoramiento de su condición social, al ser el momento en el que se traza con mayor delimitación la diferencia entre ambos.

Se escinde la sociedad tanto por arriba como por debajo de sus grupos sociales. Tal diferenciación se acentuará en las Leyes de Ine⁷⁶ en la que se introduce el término esclavo que acabará por delimitar claramente las distintas clases sociales, sentando definitivamente las diferencias existentes y que en los primeros tiempos de los sajones era referida a los siervos. Esta diferenciación se reitera en las Leyes de Alfred y Guthrum cuando se recoge la compra de esclavos⁷⁷, aunque en esencia, la diferenciación de ambos grupos no era tan amplia al mantenerse las leyes ya implantadas por el Código de Alfredo *el Grande* que permitían reducir a la esclavitud a los hombres libres que trabajasen durante fiestas de la Iglesia, pese a lo cual el castigo de los actos de los esclavos y sirvientes era más severo que los hombres libres, circunstancia ésta que se acentuó en leyes posteriores⁷⁸.

Así, el hombre libre que carecía de tierras debía tener un señor lo que en la práctica suponía que solo los propietarios eran hombres libres⁷⁹ aunque los hombres que dependían de un señor, podían reunir una amplia variedad de situaciones (desde arrendatarios a servidores directos del señor).

Pese a que el hombre libre o siervo (*ceorlas*) contaba con tenía cierto derechos, su situación era la de miseria absoluta no siendo inusual que se produjeran toda suerte de abusos contra él. Con Alfredo *el Grande* comenzó la sujeción del siervo a un señor concreto minorando la capacidad de deambulación en un antecedente directo del concepto de servidumbre feudal⁸⁰. Los

⁷⁴ ATTENBOROUGH, F.L. *The Laws of the Earliest English Kings*. Cambridge University Press. London. 1922. P. 5.

⁷⁵ *Ibidem*. Pp. 18-27.

⁷⁶ *Ibidem*. P. 37.

⁷⁷ *Leyes de Alfred y Guthrum*, artículo 4. *Ibidem*. Pp. 101-107.

⁷⁸ Baste como ejemplo que en las *Leyes de Aethelstan* artículo 6, un hombre libre que fuera acusado de robo podía tratar de probar su inocencia mientras que si era un esclavo, hombre o mujer podía ser lapidado o quemado vivo. *Ibidem*. Pp. 149-151.

⁷⁹ STUBBS, W. *The Constitutional History of England in its origin and development*. Volume I. Fifth Edition. Oxford at the Clarendon Press. 1891. London. P. 85.

⁸⁰ Hay que tener presente que en el derecho medieval la incorporación a la norma interna procedía en ocasiones de la aplicación de tratados entre los reinos, como sugiere la limitación navegación suscrita en tiempos de Aethelred con reinos nórdicos y que se

ceorlas solo estaban obligados a trabajar un tiempo concreto en las tierras del señor y eran sujetos activos y pasivos de sus derechos (indemnizaciones, derecho a reclamar frente a afrentas) mientras que en el caso de los esclavos, con un estatus mucho más limitado, esa opción correspondía a su dueño.

Los esclavos, en general, carecían de toda clase de derechos. Solo bajo Alfredo *el Grande* se permitió que tuvieran ciertos bienes, calificados como libres, que podían ser heredados por sus descendientes. Alfredo *el Grande* incluso recomendaba liberar a los esclavos a partir del séptimo año de servicio en analogía con la santificación del séptimo día de la semana. El esclavo dependía totalmente de su amo con la única limitación de que no podía ser enajenado a un pagano.

Eso no impidió que la división entre *ceorlas* y esclavos fuera minorándose con el tiempo. La situación de los esclavos no era idílica, aunque sí era algo mejor que en otras culturas, ya que las obligaciones de los hombres libres exigieron una mayor implicación de la mano de obra esclava que adquirió a su vez mayores derechos. Tal proceso de adquisición de derechos fue auspiciado, entre otros, por la Iglesia que si bien al principio contó con un importante número de esclavos que ayudaron a mantener sus posesiones, ya en el siglo X se oponía a la existencia de ellos e incluso abogó —tras las guerras galesas en que los prisioneros no fueran sometidos a la esclavitud⁸¹— por ofrecer ventajas espirituales amplísimas a quienes manumitieran a esclavos.

La estructura social de las ciudades estaba regida por la dirección de los *bailes*, equiparables a los alcaldes de la actualidad, quienes contaban con un amplio rango de funciones. La condición de villa solo podía ser atribuida por el rey quien además tenía la capacidad para gravar con impuestos a sus habitantes. Dichos impuestos solían ser una contribución por las tareas de defensa y organización fijadas por el monarca. La estructura de la sociedad dependía de las reglas de cada ciudad, siendo común que el servicio armado en caso de guerra resultase obligatorio.

Por otro lado, la posición de la mujer venía condicionada más por su condición social que por su género. Contaba con ciertos derechos y en general y sobre el papel estaba protegida contra los abusos⁸², aunque en determinadas

aplicó a naves de otros reinos. BENHAM, J. *Law or treaty? Defining the edge of legal studies in the early and high medieval periods*. Institute of Historical Researchs. Vol. 86. Número 233. August. 2013. Pp. 487-497.

⁸¹ DOMÍNGUEZ GONZÁLEZ, C. *La Inglaterra anglosajona. Una síntesis histórica (ss. V-XI)*. Ediciones La Ergástula, S.L. Madrid. 2015. P. 200.

⁸² Desde los primeros tiempos de los reyes sajones se castigaba severamente la violación y el abuso. Por otro lado, las *Leyes de Aethelbert* prescribían que el hombre que mantenía relaciones con una mujer casada, debía buscar una segunda esposa al marido de aquella a sus expensas. ATTENBOROUGH, F.L. *The Laws of the Earliest English Kings*. Cambridge University Press. London. 1922. Pp. 9-15.

circunstancias podía ser objeto de entrega y disposición (sobre todo en cuestiones de matrimonio). Sin embargo podía quedarse con la mitad de los bienes del esposo si existía descendencia común e incluso podía abandonarle si así lo deseaba⁸³ no siendo responsable de los crímenes de su cónyuge. Esta protección se amplió con leyes posteriores, Hlothhere y Eadric, que otorgaron derechos a la mujer e hijos supervivientes sobre los derechos del difunto o excluyéndola de responsabilidad por actos del marido⁸⁴ en una línea continuada posteriormente por el Código de Alfredo *el Grande*⁸⁵.

Aun así, en el mejor de los casos solía ser la administradora de los bienes del hogar, encargándose generalmente de las tareas domésticas, pero podía intervenir en litigios, manumitir esclavos y donar sin necesidad de intervención de ningún hombre de su familia, siendo su ámbito de actuación más amplio que el de las mujeres anglonormandas⁸⁶, castigándose severamente las acciones contra ella, como la seducción (con un fin negativo) y la violación.

4. *El witenagemot*

Mención especial y separada merece el *witenagemot*⁸⁷. Aunque se ha insinuado su posible condición de antecedente directo del Parlamento hay que precisar que no es posible acreditar tal correlación pese a que puedan resultar llamativas algunas coincidencias como el rol de corte de justicia que desempeñaba.

Descrito como un consejo de sabios originario de Kent y Mercia, existían otras asambleas como el *folk moot* que aglutinaban a los consejos de las comarcas y que aplicaban el *folkright* o costumbre del pueblo⁸⁸ y que no deben ser confundidas con el *witenagemot* que únicamente incluía a los personajes principales del reino. No es aceptable considerarlo como una muestra

⁸³ *Leyes de Aethelbert*, artículos 78 a 80. *Ibidem*. P. 15.

⁸⁴ *Leyes de Withred*, artículo 12. *Ibidem*. Pp. 19-27.

⁸⁵ No era inusual que incluso, pudieran gobernar con cierta independencia, como ocurrió con la hermana de Alfredo *el Grande*, Aethelflaed u otros miembros de familias reales sajonas. GUZMÁN GONZÁLEZ, T. *Guerreros históricos, personajes épicos y personas de ficción: el otro legado de Alfredo el Grande. Cuadernos del CEMyR*. Número 13. Diciembre 2015. Pp. 133-162.

⁸⁶ JOLLIFFE, J.E.A. *The Constitutional History of Medieval England. From the English Settlement to 1485*. Second Edition. Adam & Charles Black. Soho Square London. 1948. P. 214.

⁸⁷ WAYLAND, L. *The British Constitution*. Holborn. 1792. P. 14.

⁸⁸ JOLLIFFE, J.E.A. *The Constitutional History of Medieval England. From the English Settlement to 1485*. Second Edition. Adam & Charles Black. Soho Square London. 1948. P. 25.

representativa de la nación. Solo de los estamentos de la nobleza, incluyendo a los *thengs* que sin embargo no se atrevían –por lo general– a oponerse a las políticas reales⁸⁹.

Excepcionalmente se podía convocar un *witenagemot* para tratar cuestiones de la Iglesia siendo su ámbito representación en ese caso superior al del propio reino y contando con un carácter mucho más ocasional. El antecedente directo del *witenagemot* se puede encontrar en las asambleas que se realizaban en el reino de los francos en primavera y otoño y en los que se trataban cuestiones militares y políticas. Tal dualidad de funciones rara vez se vio en la Inglaterra sajona que por otro lado, preveía reuniones del *witenagemot* coincidiendo con las fiestas de Pascua, cosecha y Navidad, aunque con un carácter mucho menos organizado. Los asistentes eran el rey y su esposa y familia, la nobleza y los obispos del reino en un número que solía ser muy reducido⁹⁰ y que dependía fundamentalmente de la superficie y extensión del reino.

La ampliación del *witenagemot* no se produciría hasta mediados del siglo X cuando se produjo la unificación política de la isla, momento a partir del cual sí tuvo una mayor magnificencia⁹¹, como muestra de un incipiente “*imperium britanniae*” pese a que seguía teniendo un función más consultiva que legislativa.

Habitualmente el rey solía preguntar su opinión a los asistentes sobre un asunto concreto y una vez expresada ésta, tomaba su decisión. Eventualmente, la deliberación podía incluir un juicio que se sometía a la decisión real. En términos generales el *witenagemot* era el encargado de observar por el cumplimiento de la costumbre espiritual y secular. Normalmente la decisión correspondía al monarca, aunque es previsible intuir que en los casos en que la posición de éste no fuera muy sólida, se solicitaba un cierto consenso. A partir de las Leyes de Ine⁹² se empezó a emplear la expresión con “el consejo de”, atribuyendo al conjunto de las fuerzas vivas del reino parte en la toma de decisiones⁹³, a imagen y semejanza de algunas decisiones de los rei-

⁸⁹ STENTON, F. *Anglo-Saxon England*. Oxford University Press. Third Edition. New York. 1989. Pp. 548-553.

⁹⁰ El *witenagemot* de Offa rey de Mercia reunía usualmente entre doce y trece personas. STUBBS, W. *The Constitutional History of England in its origin and development*. Volume I. Fifth Edition. Oxford at the Clarendon Press. 1891. London. Pp. 135-139.

⁹¹ JOLLIFFE, J.E.A. *The Constitutional History of Medieval England. From the English Settlement to 1485*. Second Edition. Adam & Charles Black. Soho Square London. 1948. P. 103.

⁹² ATTENBOROUGH, F.L. *The Laws of the Earliest English Kings*. Cambridge University Press. London. 1922. Pp. 36-62.

⁹³ STUBBS, W. *The Constitutional History of England in its origin and development*. Volume I. Fifth Edition. Oxford at the Clarendon Press. 1891. London. Pp. 142-144.

nos burgundios y francos, prestando hasta la época de Canuto apoyo a las leyes proclamadas por el monarca⁹⁴. La influencia de la Iglesia fue progresivamente creciendo en dichas asambleas hasta el punto de que ya en el año 787 las cuestiones religiosas se incorporaban en leyes seculares (p.e. pago de diezmos).

Entre las funciones del *witenagemot* se incluía la entrega de tierras, que exigía su consentimiento y visto bueno, así como su intervención como corte de justicia para casos excepcionales o como última instancia. Cierto es que se entendía que podía actuar como corte suprema por cualquier caso y razón pero se empleaba con notable excepcionalidad, aunque ese antecedente no deja de resultar llamativo cuando examinemos más adelante, las facultades parlamentarias. Parece que podía imponer ciertos impuestos⁹⁵ y contribuciones aunque esta capacidad es todavía largamente debatida⁹⁶. La forma de pertenencia al *witenagemot* no ha sido aclarada, aceptándose que existía un cierto acuerdo entre el rey y el propio *witan*. Sin embargo, la elección del rey sí era capacidad exclusiva del *witenagemot* aplicando el mérito y la capacidad, aunque se produjeron sucesiones dinásticas o incluso se designaron sucesiones *secundarius*⁹⁷ en previsión de que el monarca designado inicialmente falleciese.

Teóricamente era posible destituir al rey, no obstante de que se solía optar por soluciones más expeditivas (p.e. asesinato). En Northumbria hubo quince reyes durante el siglo VIII de los que trece no concluyeron su reinado por muerte natural, lo que habla por sí mismo de la política de la época, aunque en Wessex sí se contabilizaron dos casos en los que se produjo una destitución formal.

En cualquier caso no hay que sobreestimar el poder del *witenagemot*. Los favores y la corrupción no eran ajenos al período medieval y las situaciones de tensión entre la asamblea y el monarca solían ser continuos principalmente por las limitaciones que la propia Corona tenía. Aunque la Corona

⁹⁴ JOLLIFFE, J.E.A. *The Constitutional History of Medieval England. From the English Settlement to 1485*. Second Edition. Adam & Charles Black. Soho Square London. 1948. Pp. 26-29.

⁹⁵ Se cuentan apenas cuatro casos en los que el *witenagemot* actuó así. STUBBS, W. *The Constitutional History of England in its origin and development*. Volume I. Fifth Edition. Oxford at the Clarendon Press. 1891. London. Pp. 147-148.

⁹⁶ Maitland considera que el *danegeld* impuesto durante el reinado de Ethelred es primer impuesto real, lo que plantea serias dudas sobre una capacidad legislativa continuada y sólida en materia tributaria. MAITLAND, F.W. *The Constitutional History of England*. 1908. P. 58.

⁹⁷ JOLLIFFE, J.E.A. *The Constitutional History of Medieval England. From the English Settlement to 1485*. Second Edition. Adam & Charles Black. Soho Square London. 1948. Pp. 28-31.

contaba con notables prerrogativas que incluía la posibilidad de una continuidad dinástica, no era un gobierno absoluto. Contaba eso sí con propiedades que podía disponer a su antojo, aunque exceptuando las mismas, debía disponer del consentimiento del *witenagemot*⁹⁸, más por aplicación de la propia costumbre y la ley del momento que por su subordinación al *witan*. Ese consentimiento bajo los tiempos de Alfredo ya no era necesario. El *witenagemot* pasó a ocupar una posición más testimonial, de mero testigo que de órgano que debía conceder la propiedad de la tierra.

La supeditación del *witenagemot* se advierte por las numerosas prerrogativas que tenían las cortes reales, especialmente en cuestiones criminales. En todo caso, la cuestión pese a la existencia de una estructura social básica se resumía en la posibilidad de que los propietarios eran jueces y los no propietarios no⁹⁹, lo que ahondaba en la importancia del rey como garante de las propiedades que entregaba y que resultaba igualmente inherente a la exigencia de prestación del servicio militar o *fyrð*.

IV. LA TITULARIDAD DE LA TIERRA Y SU DISTRIBUCIÓN COMO MEDIO DE CREACIÓN DE TRIBUNALES Y CORTES DE JUSTICIA. LA LEGISLACIÓN SAJONA

1. *La propiedad. Distribución del territorio y creación de cortes*

La propiedad era clave en el esquema legal sajón. Las Leyes de Aethelbert ya fijaban (artículo 1) un sistema de equivalencia entre el valor de la propiedad de la Iglesia, del obispo, del diácono y del clérigo, siendo además un medio que podía emplearse para satisfacer el pago de responsabilidades derivadas de procesos judiciales¹⁰⁰.

Ésta idea de propiedad era común entre los pueblos germánicos. Las vinculaciones de los sajones, jutos y anglios con otros pueblos germánicos —como los salios— han demostrado una incipiente regulación de dicha cuestión puesto que el esquema derivaba de la tierra o *mark* que solía ser la propiedad de una familia, vallada y acotada, facilitando el disfrute de los bienes comunales, como la leña, los pastos o el agua¹⁰¹ en régimen de usufructo. Era un concepto significativo que durante los posteriores reinados (Hlothhere

⁹⁸ STUBBS, W. *The Constitutional History of England in its origin and development*. Volume I. Fifth Edition. Oxford at the Clarendon Press. 1891. London. Pp. 155-160.

⁹⁹ *Ibidem*. P. 208.

¹⁰⁰ En el caso de asesinato. ATTENBOROUGH, F.L. *The Laws of the Earliest English Kings*. Cambridge University Press. London. 1922. P. 9.

¹⁰¹ STUBBS, W. *The Constitutional History of England in its origin and development*. Volume I. Fifth Edition. Oxford at the Clarendon Press. 1891. London. P. 53.

y Eadric) estableció fórmulas de reparto en el caso del fallecimiento del padre para sus hijos e incluso procedimientos para reclamar los bienes sus- traídos¹⁰².

Se transmitía la tierra conforme a la costumbre del pueblo o *folkright* y la propiedad que había sido entregada conforme a tales normas era denominada *folkland* que cuando paso de ser transmitida verbalmente a documentarse mediante cartas o libros fue conocida como *bookland*¹⁰³, siendo además un derecho de transmisión libre e incondicionado, si bien por ejemplo, los monasterios no podían hacer uso de ese derecho. Esto llevó a que se crearan figuras de préstamo como el *laen* que permitía obtener liquidez a las casas monásticas para mantener sus propiedades y que eran limitados en el tiempo. Debido a las dificultades que conllevaban su renovación se creó una figura de *bookland* que establecía el plazo del *laen* durante el transcurso de tres vidas¹⁰⁴. La falta de una vinculación vitalicia ha puesto en duda la existencia de una auténtica sociedad feudal en la Inglaterra sajona a pesar de que externamente se asemejaba a ella. Ni el *bookright*, ni el *folkright* ni el *laen* eran vínculos vitalicios y contaban con evidentes limitaciones¹⁰⁵, pese a que mediaba un juramento en su otorgamiento¹⁰⁶.

Pese a ello y en apariencia, se asemeja a un esquema típicamente feudal que se mantendría hasta la irrupción de los normandos en el que la relación de subordinación entre el rey y su pueblo se ve radicada en la propiedad de la tierra sujeta por el rey y trabajada por sus súbditos. Algunos autores han criticado que se hable estrictamente de una pirámide feudal debido a que no existía una ley que consagrara la vinculación del hombre con la propiedad de la tierra ni la obligación de un hombre luchar por su señor o la ausencia de un sistema contributivo erigido por la Corona. No existía una administración de justicia feudal o dirigida por el monarca ni tampoco existía un consejo feudal a la imagen de

¹⁰² ATTENBOROUGH, F.L. *The Laws of the Earliest English Kings*. Cambridge University Press. London. 1922. P. 19. Mismo sentido, *Leyes de Alfred y Guthrum*, artículo 3. *Ibidem*. P. 99 y *Leyes de Eduardo II*, artículo 3. *Ibidem*. P. 119.

¹⁰³ Incluía también la transmisión por medio de la mera voluntad. HUDSON, J. *Anglo-norman land law and the origins of property*. Contenido en GARNETT AND HUDSON. *Law and Government in Medieval England and Normandy. Essays in honour of Sir James Holt*. Cambridge University Press. 1994. P. 201.

¹⁰⁴ JOLLIFFE, J.E.A. *The Constitutional History of Medieval England. From the English Settlement to 1485*. Second Edition. Adam & Charles Black. Soho Square London. 1948. Pp. 73-77.

¹⁰⁵ Maitland reniega de la idea de feudalismo.

¹⁰⁶ Pero la transmisión definitiva exigía la participación del señor. HUDSON, J. *Anglo-norman land law and the origins of property*. Contenido en GARNETT AND HUDSON. *Law and Government in Medieval England and Normandy. Essays in honour of Sir James Holt*. Cambridge University Press. 1994. P. 211.

otros países¹⁰⁷. Ni tan siquiera en tiempos de Alfredo fue posible implantar un sistema impositivo aunque el rey contaba con sus propios ingresos que procedían directamente de la propiedad de la tierra, aunque no eran los esperados para la figura de un monarca sino más bien los de un señor acomodado¹⁰⁸.

No obstante, el monarca podía otorgar directamente privilegios sobre la tierra denominados *bookland* que podían llevar aparejados obligaciones de ejecución de construcciones militares tales como fortalezas, reparación de puentes y asistencia al *fyrð* (prestaciones militares)¹⁰⁹. Esa discrecionalidad se advertía igualmente a la hora impartir justicia. Los tribunales tradicionales de la comunidad fueron sustituidos a partir del siglo X por competencias jurisdiccionales denominadas *sake and soll, toll and team and infangenetheof* (capacidad de representación jurisdiccional sobre terceros, capacidad de comprar bienes limitada a un territorio y el derecho a perseguir crímenes).

La tierra era símbolo de libertad porque la estructura política del tiempo preveía un jefe supremo que ordenaba pero que no era dueño de las posesiones materiales. Ese sistema electivo facilitaba entender una relación en el que el rey no asumía la propiedad de sus súbditos¹¹⁰ teniendo el propietario del *mark* con un lugar en la asamblea de la comunidad, siendo la pertenencia al *mark* esencial para ser propietario.

Resulta sencillo ver una cierta relación entre el *mark* y el *hundred* sajón¹¹¹ como elemento de organización política, aunque no son pocos los que entienden que el concepto de *hundred* derivaría del latín *centenae* que era la unidad de medida con la que se recompensó a los miembros de las tribus que llegaron a la Inglaterra de los britanos. Se trata de una medida aparecida por primera vez bajo las leyes de Edgar¹¹² con la concreta finalidad de facilitar la política de policía de represión del robo y que además tenían atribuida la condición de sede de los tribunales.

En cualquier caso, la propiedad determinaba el estatus del individuo. A mayor propiedad, mayor posición se ostentaba. La propiedad de la tierra no atribuida a nadie en concreto era diferente. Requería la aprobación de la

¹⁰⁷ MAITLAND, F.W. *The Constitutional History of England*. 1908. Pp. 160-163.

¹⁰⁸ JOLLIFFE, J.E.A. *The Constitutional History of Medieval England. From the English Settlement to 1485*. Second Edition. Adam & Charles Black. Soho Square London. 1948. P. 52.

¹⁰⁹ DOMÍNGUEZ GONZÁLEZ, C. *La Inglaterra anglosajona. Una síntesis histórica (ss. V-XI)*. Ediciones La Ergástula, S.L. Madrid. 2015. P. 209.

¹¹⁰ STUBBS, W. *The Constitutional History of England in its origin and development*. Volume I. Fifth Edition. Oxford at the Clarendon Press. 1891. London. P. 55.

¹¹¹ Había otras distribuciones del territorio como el *wapentake* o la *shire*, éste último mucho más común. La *shire* o comarca agrupaba diversos *hundreds* y solía ser la sede judicial de un magistrado y quedaba bajo el dominio de un señor y un *gerefa*. Ibidem. P. 90.

¹¹² LIEBERMANN, F. *Die Gesichte der Angelsachsen*. Vol. 1. Halle. Pp. 194-206.

comunidad para su enajenación y ni siquiera el rey podía apropiarse de parte de la misma sin el consentimiento del *witan* o *witenagemot*¹¹³.

El esquema social sajón reflejaba los vínculos del conjunto de la población que a su vez tenía incidencia en la distribución del territorio. El núcleo social básico se agrupaba en torno a una comunidad o familia (*kindred*)¹¹⁴ cuyas raíces hay que buscarlas en las tradiciones germánicas preexistentes, consistentes en poblaciones más o menos amplias¹¹⁵ que contaban con ciertos vínculos de parentesco con una cabeza visible designada por el señor al que se debía obediencia.

Tal vínculo era la base del sistema legal sobre el que se edificaba el conjunto de la Inglaterra sajona¹¹⁶. Las leyes que regulaban los derechos de los hombres libres lo hacían en relación con el *kindred*. Eran derechos respecto de la comunidad en la que se integraban dependiendo del estatus con el que contasen (hombre libre o esclavo). El *kindred* sería sustituido por el *folk moot* que ya no exigía únicamente un vínculo de sangre. También de vecindad. Del *folk moot* irían evolucionando de forma distinta en cada reino de la heptarquía las distintas formas de distribución del territorio, aunque sobre todo y a partir de Alfredo se generalizó la distribución territorial en *townships*, *tithes* y *hundreds*, entre otros.

Por su parte el *Tribal Hidage*, conservado en siete documentos recoge el listado de terrenos (*hides*) que poseía cada reino. Estos *hides* tenían una extensión variable que representaban la productividad de la tierra¹¹⁷, siendo la base de la incipiente división administrativa existente. Las extensiones de terreno podían abarcar varios cientos de *hides* aunque de una forma un tanto imprecisa. Al frente de cada provincia llamada *shire* o *burgh* se encontraba un aristócrata o *ealdormen*.

Las provincias a su vez se subdividían en centurias o *hundreds* que podían tener una decena o dos centenares de *hides*¹¹⁸, administradas por una

¹¹³ STUBBS, W. *The Constitutional History of England in its origin and development*. Volume I. Fifth Edition. Oxford at the Clarendon Press. 1891. London. Pp. 83-109.

¹¹⁴ Fue durante largo tiempo la referencia para tomar testigos o testimonios en diversos procesos, incluidos los relativos a la libertad de los villanos. GLANVILLE, R. *A Treatise of the Laws and Customs of the Kingdom of England*. Book V. Chapter IV. John Byrne and Co. Law Publishers and Booksellers. Washington. 1900. P. 86.

¹¹⁵ STUBBS, W. *The Constitutional History of England in its origin and development*. Volume I. Fifth Edition. Oxford at the Clarendon Press. 1891. London. P. 88.

¹¹⁶ JOLLIFFE, J.E.A. *The Constitutional History of Medieval England. From the English Settlement to 1485*. Second Edition. Adam & Charles Black. Soho Square London. 1948. Pp. 3-11.

¹¹⁷ DOMÍNGUEZ GONZÁLEZ, C. *La Inglaterra anglosajona. Una síntesis histórica (ss. V-XI)*. Ediciones La Ergástula, S.L. Madrid. 2015. Pp. 188-190.

¹¹⁸ El valor de un *hide* en Gales, permitía considerar que el *wergeld* del dueño (valor en el que se cuantificaban las responsabilidades) ascendía a unos 120 chelines. La mitad

suerte de agente real. En estas centurias existían los llamados diezmos (*tithing*) o grupos de diez personas –mayores usualmente de diez o doce años– que eran los encargados de velar mutuamente por el comportamiento de los demás miembros y observar la autoridad regia y que constituían una incipiente pirámide social en la que la autoridad real y propiedad de la tierra van ligadas. Los cambios de nombre que se fueron produciendo en los siglos siguientes (a partir del siglo XI eran llamados *carucates*), no modificaron el régimen obligacional existente.

Esta distribución de los territorios y su gobierno durante la heptarquía fueron dispares, pese a contar con ciertas similitudes. Solían tener una corte central ubicada en la ciudad o villa más relevante y diversas exacciones tributarias locales que no reales sobre la cosecha y el ganado que arrojaban unos rendimientos más que exiguos e incluso en algunos casos, como Northumbria tenían un desarrollo más avanzado de la figura regia¹¹⁹, en comparación con otros reinos como Wessex y Mercia.

Su evolución supuso que las garantías que llevaba aparejadas fueran modificándose. Era lógico. No era lo mismo un sistema como el *kindred* sustentado en la garantía familiar que otorgaban sus miembros que una estructura más amplia y evolucionada, la cual en su caso, derivaba de una visión que podía ser más objetiva e imparcial¹²⁰. Esa lógica, sin embargo, no se vio del todo aplicada ya que los medios de enjuiciamiento como el juramento o la ordalía seguían siendo aplicables modificando a su vez la base territorial.

La ampliación de la justicia al *folk moot* trajo consigo una visión más amplia y objetiva puesto que permitió la entrada de cuerpos más profesionalizados ya que los nobles y propietarios acapararon cargos que hasta la fecha, habían sido accesibles en general para una mayoría de la población y que ahora quedaba limitado a los propietarios¹²¹.

Con posterioridad, el *shiremoot* y el *hundredmoot* supusieron una nueva especialización de los tribunales, para ante una población creciente, ajustar la incipiente planta judicial, siendo además asimilados no pocos de tales núcleos de población a las parroquias asignadas a un clérigo o iglesia al que se le abonaban los diezmos y que una vez fortificadas se convertían en *burh* (burgos). Sobre esas poblaciones fue creciendo la jurisdicción

de un *hide* en Gales sumaba 80 chelines y si se carecía de *hide*, el valor del *wergeld* ascendía a 60 chelines. ATTENBOROUGH, F.L. *The Laws of the Earliest English Kings*. Cambridge University Press. London. 1922. P. 31.

¹¹⁹ *Ibidem*. P. 36.

¹²⁰ *Ibidem*. Pp. 58-62.

¹²¹ Aethelred dispuso que el enjuiciamiento debía realizarse únicamente por los miembros del *thegn*.

territorial posterior del señor que podía extenderse a asuntos civiles y criminales¹²². No puede hablarse de un tribunal en términos estrictos sino de asambleas o *gemots* que contaban con sus propios oficiales (*gerefa* y *bydel*)¹²³ y que desempeñaban diversas funciones relacionadas con la administración de justicia y que podían equipararse a magistrados.

Asimismo existían cortes privadas que aplicaban el privilegio de *sake and soke*¹²⁴ o *sac and soc*¹²⁵ que se otorgaban por privilegio real –retornando al monarca en caso de vacancia– y que obedecían al examen de cuestiones privadas, lejos de las querellas existentes entre propietarios libres y el señor, tratándose de un privilegio de origen germánico que otorgaba jurisdicción para analizar discusiones entre *kindreds* excluyendo de esa forma la intervención de la Corona¹²⁶. Estas cortes evolucionaron a los tribunales que se crearon en cada *hundred* o *hundred-gemot* y que conforme a las Leyes de Eduardo y Edgar debían reunirse mensualmente, plazo éste que deriva de diversas costumbres de tribus bávaras y germánicas¹²⁷. Cuando comenzaron a aparecer estos *gemot*, la composición ya exigía la condición de señor al ser estos quienes designaban representantes. En todo caso, podía declarar la existencia de un derecho local sin perjuicio de atender a medios de prueba más expeditos como las ordalías.

En sus inicios, las cortes del *shire* y el *hundred* eran autónomas (en el caso del *hundred* era una especie de arbitraje). No existía instancia superior ya que el *witenagemot* solo permitía conocer de las quejas contra los jueces por una incorrecta denegación de justicia¹²⁸, conociendo la corte del rey para determinados crímenes específicos. No era un cargo profesional. Podía recaer entre los vecinos. En Chester, bajo el reinado de Eduardo *el Confesor* existía un

¹²² A partir sobre todo del reinado de Aethelstan. JOLLIFFE, J.E.A. *The Constitutional History of Medieval England. From the English Settlement to 1485*. Second Edition. Adam & Charles Black. Soho Square London. 1948. P. 125.

¹²³ STUBBS, W. *The Constitutional History of England in its origin and development*. Volume I. Fifth Edition. Oxford at the Clarendon Press. 1891. London. Pp. 91-99.

¹²⁴ No es claro el origen de estas cortes privadas que según parece surgieron con posterioridad a la muerte de Alfredo *el Grande*. El significado de *sake and soke* provendría de la expresión sajona *sacu and soen* que significa “causa y señor”, como expresión de la necesidad de que se imparta justicia ante un hecho que la merece. STENTON, F. *Anglo-Saxon England*. Oxford University Press. Third Edition. New York. 1989. Pp. 493-495.

¹²⁵ BRACON, H. *De legibus et consuetudinibus Angliae*. Ed. George E. Woodbine. Volume Two. Oxford University Press. 1922. P. 254.

¹²⁶ JOLLIFFE, J.E.A. *The Constitutional History of Medieval England. From the English Settlement to 1485*. Second Edition. Adam & Charles Black. Soho Square London. 1948. P. 70.

¹²⁷ STUBBS, W. *The Constitutional History of England in its origin and development*. Volume I. Fifth Edition. Oxford at the Clarendon Press. 1891. London. Pp. 114-120.

¹²⁸ MAITLAND, F.W. *The Constitutional History of England*. 1908. P. 106.

grupo de doce jueces elegidos entre los propietarios¹²⁹, aunque ese grupo de jueces, numeroso para una población medieval, era únicamente común entre lo que se entendía por grandes ciudades. Igualmente, sería bajo el reinado de Eduardo *el Confesor* cuando aparece la figura del Canciller quien inicialmente se encargaba de la elaboración de los *writs* en la corte del rey¹³⁰.

2. Las leyes sajonas: *wergeld*, *ordalia* y *juramento*

La evolución posterior del *hundred* supuso que en el reinado de Edmundo fuera obligatorio en todo el reino y que bajo el reinado de Edgar se convirtiese en una corte que regía conforme a la costumbre y aplicaba los principios de juramento y *ordalia*¹³¹. Las normas referidas experimentaron una evolución desde los primeros monarcas sajones hasta la época de Alfredo que fue cuando desplegaron todo su esplendor. Sin embargo, no existe una referencia clara escrita anterior a las primeras leyes de Aethelbert.

Esta pretensión de Aethelbert se debe a su idea –como afirmo el rey Beda con posterioridad– de que sus normas fueran recogidas al “estilo romano” si bien durante los doscientos años siguientes, las leyes sajonas no sufrirían notables cambios. No eran cuerpos legales aplicables a todo el conjunto de lo que hoy se conoce como Inglaterra, lo que impide calificarlas como *common law* existiendo además una gran variedad de costumbres locales.

Las costumbres de anglos, jutos y sajones¹³² y posteriormente de los daneses tenían aspectos en común propios de los pueblos germánicos y bárbaros pero no existía un cuerpo común que permitiera trazar una línea única de pensamiento y cronológica. Por otro lado, la transmisión oral de la ley suponía que en dos comarcas distintas la aplicación del Derecho no tuviera nada que ver la una con la otra. Sí es cierto que el Derecho y su aplicación estaban ligados a grandes solemnidades y que se empleaban complicadas ceremonias pero el conjunto legal no se plasmó de forma escrita y ordenada hasta los tiempos de Aethelbert. Resulta complicado encontrar signos evidentes de la aplicación del Derecho Romano en el campo legal aunque la tradición romana sí se mantuvo en otros campos con sus altibajos, como el

¹²⁹ STUBBS, W. *The Constitutional History of England in its origin and development*. Volume I. Fifth Edition. Oxford at the Clarendon Press. 1891. London. P. 100.

¹³⁰ Y ni tan siquiera esas funciones son del todo claras. JOLLIFFE, J.E.A. *The Constitutional History of Medieval England. From the English Settlement to 1485*. Second Edition. Adam & Charles Black. Soho Square London. 1948. P. 133.

¹³¹ *Ibidem*. Pp. 117-118.

¹³² Algunos autores les identificaban con tribus provenientes del Elba. STUBBS, W. *The Constitutional History of England in its origin and development*. Volume I. Fifth Edition. Oxford at the Clarendon Press. 1891. London. P. 42.

religioso¹³³ y pese a que se mantuvieron algunas costumbres romanas como la de otorgar testamento¹³⁴ aunque la tierra y la propiedad no podían ser legadas de forma testamentaria¹³⁵.

Esta influencia religiosa que se advierte en el preámbulo de las leyes de Withraed, que las otorgó en presencia de los hombres de Dios y sabios del reino así lo atestigua, dando inicio a una relación entre Iglesia y reino que perduraría durante siglos.

La regulación legal fue cuando menos incompleta. Existía influencia de las raíces comunes del Derecho Romano¹³⁶, aunque dicha recepción resultase muy inferior a la habida en otros ordenamientos¹³⁷. Aunque existían diversos cuerpos de leyes, su producción no fue uniforme ni mucho menos en todos los reinos. Regía una ley tribal, religiosa y señorial que casi nunca se recogía por escrito, no siendo hasta la irrupción de la Iglesia cuando comienza la práctica de recoger el *corpus* jurídico en libros. El primero de estos libros fue las *Leyes de Ine* de Wessex aunque el más conocido fue el elaborado por Alfredo *el Grande* que adoptó los textos de Ine de Wessex, de Offa de Mercia y Aethelbernt de Kent, mereciendo igual reconocimiento la recopilación de Athelstan que reguló el castigo a los nobles que impedían el acceso al derecho o a la justicia y que prohibía la pena de muerte para menores de quince años¹³⁸. Asimismo, comenzó a regular el valor del hombre por su equivalente en dinero (*wergeld*)¹³⁹ y que abarcaba –y diferenciaba– a las distintas clases sociales.

Pese a tratarse de una producción mayoritariamente esporádica, se conocen de forma fragmentada varios textos legislativos de los primeros monarcas de Kent, entre los que cabe citar a Aethelbert I que reinó hasta el año 616.

El *Tribal Hidage* –texto de naturaleza fiscal– que recogía el nombre de treinta y cuatro (34) tribus de Mercia¹⁴⁰ y el *Rectitudines Singularum Perso-*

¹³³ MAITLAND, F.W. *The Constitutional History of England*. 1908. Pp. 1-5.

¹³⁴ Según Stubbs, este mantenimiento de costumbres se debe a la escasa romanización que contaban tales pueblos cuando llegaron a Inglaterra y la pérdida de influencia de los britanos en su propio territorio. STUBBS, W. *The Constitutional History of England in its origin and development*. Volume I. Fifth Edition. Oxford at the Clarendon Press. 1891. London. P. 64.

¹³⁵ MAITLAND, F.W. *The Constitutional History of England*. 1908. P. 30.

¹³⁶ SUANZES VARELA, J. *Política y Derecho en la Edad Media*. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 17. Número 49. Enero-Abril 1997. Pp. 335-351.

¹³⁷ MORINEAU, M. *Introducción al sistema de common law*. Universidad Autónoma de México. Instituto de Investigaciones jurídicas. Pp. 7-20.

¹³⁸ En su capítulo 3. ATTENBOROUGH, F.L. *The Laws of the Earliest English Kings*. Cambridge University Press. London. 1922. P. 130.

¹³⁹ *Ibidem*. P. 241.

¹⁴⁰ KEARNEY, H. *Las Islas Británicas. Historia de Cuatro Naciones*. Cambridge University Press. Madrid. 1999. P. 67.

*narum*¹⁴¹, tratado que regulaba los derechos inmobiliarios de la época y que fue redactado en la Abadía de Bath o en un área cercana a la misma permiten conocer aspectos económicos y tributarios de la época. Éste último contenía una minuciosa descripción de la estructura social de la época (incluida la llamada Ley del *Thegn* que comprendía los principios básicos en materia de propiedad, obligaciones de campesinos y arrendatarios)¹⁴².

A partir de ahí, los cuerpos legislativos más relevantes fueron las Leyes de Ine y el Código de Alfredo *el Grande*. Las Leyes de Ine¹⁴³ era un compendio legislativo redactado durante el reinado del rey Ine que abarcó entre los años 688 a 725, momento en el que abdicó y peregrinó a Roma donde falleció. Tenían su antecedente directo en las Leyes de Withred y en especial, en materia de acceso a la propiedad privada¹⁴⁴.

Las Leyes de Ine¹⁴⁵ indicaban en su Prefacio la estructura social propia de los sajones ya señalada anteriormente, haciendo constar que las mismas se otorgaban bajo el consejo del padre de Ine, Cenred, sus obispos Hedde y Erconwald, sus *ealdormen*, con el fin de salvaguardar la seguridad del reino y asegurar que ni los *ealdorman* ni ningún otro podían pervertir las citadas leyes¹⁴⁶. Su contenido era un tanto heterogéneo ya que incluía regulación del derecho de personas, procesales, familia, civiles y mercantiles.

Dentro del derecho de personas regulaba la libertad de los esclavos que fueran obligados a trabajar en domingo (artículo 3) o la posibilidad de que si un hombre libre trabajaba en domingo quedaría reducido a la esclavitud o tendría que abonar una multa de 60 chelines. Prohibía igualmente la venta de un ciudadano del reino en el extranjero y caso de que se produjera, el autor de la venta

¹⁴¹ LEO, H. *Rectitudines Singularum Personarum; nebst einer einleitenden abhandlung über landansidlung, landbau, guisherliche und bäuerliche verhältnisse der Angelsachsen*. Eduard Anton. Halle. 1842. Pp. 222-247.

¹⁴² LIEBERMANN, F. *Die Gesetze der Angelsachsen*. Volumen 1. Halle. 1903-1916. Pp. 444-453.

¹⁴³ ATTENBOROUGH, F.L. *The Laws of the Earliest English Kings*. Cambridge University Press. London. 1922. Pp. 36-62.

¹⁴⁴ El *Código de Withred* decía así: “si un hombre procedente de fuera, o un extraño, abandona el camino y no anuncia su llegada mediante grito o haciendo sonar un cuerno, se entenderá que es un ladrón, pudiendo ser muerto o puesto bajo custodia”. (Traducción a cargo del autor). *Ibidem*. P. 31.

¹⁴⁵ Algunos autores encuadran a este texto junto con otros de la época sajona en un conjunto legislativo denominado “*Quadripartitus*” reseñando el carácter armónico del mismo y que abarcaría gran parte de las leyes de época sajona, incluyendo una compilación que añadía las Leyes de Enrique I. WORWALD, P. *Quadripartitus*. Contenido en GARNETT AND HUDSON. *Law and Government in Medieval England and Normandy. Essays in honour of Sir James Holt*. Cambridge University Press. 1994. P. 131.

¹⁴⁶ ATTENBOROUGH, F.L. *The Laws of the Earliest English Kings*. Cambridge University Press. London. 1922. P. 37.

tenía que pagar a la familia el *wergeld* de esa persona y hacer acto de penitencia con Dios (artículo 11). Creaba a su vez un régimen específico –e inferior– para los ciudadanos galeses, sobre todo, si eran esclavos (artículo 74).

Se establecían igualmente obligaciones para la nobleza, principalmente en relación con los vínculos militares con el rey o los demás nobles y por incumplir las normas esenciales en su comportamiento con ellos (artículos 50 y 51).

Los aspectos procesales comprendían la exoneración de los condenados a muerte en el caso de que se acogieran a sagrado (artículo 5), de los familiares de ladrones que no podían ser condenados si desconocían el delito cometido por sus allegados (artículo 7) o que incluso podían mantener el bien sustraído si se demostraba que no conocían la procedencia del mismo (artículo 57). Establecía la obligación del juez de otorgar justicia a aquellos que la solicitasen, bajo pena de multa de 30 chelines en caso contrario (artículo 8).

Disponía la pena de muerte en el caso de que un ladrón fuera sorprendido en delito flagrante (artículo 12) y penas de multa para los perjurios y falsos testigos (artículo 13). Particularmente severo era con los plebeyos que delinquieran con reiteración ya que podían ser castigados con la pérdida de una mano o un pie (artículo 18), establecía las penas contra los fugitivos de las prisiones (artículo 24), en el caso de otorgar amparo a un fugitivo (artículo 30) y disponía un régimen específico para los crímenes cometidos contra los ladrones estipulando que si los autores del asesinato de su asesinado juraban que era culpable podían ser absueltos (artículo 16). Se permitía además, la dación en pago por un tercero en favor de los condenados en juicio, bajo la promesa de que el acusado tendría que devolver tales importes al prestador (artículo 62).

En el ámbito mercantil establecía que las operaciones comerciales debían realizarse ante testigos (artículo 25) y preveía una acción equivalente a los vicios ocultos en la compra de ganado, siempre y cuando se advirtiese en los treinta días siguientes a la adquisición de la bestia (artículo 56).

Regulaba de forma pormenorizada las obligaciones familiares estableciendo pensiones para los hijos expósitos (artículo 26), para los huérfanos de padre a cargo de sus allegados (artículo 38) o limitando la percepción del *wergeld* por aquellos padres que no reconocieran a los hijos ilegítimos (artículo 27). Ordenaba a su vez el pago de una compensación a la mujer adquirida para contraer matrimonio y que finalmente no era desposada (artículo 31) y un rango de compensaciones para los familiares más próximos (artículo 76).

Por lo que se refiere al ámbito civil y de la propiedad ya preveía la resolución para cuestiones relativas a la propiedad de los plebeyos, en concreto la invasión de animales o las vallas comuneras (artículos 40 y 42), regulaba las leyes de arrendamiento de la tierra entre plebeyos y nobles (artículos 67 y 68), así como la imposición de penas económicas por daños cometidos en los bosques (artículo 43 y 44) o por entrar en las propiedades del rey, obispos o

ealdorman (artículo 45), aunque éstas multas podían ser negadas mediante juramento que equivaliese a tales importes.

Otorgaba un especial valor al juramento ya que ese acto permitía que si alguien reclamaba por la muerte del intruso, el que la cometió debería jurar que consideraba que el intruso era un ladrón (artículo 21). Determinaba a su vez que el juramento para negar la acusación de homicidio exigía contar con al menos una propiedad de 100 *hides* (artículo 54)¹⁴⁷. Una muestra más del valor que ya se otorgaba a la propiedad en aquellos tiempos.

El siguiente texto en relevancia fue el Código de Alfredo *el Grande*¹⁴⁸ que era una refundición de leyes anterior como expresamente señala en su prólogo¹⁴⁹. Contenía aspectos similares a las advertidas en las Leyes de Ine, si bien con algunas novedades reseñables. Así, sujetaba al hombre a los juramentos que había realizado y a las promesas contraídas, castigando duramente el juramento contra el señor o el contraído contra las leyes (artículo 1). Realzaba en una palabra el valor del juramento o promesa consagrando esta figura clásica del derecho medieval sajón.

Reconocía el valor de la persona del rey sancionando el atentado contra su vida con la pena de vida y la pérdida de todos los bienes (artículo 4). Todo lo contrario que en el caso de los plebeyos que estaban obligados, caso de que desearan abandonar su distrito para buscar trabajo en otro, advertir a su *ealdormen* bajo pena de multa (artículo 37).

Prescribía el derecho de asilo en los monasterios bajo custodia real durante tres días para los que huyesen de cualquier delito (artículo 2) y establecía que los que se hubieran acogido a asilo real y violasen los términos del mismo quedaría sujeto al pago de diversas multas (artículo 3). Este derecho se complementaba con el reconocimiento del derecho de santuario a la Iglesia para aquellos que estuvieran perseguido (artículo 5).

Establecía penas de multa para los delitos en el ámbito familiar como el asesinato de la madre y su hijo no nato que sancionaba con el pago del *wergeld* de la mujer y de la mitad por el hijo (artículo 9) o el adulterio que se castigaba con una multa equivalente a un porcentaje del *wergeld* (artículo 10). Lo anterior no se limitaba al círculo familiar si no también en el caso de los abusos o violación de una mujer plebeya con una sanción que dependía de los

¹⁴⁷ FITZ NIGEL, R. *Dialogus de Scaccario*. Book I. Clarendon Oxford Press. Londres. 1983. P. 64.

¹⁴⁸ ATTENBOROUGH, F.L. *The Laws of the Earliest English Kings*. Cambridge University Press. London. 1922. Pp. 62-95.

¹⁴⁹ “Algunas de aquellas que no aprobaba, las he anulado por recomendación de mis consejeros, mientras que en otras, he ordenado cambios. (...) He recogido las que entendía más justas desde los tiempos de Offa, rey de los Mercios (...)” (Traducción a cargo del autor). *Ibidem*. P. 63.

hechos (artículo 11) y si se trataba de una monja, la sanción ascendía al doble (artículo 18). El secuestro de una mujer menor de edad requería que fuera compensado como si se tratara de un adulto (artículo 29).

Se otorgaba específicamente una protección a la mujer que solo decaía si se trataba de una mujer prometida que mantuviera relaciones con terceros, en cuyo caso, se le impondría igualmente una multa en función de su *wergeld* (artículo 18.1), incluyendo a su vez un régimen de responsabilidad para las personas mudas y sordas, cuyos padres abonarían los daños que pudieran causar (artículo 14) y un régimen de compensación para los familiares en el caso de fallecimiento (artículos 30 a 31).

Contenía reglas específicas para los mercaderes y fijaba igualmente penas específicas para delitos concretos como ocurría en el caso de la calumnia pública que se castigaba con la pérdida de la lengua (artículo 32), las peleas en el domicilio de un *ealdormen* o un plebeyo que llevaba aparejada pena de multa (artículos 38 y 39) y establecía diversas compensaciones en función de las heridas padecidas (artículos 44 a 77) con una minuciosidad que podemos calificar de admirable.

El Código de Alfredo *el Grande* afianzó en todo caso, la herencia sajona y sentó las bases para textos posteriores.

La regulación del derecho sajón recogía de forma pormenorizada las compensaciones a abonar por los daños causados en bienes y personas indicando los beneficiarios de los mismos rechazando desde los tiempos de Alfredo *el Grande* la venganza personal como sistema ordinario de la aplicación de justicia¹⁵⁰.

Las leyes de Aethelberht¹⁵¹ constituían un auténtico compendio sobre indemnizaciones con una intensa regulación del *wergeld*, reduciéndose dicha regulación en textos posteriores. Aunque las penas por multa siguieron existiendo, se fue amortiguando con el paso de los siglos evolucionando hacia un régimen en el que la ejecución de obligaciones fue absorbiendo los pagos en metálico de épocas pasadas.

Esta evolución de los derechos procesales fue progresiva. De la ausencia de regulación alguna en las primeras Leyes de Aethelbert se pasó a unas incipientes reglas de valoración de las declaraciones de los testigos (artículos 2 y 4) de las Leyes de Hlothhere y Eadric que permitían dilucidar la posible responsabilidad en casos de asesinato y robo¹⁵². Siendo insuficiente ya delimi-

¹⁵⁰ IGLESIAS-RÁBADE, L. *Las penas corporales en el derecho hispánico e inglés en la Edad Media. Estudio Comparado. Revista de Estudios Histórico-Jurídicos (Sección Historia del Derecho Europeo)* XXXVIII. Valparaíso. 2016. Pp. 123-147.

¹⁵¹ ATTENBOROUGH, F.L. *The Laws of the Earliest English Kings*. Cambridge University Press. London. 1922. Pp. 5-19.

¹⁵² *Leyes de Hlothhere y Eadric*. Ibidem. Pp. 20-24.

taba el régimen de dicha prueba. La cuestión no finalizaba ahí. En las Leyes de Withred (artículo 23) se incluía igualmente la forma de iniciar un procedimiento judicial. Ambos aspectos, elementos probatorios e inicio del procedimiento, se desarrollarían aún más en los siglos siguientes. Así las Leyes de Eduardo I preveían en su artículo 1 que toda operación comercial exigía contar con al menos un testigo u otros hombres de crédito que atestiguaran los términos de la operación mercantil¹⁵³. Tales Leyes establecían a su vez las penas por no registrar correctamente los derechos en el libro de propiedades (*bookland*).

Los derechos procesales dieron un paso más cuando las Leyes de Aethelstan establecieron las penas que un ladrón debía abonar para abandonar la prisión (artículo 1)¹⁵⁴ la forma de citar a aquellos hombres que carecieran de señor conocido (artículo 2) e incluso las penas para aquellos señores que se negaran a impartir justicia tomando partido por una de las partes (artículo 3), obligando al justiciado a acudir al rey como órgano superior.

A partir del siglo X y antes de la conquista normanda el poder real se incrementó convirtiéndose en árbitro de disputas, asumiendo funciones en la represión del banditaje y en general los delitos de violencia. Ya como garante de la paz, contaba a su vez con un arma política formidable que no dudaba emplear, incluso contra altos dignatarios del reino¹⁵⁵, arrebatando esa capacidad a los *folkmoot*.

Esto se vio reforzado por la capacidad sancionadora que se otorgó a la Corona y que era un privilegio desde los tiempos de Ine. Fue un reforzamiento de la posición del monarca que prohibía y podía disponer del orden. Se estaba imponiendo el orden real, disminuyendo la capacidad de los tribunales que habían venido rigiendo hasta ese momento y que culminaría con el *king's pleas*, instaurado ya bajo el reinado de Enrique I. Fue igualmente el momento en que se inició el tratamiento de *iudex* para los encargados de examinar cada asunto. Influencia francesa o incluso de Isidoro de Sevilla, sirvió para identificar las funciones jurisdiccionales en cada momento¹⁵⁶.

Las Leyes de Aethelstan reflejaron por primera vez el concepto de ordalía que era el juicio de valor que sustituía al efectuado por un juez en la Edad Media y se llamaba igualmente *Juicio de Dios*, pues consistía en una serie de pruebas de valor que de ser superadas, demostraban teóricamente la inocencia del acusado. En los artículos 7 y 23 de las Leyes de Aethelstan se indicaba

¹⁵³ *Leyes de Eduardo I*. Ibidem. P. 115.

¹⁵⁴ *Leyes de Aethelstan*. Ibidem. Pp. 127-129.

¹⁵⁵ Así ocurrió durante el reinado de Aethelred. JOLLIFFE, J.E.A. *The Constitutional History of Medieval England. From the English Settlement to 1485*. Second Edition. Adam & Charles Black. Soho Square London. 1948. Pp. 107-108.

¹⁵⁶ Ibidem. Pp. 109-112.

que el juicio por ordalía se realizaría después de haber acudido durante tres días seguidos a la misa general y haber sido alimentado de pan, agua y hierbas, tomando la comunión y acto seguido proclamando su inocencia¹⁵⁷. Tras ello se podía optar entre la ordalía de agua (que implicaba inmersión durante un cierto tiempo) o de hierro que suponía coger objetos candentes con la mano¹⁵⁸. Con el paso de los años, el propio Aethelstan incluyó modificaciones a la forma en que se regulaba el proceso de ordalías fijando tiempo de duración de cada prueba¹⁵⁹.

Por otro lado, el sistema legal sajón descansaba –aparte de los privilegios puramente estamentales– en un sistema claramente ligado a la propiedad y al valor de la palabra dada. Aunque a día de hoy pueda parecer un tanto ingenuo, lo cierto es que el valor de esa palabra denotaba la calidad del individuo e incluso el peso que tenía en la sociedad y por tanto el valor de su persona y los derechos que atesoraba. El acto de jurar otorgaba una credibilidad adicional¹⁶⁰ a la afirmación y a la palabra conferida. Las primeras referencias al juramento se recogen en las Leyes de Withred en cuyo artículo 16 se indicaba que la palabra del rey o un obispo, aun sin juramento, era incontrovertida. Tenía valor casi de ley. La referencia inmediatamente siguiente era el juramento que podía prestar un hombre –entendido como vasallo– ante un altar en presencia de tres testigos que también se consideraba como incontrovertido (artículo 21)¹⁶¹. Aunque era una forma de reconocer ciertos derechos a los vasallos del rey, no deja de resultar evidente que la diferencia entre uno y otro es abismal¹⁶². El rey no necesitaba ni tan siquiera jurar, mientras que el vasallo requería juramento, altar y tres testigos.

Esa diferencia se advertía al examinar otros supuestos como la capacidad que tenía un señor para exonerar a uno de sus vasallos simplemente con su propio juramento (artículo 23), en lo que nuevamente era una significativa diferencia del peso que el señor y los vasallos tenían en la sociedad sajona.

¹⁵⁷ ATTENBOROUGH, F.L. *The Laws of the Earliest English Kings*. Cambridge University Press. London. 1922. Pp. 135-143.

¹⁵⁸ Había cuatro: hierro candente, agua caliente, agua fría y del bocado. En época normanda, se añadiría la ordalía por duelo, más caballeresca. MAITLAND, F.W. *The Constitutional History of England*. 1908. P. 120.

¹⁵⁹ ATTENBOROUGH, F.L. *The Laws of the Earliest English Kings*. Cambridge University Press. London. 1922. Pp. 171-173.

¹⁶⁰ JOLLIFFE, J.E.A. *The Constitutional History of Medieval England. From the English Settlement to 1485*. Second Edition. Adam & Charles Black. Soho Square London. 1948. P. 9.

¹⁶¹ ATTENBOROUGH, F.L. *The Laws of the Earliest English Kings*. Cambridge University Press. London. 1922. Pp. 24-29.

¹⁶² Los testigos juraban a su vez que el juramento prestado por el otorgante era cierto. MAITLAND, F.W. *The Constitutional History of England*. 1908. P. 116.

La ausencia de capacidad de los siervos o mejor dicho de los hombres sin propiedad, respondía al antiguo privilegio de *frankpledge* que obligaba a que un señor respondiera en litigio de las acciones iniciadas contra aquellos hombres que carecían de propiedad¹⁶³. Esta posición jurídica que reitera nuevamente el valor de la propiedad, se actualizó bajo el reinado de Canuto¹⁶⁴, exigiendo que el otorgamiento de derechos solo podía atribuirse a propietarios¹⁶⁵. Tales equivalencias entre juramentos van incrementando y modificándose con el paso de los años. Las Leyes de Alfred y Guthrum requerían determinados juramentos para acusar a un caballero o *thegn* y la limpieza del honor por parte de este exigía que se presentasen al menos doce testigos. En las Leyes de Edward y Guthrum, artículo 3, se recogía el primer castigo para el delito de perjurio que obligaba a pagar el *wergeld* atendiendo al valor de la ofensa. Asimismo tanto los juramentos como las ordalías estaban prohibidas las fiestas de guardar (artículo 9), siendo duramente penada dicha contravención¹⁶⁶.

La seriedad con la que era considerada el juramento era tal que ya en tiempos de Eduardo I se fijó que el perjuo que hubiera sido declarado como tal, nunca podría exonerarse de cargos por ese medio debiendo acudir obligatoriamente al juicio de ordalía¹⁶⁷. Lo anterior no impedía que el juramento fuera empleado como medio del propio juicio por ordalía¹⁶⁸, redundando en cualquier en la importancia otorgada. Durante el reinado de Eduardo *el Mayor*, el juramento de lealtad al rey se convirtió en práctica política, siendo ya en época normanda en un acto de vasallaje propio y evidente. Era una fórmula simple “amar al rey y evitar lo que él evita” que fue evolucionando en diversas fórmulas que eran establecidas por reinado y *witan*. Canuto efectuó el juramento de “ser el buen señor de su pueblo” disponiendo el establecimiento de un vínculo directo de vasallaje y correlación¹⁶⁹.

Pese a la importancia del juramento no se encuentran antecedentes de la figura del jurado en la época sajona. La mayoría de los autores entienden que podría ser una costumbre de origen normando –que efectivamente llegó a

¹⁶³ BRACON, H. *De legibus et consuetudinibus Angliae*. Ed. George E. Woodbine. Volume Two. Oxford University Press. 1922. Pp. 351-352.

¹⁶⁴ Aunque algunos autores defienden que fue bajo su reinado cuando se puede fijar su origen. STENTON, F. *Anglo-Saxon England*. Oxford University Press. Third Edition. New York. 1989. Pp. 409-410.

¹⁶⁵ *Ibidem*.

¹⁶⁶ ATTENBOROUGH, F.L. *The Laws of the Earliest English Kings*. Cambridge University Press. London. 1922. Pp. 99-105.

¹⁶⁷ *Leyes de Eduardo I*. *Ibidem*. P. 117.

¹⁶⁸ *Leyes de Aethelstan*. *Ibidem*. P. 172.

¹⁶⁹ JOLLIFFE, J.E.A. *The Constitutional History of Medieval England. From the English Settlement to 1485*. Second Edition. Adam & Charles Black. Soho Square London. 1948. P. 106.

Inglaterra tras la invasión— aunque algunos autores entienden que ni tan siquiera ese sería su origen¹⁷⁰, pese a que las Leyes de Ethelred preveían que doce hombres adultos podían efectuar un juramento para afirmar que no existía base para acusar a un hombre, costumbre que igualmente existía en la corte carolingia.

V. CONCLUSIONES

La estructura social de la Inglaterra sajona presentó una lenta evolución que abarcó desde principios del siglo V —tras el abandono del Imperio Romano de las islas Británicas— hasta principios del siglo XI y que implicó la conversión de una sociedad escasamente definida y sin una figura cierta de referencia, a una sociedad estamental si bien carente de los acusados rasgos de feudalismo existentes en otras zonas de Europa.

El monarca tuvo una notable evolución desde la figura del caudillo militar a monarca, dotado de la condición de representante de Cristo en la Tierra, apoyándose el rey sajón en la creciente influencia de la Iglesia, que ya contaba con una sólida presencia en el siglo VII. Es un rey que además, se convierte en garante de la costumbre y responsable de mantener la paz. Precisamente, ese ensalzamiento de la costumbre, se erige como uno de los elementos básicos del sistema legal, no solo sajón, sino que alcanzará hasta nuestros días, ya que de ahí se avanzará hasta la figura del antecedente —como efecto legal de la costumbre— y que radica en la base del *common law*.

Asimismo, el mantenimiento de la paz o de la estabilidad si se prefiere, acrecienta el prestigio de la figura real, y le dota de un aura de infalibilidad y prestigio que se acumula a la posición privilegiada que por su carácter castrense ya poseía.

Respecto a los demás estratos de la sociedad, se advierte una sociedad claramente ligada al vínculo familiar y al prestigio militar. El primero permitió la creación de focos de población que irían experimentando un progresivo crecimiento hasta constituir las *towns* y los *burh*.

En efecto, la unidad familiar o *kindred* es el antecedente en torno al cual se regulará la propiedad de la tierra y la condición de propietario, que se encuentra en la base de la creación de las cortes de justicia que se irían ajustando posteriormente a figuras como el *folk moot* o el *shire moot*, transformando las primeras cortes a un sistema más complejo, en el que fue perdiendo la estructura familiar, mientras se reforzaba la posición derivada de la condición de propietario.

¹⁷⁰ Maitland lo ubica en costumbres de los reinos francos y con antecedente romano y no era otra cosa que un grupo de vecinos declarando ante el juez sobre la costumbre y usos locales. Usualmente se producía cuando un rey franco otorgaba a un tercero —casas monásticas habitualmente— sobre los derechos que les confería. MAITLAND, F.W. *The Constitutional History of England*. 1908. Pp. 122-123.

Como propietario, no es meramente el titular de la tierra sino que esa condición le faculta para ser designado juez, integrándose así en la incipiente administración de justicia y la aplicación del Derecho.

El prestigio militar por su parte facilitaba la pertenencia a los grupos superiores de la sociedad y en concreto a los *thegn* en su rango inferior y los *ealdormen* en su rango superior. Se convierten no solo en miembros de la sociedad que prestan servicios armados, sino que además se convierte en administradores de la propiedad que les es entregada, integrando a su vez –junto con el clero– el *witenagemot*, consejo asesor del monarca.

Por su parte, los demás miembros de la sociedad, pese a su distinción entre hombres libres, plebeyos, siervos y esclavos, presentan escasas diferencias. Aun existiendo una evidente limitación de disposición de su capacidad de decisión en el ámbito de los esclavos, las demás categorías dependen de su condición de propietario o no, para lograr un status más elevado en la sociedad. Esa diferenciación –esencial– supone que la ausencia de propiedad les convertía en sujetos dependientes de su señor, el cual tenía que responder por sus acciones y decisiones.

Esta estructura social, aparte del efecto que desplegó sobre la configuración de la planta judicial, tuvo efecto directo en la legislación que se promulgó. Especialmente incidió en dos elementos básicos de su regulación que eran el *wergeld* y el juramento. La legislación sajona –por herencia germánica– preveía un rígido sistema de compensaciones económicas que no eran sino el trasunto de la posición social. La separación que distaba entre la valoración del señor y el siervo, relevante pero escasa en los primeros textos sajones, se acentúa a partir de la época de Alfredo el Grande, en el que los importes que compensaban en función de la pertenencia a uno u otro grupo social, ya evidenciaban una clara distancia social.

El Derecho asume así los cambios sociales. Pero además, realza esa separación en otra construcción jurídica que se torna esencial: el juramento. Afirmación y refrendo de la palabra dada, el juramento se convierte en un medio de prueba que se torna esencial en el marco del proceso jurídico. Es un medio a su vez, de descargo, que en función de quien se otorga presenta unos caracteres inequívocamente absolutorios (p.e. rey), a lo que se une el misticismo y simbología del que se dota al procedimiento judicial, en parte heredado y en parte asumido por la influencia de la Iglesia.

Asimismo, el desarrollo del Derecho sajón trajo aparejadas la implantación de las primeras reglas de enjuiciamiento y práctica de la prueba (ordalía) que aunque hoy parezcan un tanto rudas, denotan la prosecución y la búsqueda de una realidad más o menos fiable sobre la que emitir un veredicto. Trajo asimismo incorporada la figura del testigo como medio de acreditar la fehaciencia de diversos extremos, principalmente, en cuestiones relacionadas con el tráfico civil y mercantil. Era un sistema legal que ya presentaba

aspectos estructurados y que en albores de la Conquista Normanda resultaba identificable.

Lo anterior no implica que resultase perfecto ni equivalente a los principios que ocupa el proceso judicial en nuestros días. La distribución de la carga de la prueba, la igualdad de armas entre las partes en el proceso o el derecho a un juicio justo, eran conceptos desconocidos pero sí se advierte una regulación que como reflejo de la sociedad, planteaba y resolvía aspectos ligados a la propiedad, como pieza ya singular y de referencia, formando además un corpus jurídico estimable que, además desde Alfredo el Grande se consolida durante los siglos siguientes y que solo se verá afectado por la Conquista Normanda.

Era el final a un camino que había abarcado más de seiscientos años y en el que la costumbre y la tradición fijaban los cimientos para la edificación del sistema legal en siglos posteriores. Ya indicó Alfredo el Grande que “recordad qué castigos recibimos en este mundo cuando nosotros mismos no apreciamos el aprendizaje ni lo transmitimos a otros hombres”.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ATTENBOROUGH, F.L. *The Laws of the Earliest English Kings*. Cambridge University Press. London. 1922.
- BELLOC, H. *Historia de Inglaterra. Desde los orígenes hasta el siglo XX*. CS Ediciones. Buenos Aires. 2005.
- BENHAM, J. *Law or treaty? Defining the edge of legal studies in the early and high medieval periods*. *Institute of Historical Researchs*. Vol. 86. Número 233. August. 2013. Pp. 487-497.
- BRACON, H. *De legibus et consuetudinibus Angliae*. Ed. George E. Woodbine. Volume Two. Oxford University Press. 1922.
- CARELLA, B. *The earliest expression for outlawry in anglo-saxon law. Traditio*. Volume 70. 2015. Pp. 111-143.
- COKE, E. *Institutes of the Laws of England. Third Part*. London. Printed for E. and R. Brooke. Rawlins. 1797. Chapter VI.
- CURTO ADRADOS, I. *Las invasiones vikingas de Inglaterra: una perspectiva historiográfica. Ab Initio*. Núm. 10. 2014. Pp. 31-59.
- DOMÍNGUEZ GONZÁLEZ, C. *La Inglaterra anglosajona. Una síntesis histórica (ss. V-XI)*. Ediciones La Ergástula, S.L. Madrid. 2015.
- DUMVILLE, D. N. *Wessex and England from Alfred to Edgard. Six Essays on Political, Cultural and Ecclesiastical Revival*. Woodbridge, Boydell and Brewer. 1992. *Stud. In Anglo-Saxon History*, 3. *Cahiers de Civilisation Médiévale*. 39e année. Número 153-154. Janvier-juin 1996.
- DE MONMOUTH, G. *Historia de los reyes de Britania*. Alianza. Segunda Edición. Madrid. 2017.
- FITZ NIGEL, R. *Dialogus de Scaccario*. Book I. Clarendon Oxford Press. Londres. 1983.

- GILLINGHAM, J. *The introduction of the chivalry into England*. Contenido en GARNETT AND HUDSON. *Law and Government in Medieval England and Normandy. Essays in honour of Sir James Holt*. Cambridge University Press. 1994.
- GLANVILLE, R. *A Treatise of the Laws and Customs of the Kingdom of England*. Book V. Chapter IV. John Byrne and Co. Law Publishers and Booksellers. Washington. 1900.
- GUZMÁN GONZÁLEZ, T. *Guerreros históricos, personajes épicos y personas de ficción: el otro legado de Alfredo el Grande*. Cuadernos del CEMyR. Número 13. Diciembre 2015. Pp. 133-162.
- HOLLAND, T.E. *The elements of jurisprudence*. Scientia Verlag Aalen. Reprint of 13th edition. Darmstadt. 1979.
- HUDSON, J. *Anglo-norman land law and the origins of property*. Contenido en GARNETT AND HUDSON. *Law and Government in Medieval England and Normandy. Essays in honour of Sir James Holt*. Cambridge University Press. 1994.
- IGLESIAS-RÁBADE, L. *Las penas corporales en el derecho hispánico e inglés en la Edad Media. Estudio Comparado*. Revista de Estudios Histórico-Jurídicos (Sección Historia del Derecho Europeo) XXXVIII. Valparaíso. 2016. Pp. 123-147.
- JOLLIFFE, J.E.A. *The Constitutional History of Medieval England. From the English Settlement to 1485*. Second Edition. Adam & Charles Black. Soho Square London. 1948.
- KEARNEY, H. *Las Islas Británicas. Historia de Cuatro Naciones*. Cambridge University Press. Madrid. 1999.
- LEO, H. *Rectitudines Singularum Personarum; nebst einer einleitenden abhandlung über landansidlung, landbau, gutsherliche und bäuerliche verhältnisse der Angelsachsen*. Eduard Anton. Halle. 1842. Pp. 222-247.
- LIEBERMANN, F. *Die Gesichte der Angelsachsen*. Vol. 1. Halle.
- MAITLAND, F.W. *The Constitutional History of England*. 1908.
- MEDEIROS, E.O.S. *Alfred o Grande e a linhagem sagrada de Wessex: a construção de um mito de origen en Inglaterra anglo-saxônica*. *Mirabilia*. Núm. 13. Junio-diciembre. 2011. Pp. 134-172.
- MORINEAU, M. *Introducción al sistema de common law*. Universidad Autónoma de México. Instituto de Investigaciones jurídicas.
- STENTON, F. *Anglo-Saxon England*. Oxford University Press. Third Edition. New York. 1989.
- STUBBS, W. *The Constitutional History of England in its origin and development*. Volume I. Fifth Edition. Oxford at the Clarendon Press. 1891. London.
- SUANZES VARELA, J. *Política y Derecho en la Edad Media*. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 17. Número 49. Enero-Abril 1997. Pp. 335-351.
- TOWNSON, D. *Breve historia de Inglaterra*. Alianza. 2ª Edición. Segunda Edición. Madrid. 2015.
- WANGERIN, L. *Royal feuds and the politics of Santity in Anglo-Saxon and Ottonian Saxony*. *Mirabilia* 18. Enero Junio 2014. Pp. 78-94.
- WAYLAND, L. *The British Constitution*. Holborn. 1792.
- WORWALD, P. *Quadripartitus*. Contenido en GARNETT AND HUDSON. *Law and Government in Medieval England and Normandy. Essays in honour of Sir James Holt*. Cambridge University Press. 1994.

LA EFECTIVIDAD DEL PROTOCOLO N.º 16
AL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS
Y SU POTENCIAL IMPACTO CONSTITUCIONAL
EN ESPAÑA

*Effectiveness of Protocol No. 16 to the European Convention
on Human Rights and its potential constitutional impact
in Spain*

Beatriz Tomás Mallén
Profesora Titular de Derecho Constitucional
Universitat Jaume I de Castellón

<https://doi.org/10.18543/ed.2506>

Recibido: 15.05.2022

Aceptado: 14.06.2022

Publicado en línea: junio 2022

Resumen

El artículo aborda el Protocolo n.º 16 al CEDH como un instrumento positivo para el diálogo judicial y la efectiva protección multinivel de los derechos fundamentales. Dicha aproximación se enfatiza en la parte I, junto con la praxis de la jurisdicción consultiva del TEDH desde la entrada en vigor del Protocolo n.º 16 el 1 de agosto de 2018. En la parte II se examina la virtualidad y efectividad del Protocolo n.º 16 en España criticando, de un lado, la incomprensible posición española reticente hacia la aceptación de dicho Protocolo y, de otro lado, su potencial impacto constitucional indirecto en nuestro país. La parte III pone el foco de interés en la proyección del Protocolo n.º 16 en el seno de la Unión Europea y en la necesidad de articular la triple relación entre el TEDH, el TJUE y los tribunales nacionales. Por último, la parte IV incluye unas conclusiones y propuestas finales tendentes a subrayar el papel del Protocolo n.º 16 como vector de optimización del sistema constitucional español de derechos fundamentales.

Palabras clave

Diálogo judicial, derechos fundamentales, protección constitucional multinivel, *ius commune* europeo, estándar más favorable.

Abstract

This essay tackles Protocol No. 16 to the ECHR as a positive instrument for judicial dialogue and effective multilevel protection of fundamental rights. Such approach is emphasized in Part I, together with the praxis of the ECtHR's advisory jurisdiction since the entry into force of Protocol No. 16 on 1 August 2018. Part II examines the virtuality and effectiveness of Protocol No. 16 in Spain by criticizing, on the one hand, Spain's incomprehensible reluctant position towards the acceptance of the Protocol and, on the other hand, its potential indirect constitutional impact on our country. Part III focuses on the projection of Protocol No. 16 within the European Union and on the need to articulate the triple relationship between the ECtHR, the CJEU and the National Courts. Finally, Part IV includes some final conclusions and proposals aimed at underlining the role of Protocol No. 16 as an optimisation vector of the constitutional fundamental rights system in Spain.

Keywords

Judicial dialogue, fundamental rights, multilevel constitutional protection, European *ius commune*, most favourable standard.

SUMARIO: I. ASPECTOS INTRODUCTORIOS. 1. Planteamiento del Protocolo n.º 16 como instrumento para el diálogo judicial y la efectiva protección multinivel de los derechos fundamentales. 2. Aspectos básicos sobre la elaboración y el contenido del Protocolo n.º 16. 3. Las primeras opiniones consultivas del TEDH tras la vigencia del Protocolo n.º 16. 3.1. La previa experiencia consultiva del TEDH. 3.2. La incipiente praxis tras la vigencia del Protocolo n.º 16. II. VIRTUALIDAD Y EFECTIVIDAD DEL PROTOCOLO N.º 16 EN ESPAÑA. 1. La incomprensible posición reticente de España ante el Protocolo n.º 16. 2. El potencial impacto indirecto del Protocolo n.º 16 en España. III. EFECTIVIDAD DEL PROTOCOLO N.º 16 EN EL SENO DE LA UNIÓN EUROPEA Y SU PROYECCIÓN EN ESPAÑA. 1. La necesaria articulación entre el TEDH y el TJUE. 2. La doble prejudicialidad europea y los mecanismos de adaptación en España. IV. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS FINALES: LA INSOSLAYABLE ACEPTACIÓN DEL PROTOCOLO N.º 16 COMO ELEMENTO DE OPTIMIZACIÓN DEL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL DE DERECHOS FUNDAMENTALES. V. BIBLIOGRAFÍA.

I. ASPECTOS INTRODUCTORIOS

1. *Planteamiento del Protocolo n.º 16 como instrumento para el diálogo judicial y la efectiva protección multinivel de los derechos fundamentales*

Como es sabido, el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y la instauración del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) marcaron un hito en la protección internacional de la dignidad de la persona, al erigir al individuo en sujeto activo del Derecho internacional. Desde este punto de vista, el mecanismo de demanda individual (sin perjuicio del otro procedimiento importante, de demanda interestatal, establecido en el texto convencional de 1950) comportaba la novedad más relevante, que radicaba no tanto en el catálogo de derechos y libertades fundamentales susceptibles de defensa (según el Preámbulo del CEDH, «algunos de los derechos enunciados en la Declaración Universal») sino en la prometedora efectividad del mecanismo de garantía.

De hecho, se situaba en la vanguardia de los instrumentos internacionales de derechos humanos que articulaban un procedimiento de demanda, comunicación o petición individual, siendo secundado en el sistema universal de la ONU¹

¹ En el sistema de Naciones Unidas, además de los mecanismos previstos ante los emblemáticos Comité de Derechos Humanos –creado por el Protocolo Facultativo (1966) al Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966– y Comité de Derechos Económicos,

y en los demás sistemas regionales². Al tiempo, ese mecanismo de recurso individual, pese a los efectos *inter partes* de las sentencias que dicte el TEDH, ha tenido una apreciable proyección en el ámbito interno, ya sea por estar implicado un control indirecto *in abstracto* de la legislación nacional (al encontrarse en dicha normativa «inconvenicional» la causa de la violación particular denunciada)³, ya sea por tratarse de una sentencia dictada en un *leading case* susceptible de ser aplicado por las jurisdicciones nacionales en otros casos individuales análogos (en el mismo país demandado o en otros), generándose así una auténtica transformación constitucional⁴.

Sociales y Culturales –introducido en 2008 a través del Protocolo Facultativo del respectivo Pacto de 1966–, conviene mencionar los procedimientos para presentar denuncias individuales previstos por instrumentos específicos tales como la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de 1984, la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial de 1965, el Protocolo Facultativo (1999) de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979, el Protocolo Facultativo (2006) de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006, la Convención internacional para la protección de todas las personas contra las desapariciones forzadas 2006, la Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares de 1990 y el Protocolo facultativo (2011) de la Convención sobre los derechos del niño (1989) relativo a un procedimiento de comunicaciones.

² Especialmente, en el marco del sistema interamericano –cuya creación precedió temporalmente al europeo pues la Carta fundacional de la OEA fue firmada el 30 de abril de 1948 en Bogotá– ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos –y, a continuación, eventualmente ante la Corte Interamericana– sobre la base del Pacto de San José de Costa Rica de 1969 (art. 44). Y, más tarde, en el sistema africano sobre la base de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981 (art. 56) ante la Comisión Africana –y, con la adopción del Protocolo de 1998 de creación de la Corte Africana, eventualmente ante ella (art. 5)–. Pese al pluralismo jurídico-cultural, se ha podido observar que las tres Cortes regionales por excelencia –el TEDH, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos– no funcionan en su labor interpretativa como compartimentos estancos, sino que existe un creciente diálogo judicial global entre dichas jurisdicciones internacionales –más frecuente entre los Tribunales europeo e interamericano, pero del que no queda excluido el africano–, y entre ellas y las jurisdicciones supremas nacionales, que lleva a una especie de «descompartimentación»: BURGORGUE-LARSEN, L.: *Les trois Cours régionales des droits de l’homme in context. La Justice qui n’allait pas de soi*, Paris, Pedone, 2020, p. 247.

³ Esos efectos generales han sido asumidos finalmente, con mayor o menor entusiasmo pero con naturalidad, por las jurisdicciones supremas de los países miembros del Consejo de Europa. Una interesante ilustración comparada del caso italiano en PERLO, N.: «L’attribution des effets *erga omnes* aux arrêts de la Cour Européenne de Droits de l’Homme en Italie: la révolution est en marche», *Revue Française de Droit Constitutionnel*, n.º 104, 2015, pp. 887-910.

⁴ La cual se forja asimismo merced a la eficacia general y *supra partes* de las sentencias del TEDH más allá de los titulares o víctimas de los derechos protegidos, como ha

Naturalmente, las nuevas necesidades sociales generadas por la cambiante realidad provocan la inexorable adaptación a ella de los instrumentos jurídicos, también de los internacionales. En este sentido, el hecho de que el recurso individual siga siendo el elemento más paradigmático del mecanismo convencional europeo, no ha evitado la necesaria modificación o reforma de sus disposiciones, tanto de las «dogmáticas» que reconocen derechos (para introducir otros o para optimizar la protección de los ya reconocidos: Protocolos n.º 1, 4, 6, 7, 12 y 13), como de las «orgánicas» que disciplinan los procedimientos de garantía (incluso para continuar reforzando la posición del individuo en la formulación y sustanciación de las demandas: Protocolos n.º 2, 3, 5, 8, 9, 10, 11, 14, 15 y 16).

Entre estas últimas se encuentra, por tanto, el Protocolo n.º 16 al CEDH. En efecto, la jurisdicción consultiva del TEDH estaba configurada en el CEDH de un modo restrictivo a tenor del Protocolo n.º 2 (cuyo contenido se recoge en los actuales arts. 47 a 49 CEDH), por el peso político que se confirió a la legitimación activa (monopolio del Comité de Ministros del Consejo de Europa). Y esa naturaleza restrictiva aún lo era más en comparación con la competencia consultiva que se atribuyó a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH) en el Pacto de San José de Costa Rica de 1969, en donde la dimensión política de su puesta en marcha ha supuesto un menor lastre a la hora de obtener interesantes opiniones jurídicamente determinantes para el desarrollo del sistema⁵.

En esta ocasión, con el último Protocolo de reforma del CEDH (el n.º 16), abierto a la firma en Estrasburgo el 2 de octubre de 2013 y en vigor desde el 1 de agosto de 2018 tras conseguirse el número mínimo requerido de ratificaciones (diez) en virtud de su art. 8, la consulta no presentaba una naturaleza jurídico-política sino netamente jurisdiccional. Efectivamente, el Protocolo n.º 16 constituye un auténtico instrumento para el diálogo judicial y para forjar la efectiva protección multinivel de los derechos fundamentales. Desde esta perspectiva, aunque la iniciativa para formular la consulta al TEDH corresponda exclusivamente a las jurisdicciones nacionales superiores que indique cada Estado (arts. 1 y 10 del Protocolo), ese diálogo judicial formal puede

subrayado GARCÍA ROCA, J.: *La transformación constitucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Cizur Menor, Aranzadi, 2019, pp. 175-203.

⁵ Si bien la iniciativa gubernamental (concurrente con la de la Comisión Interamericana) ha tenido en ocasiones un enfoque de consulta o litigio estratégico para conseguir a través de la justicia internacional una medida para la que no se contará con un sólido respaldo parlamentario a nivel nacional. Como ejemplo de esa estrategia se cita la Opinión Consultiva de la CorteIDH OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017 solicitada por la República de Costa Rica, sobre identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo.

tener en la práctica una proyección más amplia de manera indirecta: es decir, no únicamente para articular la colaboración del TEDH con esas instancias domésticas supremas al estilo de la cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), sino para evitar asimismo contenciosos y potenciales divergencias con este último (apartado III.1. *infra*).

2. Aspectos básicos sobre la elaboración y el contenido del Protocolo n.º 16

La adopción del Protocolo n.º 16 arranca del informe presentado al Comité de Ministros del Consejo de Europa por el Grupo de Sabios nombrado en el marco del Plan de Acción adoptado en la 3.ª Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados Miembros de la Organización (celebrada en Varsovia los días 16 y 17 de mayo de 2005) «para examinar la cuestión de la eficacia a largo plazo del mecanismo de control del Convenio Europeo de Derechos Humanos»; dicho Grupo proponía instaurar ese régimen de petición de opiniones consultivas para «favorecer el diálogo entre los jueces y reforzar el rol “constitucional” del TEDH. Dicha petición de opinión, planteada únicamente por las jurisdicciones de última instancia y las jurisdicciones constitucionales siempre sería facultativa y la opinión emitida por el TEDH no tendría carácter obligatorio»⁶.

A continuación, la Conferencia de alto nivel sobre el futuro del TEDH celebrada en Izmir (26 y 27 de abril de 2011), en su Declaración final instó al Comité de Ministros a seguir reflexionando sobre dicha propuesta de ampliación de la jurisdicción consultiva de la Corte de Estrasburgo configurándola como una especie de remedio preventivo, en la medida en que esas nuevas opiniones consultivas «contribuirían a clarificar las disposiciones del Convenio y la jurisprudencia del TEDH y proporcionarían así orientaciones complementarias que permitirían asistir a los Estados Partes para evitar nuevas violaciones».

Un año después, en la nueva Conferencia de alto nivel sobre el futuro del TEDH celebrada en Brighton (19-20 de abril de 2012) se siguió reflexionando sobre la cuestión de las opiniones consultivas, no quedando ajena al debate la propia Corte de Estrasburgo, que presentó un detallado *Documento de reflexión sobre la proposición de ampliación de la competencia consultiva del TEDH*⁷. El caso es que en la Declaración final de la Conferencia de Brighton se invitaba al Comité de Ministros a redactar el texto de un

⁶ *Informe del Grupo de Sabios al Comité de Ministros*, Documento CM(2006)203, de 15 de noviembre de 2006, párr. 135.

⁷ Acceso: https://www.echr.coe.int/documents/2013_courts_advisory_jurisdiction_fra.pdf (versión francesa); https://echr.coe.int/Documents/Courts_advisory_jurisdiction_ENG.pdf (versión inglesa).

protocolo facultativo a tal efecto antes de finales de 2013. Antes de ello, como parte de los trabajos preparatorios, la Asamblea Parlamentaria adoptó en fecha 28 de junio de 2013 el Dictamen n.º 285 (2013) sobre el proyecto de Protocolo. Y, completando el procedimiento, el Comité de Ministros adoptó el 2 de octubre de 2013 (a través de los Delegados de los Ministros en su 1176.^a reunión) el proyecto denominándolo como Protocolo n.º 16.

Efectuando ahora un breve repaso del contenido del Protocolo n.º 16, su articulado se abre delimitando los órganos habilitados para formular las consultas —«las más altas jurisdicciones de una Parte Contratante» designadas por ellas (arts. 1.1 y 10)—, así como (también art. 1) su ámbito material —«cuestiones de principio relativas a la interpretación y aplicación de los derechos y libertades definidos por el Convenio o sus Protocolos»— y procedimental —solicitud de consulta, debidamente motivada y acompañando los elementos fácticos y jurídicos pertinentes, incluidos los derechos y libertades reconocidos en el CEDH o sus Protocolos que se entiendan implicados, únicamente en el marco de un asunto pendiente ante esa alta jurisdicción nacional—. Según el *Informe explicativo* del Protocolo n.º 16⁸, puesto que se trata de una facultad de las jurisdicciones nacionales supremas, podrían retirar una consulta antes de que el TEDH resuelva; por otra parte, el hecho de referirse a las más altas jurisdicciones en plural, no circunscribe la habilitación únicamente a la jurisdicción constitucional y, al contrario, da pie para que jurisdicciones inferiores a ésta, pero relevantes para una determinada categoría de asuntos, puedan formular la consulta, además de dotar de cierta flexibilidad acorde con las particularidades de los sistemas judiciales nacionales y de ser coherente con la idea de agotamiento de los recursos internos —sin que deba ser necesariamente la jurisdicción ante la que en todo caso se produzca procesalmente dicho agotamiento—.

A continuación, de manera parecida a como sucede con las peticiones de remisión de los asuntos individuales (art. 43 CEDH), se atribuye a un colegio de cinco jueces de la Gran Sala la decisión sobre la aceptación o admisibilidad de la solicitud de opinión consultiva, emitiendo eventualmente la Gran Sala la correspondiente opinión; el juez elegido a título de la Alta Parte contratante —o, en su defecto, un juez *ad hoc* propuesto por el presidente del TEDH sobre la lista sometida previamente por la Parte Contratante— forma parte de pleno derecho tanto del colegio como de la Gran Sala (art. 2). En cuanto al desarrollo del procedimiento (art. 3), el Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa y la Alta Parte Contratante concernida por la consulta tiene derecho a presentar observaciones escritas y a participar en

⁸ Acceso: https://www.echr.coe.int/documents/protocol_16_explanatory_report_fra.pdf (versión francesa), https://www.echr.coe.int/Documents/Protocol_16_explanatory_report_ENG.pdf (versión inglesa).

las audiencias, facultándose al Presidente del TEDH para que invite a cualquier otra Parte Contratante o persona (física o jurídica, se entiende, cuya intervención a título de *amicus curiae* pueda resultar positiva para la emisión de la opinión consultiva) para que puedan asimismo formular observaciones escritas o participar en las audiencias.

Seguidamente se introducen algunos elementos caracterizadores de las opiniones consultivas, como son su carácter motivado, la posibilidad de incluir votos particulares y la transmisión de las opiniones consultivas a cada jurisdicción nacional requirente, sin perjuicio de su publicación (art. 4). Además, se establece formalmente una característica destinada básicamente a agrandar a los Estados, es decir, la naturaleza no vinculante de las opiniones consultivas (art. 5)⁹; lo que, en la práctica, no es obstáculo para que dichas opiniones revistan *de facto* dicha vinculatoriedad, puesto que es difícilmente concebible que la jurisdicción nacional requirente se desvincule de dicha opinión, so pena de exponerse a que, una vez agotados los recursos internos en el asunto del que ha derivado la consulta, efectivamente la asumirá el TEDH en ese procedimiento individual contencioso, con la consiguiente condena al Estado.

Estas disposiciones (arts. 1 a 5) del Protocolo 16 se consideran obviamente como integrantes del CEDH (art. 6). Y el Protocolo se completa con las habituales cláusulas finales referentes a la firma y ratificación, aceptación o aprobación, así como el depósito ante la Secretaría General del Consejo de Europa (art. 7), la entrada en vigor tras la ratificación por diez Partes Contratantes (art. 8), la inadmisión de reservas (art. 9), la indicación de las jurisdicciones nacionales habilitadas por cada Parte Contratante y la posibilidad de modificar dicha comunicación (art. 10), y las notificaciones asimismo habituales realizadas por la Secretaría General sobre las firmas, ratificaciones, entradas en vigor, declaraciones hechas sobre la base del art. 10 y cualquier otro acto relacionado con el Protocolo (art. 11).

Tras este rápido vistazo al contenido del Protocolo n.º 16, la hipótesis del trabajo consiste básicamente en sostener que España no puede seguir teniendo como asignatura pendiente su ratificación, puesto que ello no solo la excluye *formalmente* de ese elemento importante del sistema multinivel de derechos fundamentales, sino que además puede provocar paradójicamente

⁹ Esta característica, unida a otras dos, ha llevado a catalogar el Protocolo n.º 16 como un «instrumento *tri-facultativo*»: HINOJO ROJAS, M.: «El Protocolo n.º 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos», *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 34, 2018, p. 705: «Porque el Estado parte en el Convenio decide o no aceptarlo, porque el tribunal nacional decide o no dirigirse consultivamente al Tribunal de Estrasburgo y porque, una vez emitido el dictamen por este, el Tribunal interno decide o no aplicarlo al caso del que conoce».

disfunciones (tanto a nivel estatal, como desde la perspectiva de país miembro de la UE, e incluso en las relaciones entre ésta y el Consejo de Europa) por mor del despliegue *material* de efectos de las opiniones adoptadas con respecto a otros países que sí sean Partes Contratantes del Protocolo. Así pues, con este planteamiento, la primera parte del trabajo se acerca a la praxis inicial bajo la vigencia del Protocolo n.º 16, para a continuación abordar su virtualidad y efectividad para España, así como su proyección y articulación en el seno de la UE, introduciéndose unas conclusiones y propuestas finales en clave de optimización del sistema constitucional español de derechos fundamentales.

3. *Las primeras opiniones consultivas del TEDH tras la vigencia del Protocolo n.º 16*

En el presente epígrafe no se pretende comentar pormenorizadamente cada una de las opiniones consultivas generadas en el marco del Protocolo n.º 16 (susceptibles de merecer análisis autónomos más detallados), sino aproximarse a ellas para conocer los ámbitos cubiertos, con objeto de delimitar la propia competencia material consultiva del TEDH, el impacto constitucional de dichas consultas y la posible proyección de dichas opiniones en el más amplio espacio judicial europeo.

3.1. La previa experiencia consultiva del TEDH

No obstante, antes de proceder a dicha aproximación, conviene distinguir las opiniones consultivas del TEDH emitidas en el marco del Protocolo n.º 16 de las susceptibles de ser emitidas por el propio TEDH con apoyo en otras dos bases habilitantes anteriores al mismo.

La primera es la ya mencionada vía de los actuales arts. 47 a 49 CEDH¹⁰ (en conexión con el art. 31.c), introducidos en su día mediante el Protocolo

¹⁰ En el art. 47 se prevé la legitimación activa y el ámbito material de la consulta: «1. El Tribunal podrá emitir opiniones consultivas, a solicitud del Comité de Ministros, acerca de cuestiones jurídicas relativas a la interpretación del Convenio y de sus Protocolos. 2. Estas opiniones no podrán referirse ni a las cuestiones que guarden relación con el contenido o la extensión de los derechos y libertades enunciados en el Título I del Convenio y de sus Protocolos, ni sobre las demás cuestiones de las que el Tribunal o el Comité de Ministros pudieran conocer de resultados de la presentación de un recurso previsto por el Convenio. 3. La decisión del Comité de Ministros de solicitar una opinión al Tribunal se adoptará por mayoría de los representantes con derecho a intervenir en el Comité». En el art. 48 se faculta al TEDH para decidir sobre su propia competencia para resolver sobre la solicitud que se le formule, mientras que el art. 49 establece que el TEDH debe motivar sus opiniones consultivas, las cuales pueden contener votos particulares.

n.º 2¹¹. Sobre dicha base se han emitido únicamente dos opiniones consultivas, una de fecha 12 de febrero de 2008 y otra de 22 de enero de 2010, ambas sobre algunas cuestiones jurídicas relativas a las listas de candidatos presentadas en vista a la elección de jueces del propio TEDH¹²; por lo demás, una consulta previa relacionada con la coexistencia, en términos generales, del Convenio de derechos humanos y libertades fundamentales de la Comunidad de Estados Independientes (CEI) de 1995¹³ con el propio CEDH, fue rechazada por el TEDH mediante decisión de 2 de junio de 2004¹⁴.

La segunda vía de consulta anterior al Protocolo n.º 16 es la prevista en el art. 29 del Convenio de Oviedo relativo a los derechos humanos y la biomedicina de 1997¹⁵. Con apoyo en dicho cauce, se ha sometido hasta el momento

¹¹ El Protocolo n.º 2 fue abierto a la firma el 6 de mayo de 1963 y entró en vigor el 21 de septiembre de 1970 tras la ratificación por todas las Partes contratantes que lo eran en aquel momento del CEDH, dado que se trató de un protocolo de enmienda que requería dicha unanimidad para su vigencia (a diferencia de lo que sucede con el Protocolo n.º 16).

¹² En la primera opinión consultiva (de 12 de febrero de 2008) se planteó la cuestión de la paridad en la composición del TEDH a raíz del envío de una terna a la Asamblea Parlamentaria por parte del Gobierno de Malta en la que se contenían tres hombres como candidatos a juez a título de dicho país, estimando el TEDH que podía haber excepciones a la necesaria inclusión de los dos sexos en dicha terna en función del procedimiento de selección nacional. En la segunda opinión consultiva (de 22 de enero de 2010), con origen en una controversia en torno a una terna presentada por el Gobierno de Ucrania, se planteó el ámbito de autonomía de los Estados para poder modificar algún nombre –o incluso todos– de la terna enviada a la Asamblea Parlamentaria, dejando el TEDH cierto margen a los Estados y a la propia Asamblea Parlamentaria para determinar el plazo límite para dicha modificación o retirada/sustitución de la lista, recomendando sin embargo no proceder a dichas alteraciones, salvo circunstancias excepcionales, una vez comunicada ya la terna a la Asamblea, en aras de la seguridad jurídica, la transparencia y el propio buen funcionamiento del tribunal.

¹³ El CEI (que llegó a agrupar una docena de antiguas repúblicas soviéticas) se fundó el 8 de diciembre de 1991 en Minsk por dirigentes de Bielorrusia, la Federación Rusia y Ucrania. Por su parte, el Convenio de la CEI sobre derechos humanos y libertades fundamentales fue abierto a la firma el 26 de mayo de 1995 y entró en vigor el 11 de agosto de 1998. En el momento de efectuarse la consulta habían ratificado dicho instrumento Bielorrusia, Kirguistán, la Federación Rusa y Tayikistán, si bien la «Comisión de la CEI» prevista para controlar las obligaciones suscritas no se había instaurado todavía.

¹⁴ El TEDH entendió que no era competente para emitir una opinión sobre la compatibilidad general de ambos instrumentos, además de que la coexistencia de los dos instrumentos sí podría plantearse ante la Corte de Estrasburgo con ocasión de un recurso previsto por el CEDH (lo que también queda excluido de la competencia consultiva del TEDH a tenor del art. 47.2 CEDH).

¹⁵ Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina, hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997 (Instrumento de ratificación de España publicado en el BOE n.º 251, de 20 de octubre de 1999). El artículo 29 (*Interpretación del Convenio*), presenta el siguiente tenor literal:

una única solicitud enviada en fecha 3 de diciembre de 2019 por el Comité de Bioética del Consejo de Europa (previsto en el art. 32 del Convenio de Oviedo), en la que se pedía al TEDH que se pronunciara sobre dos cuestiones relacionadas con los derechos humanos y la dignidad de las personas que sufran un trastorno mental grave ante un internamiento o un tratamiento involuntarios (a la luz del art. 7 del Convenio de Oviedo). El TEDH rechazó dicha consulta mediante decisión de 15 de septiembre de 2021 por estimarse incompetente, tanto para responder acerca de las exigencias mínimas de las «condiciones de protección» que, en virtud del art. 7 del Convenio de Oviedo, deben establecer los Estados en su legislación, como para realizar genéricas «aclaraciones» respecto de dicha materia que se desprenderían de la jurisprudencia del TEDH, al tratarse de un terreno dinámico en donde el juego de las obligaciones positivas es susceptible de activar la competencia contenciosa de la propia Corte Europea.

3.2. La incipiente praxis tras la vigencia del Protocolo n.º 16

Pasando ya a la competencia consultiva establecida en el Protocolo n.º 16, cabe avanzar que el TEDH ha emitido tres opiniones consultivas, estando pendientes de pronunciamiento otras dos que han sido admitidas o aceptadas y habiendo rechazado una.

Empezando por lo último, el TEDH adoptó la decisión de fecha 14 de diciembre de 2020 mediante la que no aceptó la petición formulada por el Tribunal Supremo de la República Eslovaca referente a la independencia del mecanismo vigente en dicho país para el examen de denuncias contra la policía¹⁶, tras entender que no procedía clarificar aspectos que el propio órgano judicial nacional estaba en condiciones de apreciar en el caso concreto de conformidad con el CEDH.

Por lo que se refiere a las dos consultas pendientes: en la primera, formulada en fecha 11 de marzo de 2021 por la Corte de Casación de Armenia y admitida mediante decisión del TEDH de 10 de mayo de 2021, el órgano

«El Tribunal Europeo de Derechos Humanos podrá emitir dictámenes consultivos, con independencia de todo litigio concreto que se desarrolle ante un órgano jurisdiccional, sobre cuestiones jurídicas relativas a la interpretación del presente Convenio, a solicitud de:

- El Gobierno de una de las Partes, una vez informadas las demás Partes.
- El Comité instituido por el artículo 32, en su composición restringida a los representantes de las Partes en el presente Convenio, mediante decisión adoptada por mayoría de dos tercios de los votos emitidos».

¹⁶ La petición se había formulado por la Corte Suprema eslovaca en el marco de un procedimiento penal que las autoridades internas habían iniciado contra un policía acusado de haber agredido físicamente a una mujer, planteándose los hechos a la luz de la garantía de los arts. 2, 3 y 6 CEDH.

remitente pregunta acerca de la compatibilidad con el art. 7 CEDH de la no aplicación de los plazos de prescripción de la responsabilidad penal en casos de tortura o delitos equivalentes previstos en fuentes del Derecho internacional, aunque el Derecho interno no exija renunciar a los plazos de prescripción en estos casos¹⁷; en la segunda, registrada en fecha 19 de abril de 2021 por el Consejo de Estado francés y aceptada por el TEDH mediante decisión de 13 de mayo de 2021, cuestiona la jurisdicción suprema administrativa remitente la compatibilidad con el CEDH (concretamente, con el derecho de propiedad del art. 1 del Protocolo n.º 1 en conexión con la no discriminación del art. 14 CEDH) de una disposición legislativa nacional que impide a comunidades de propietarios excluir sus terrenos del territorio afectado por la gestión de una asociación comunal o municipal de cazadores autorizada (*Association communale de chasse agréée –ACCA–*), a la que además quedan afiliados de manera obligatoria¹⁸.

Adentrémonos ahora en las tres opiniones consultivas ya emitidas. La primera se dictó por el TEDH en fecha 10 de abril de 2019 sobre la maternidad subrogada, una temática de indudable interés sobre la que además no existe un consenso común europeo. La petición la formuló la Corte de Casación francesa el 12 de octubre de 2018 en el marco de procesos civiles relacionados con el reconocimiento en Francia de la filiación legalmente establecida en otros países en donde es lícita la maternidad subrogada. En concreto, tras la importante STEDH *Menesson c. Francia* de 26 de junio de 2014¹⁹, el

¹⁷ La opinión consultiva solicitada por la Corte de Casación armenia se refiere a la ejecución de la previa STEDH *Virabyan c. Armenia* de 2 de octubre de 2012 en donde los malos tratos infligidos al demandante mientras estaba bajo custodia policial durante su detención habían sido calificados por la Corte de Estrasburgo como tortura sobre la base del art. 3 CEDH. A raíz de la sentencia europea, se instruyeron, en 2016, procedimientos penales contra los dos agentes de policía implicados en los hechos, procedimientos que se archivaron diez meses más tarde por causa de prescripción según la legislación nacional. Sin embargo, la fiscalía decidió reabrir el asunto a finales de 2017 tras considerar que no era aceptable cerrar el caso según el Derecho internacional.

¹⁸ Las asociaciones comunales de caza autorizadas –creadas por la ley del 10 de julio de 1964– pretenden promover la gestión racional de la caza y del patrimonio cinegético, y, en particular fomentar la práctica de la caza en una zona bastante amplia. Los propietarios de los terrenos están obligados a afiliarse a la ACCA creada en su municipio y a aportar sus tierras para facilitar la creación de un territorio de caza comunal. A tenor del artículo L 420-10 del Código de Medio Ambiente, solamente pueden evitar la aportación de sus terrenos y la afiliación a una ACCA aquellos propietarios que invoquen motivos y convicciones personales contrarias a la caza en el momento de la creación de la ACCA –y no a posteriori–. La *Fédération Forestiers privés de France* (Fransylva), recurrente ante el *Conseil d'État*, alega discriminación al respecto.

¹⁹ Dicho asunto traía su origen de la negativa de las autoridades francesas a reconocer al matrimonio *Menesson* («padres de intención») la filiación legalmente establecida en

Consejo de Estado indicaba que su jurisprudencia había evolucionado en el sentido de reconocer al padre de intención como tal, en la medida en que sea el padre biológico, en la transcripción del acta de nacimiento del niño nacido por gestación subrogada; sin embargo, la transcripción no se extiende en Francia como «madre legal» en el caso de la madre de intención. Aunque se trate de un caso suscitado en Francia, el TEDH venía a sostener que los Estados no están obligados a inscribir los datos del certificado de nacimiento de un niño nacido por gestación subrogada en el extranjero para establecer la relación jurídica de filiación con la madre intencional, ya que la adopción puede ser un medio para reconocer dicha relación²⁰. Por consiguiente, como se verá en el siguiente epígrafe, esa opinión consultiva es susceptible de tener impacto y relevancia constitucionales en los demás Estados parte en el CEDH, incluso en aquellos que, como España, no hayan aceptado todavía el Protocolo n.º 16.

La segunda opinión consultiva fue adoptada por el TEDH el 29 de mayo de 2020, en respuesta a una petición formulada en fecha 2 de agosto de 2019

Estados Unidos de dos niños nacidos en California mediante gestación por subrogación o sustitución. En su sentencia, el TEDH había concluido que no había violación del derecho a la vida familiar (art. 8 CEDH) de los demandantes (la señora y el señor Mennesson), pero sí del derecho al respeto de la vida privada (mismo art. 8 CEDH) de los niños. Sobre esta primera opinión consultiva, ha comentado GÓMEZ FERNÁNDEZ, I.: «Parte I: Los asuntos Mennesson y Kocharyan: las primeras decisiones consultivas del TEDH», en *Simpósio «El Protocolo núm. 16 al CEDH»*, 6 de abril de 2021, *IberICONnect. El blog de la Revista Internacional de Derecho Constitucional*, <https://www.ibericonnect.blog/2021/04/simpósio-el-protocolo-num-16-al-cedh-parte-i-los-asuntos-menesson-y-kocharyan-las-primeras-decisiones-consultivas-del-tedh/>: «Es un supuesto sumamente atípico, y seguramente no previsto a la hora de desarrollar el modelo, pero que pone de manifiesto una muy singular utilidad de este y una clara voluntad de cumplimiento del convenio por parte de la Corte requirente».

²⁰ La concreta conclusión de la opinión consultiva dice así: «En una situación en la que, como en la hipótesis formulada en las preguntas de la Corte de Casación, un niño nace en el extranjero por gestación subrogada y fue concebido usando los gametos del padre de intención y de una tercera donante, y cuando la relación jurídica paterno-filial entre el niño y el padre de intención ha sido reconocida en el Derecho interno:

1. El derecho al respeto de la vida privada del niño, en el sentido del artículo 8 del Convenio, exige que el Derecho interno prevea una posibilidad de reconocer una relación jurídica paterno-filial entre dicho niño y la madre de intención, designada en el certificado de nacimiento legalmente establecido en el extranjero como “madre legal”;

2. El derecho al respeto de la vida privada del niño, en el sentido del artículo 8 del Convenio, no exige que este reconocimiento se efectúe mediante la transcripción en los registros del estado civil de la partida de nacimiento legalmente establecida en el extranjero; puede efectuarse por otro medio, como la adopción del niño por la madre intencional, a condición de que el procedimiento previsto por el Derecho interno garantice que ello va a cumplirse con eficacia y celeridad, de acuerdo con el interés superior del niño».

por el Tribunal Constitucional de Armenia. El asunto tenía que ver con la interpretación del art. 300.1 del Código Penal armenio de 2009 –que tipificaba como delito el derrocamiento o la subversión del orden constitucional– y su aplicación a la luz del art. 7 CEDH (*no hay pena sin ley*), en el marco de un proceso instruido en julio de 2018 contra Robert Kocharyan por hechos acaecidos bajo su mandato como presidente de Armenia (de 1998 a 2008)²¹. En mayo de 2019, el Tribunal de Primera Instancia de Ereván decidió suspender el proceso y pidió al Tribunal Constitucional que se pronunciara sobre la constitucionalidad del citado art. 300.1 del Código Penal, particularmente sobre si dicha disposición satisfacía la exigencia de seguridad jurídica, a la luz del principio de irretroactividad de la ley penal, y si agravaba la situación jurídica del interesado en comparación con el art. 300 (usurpación de funciones) del Código Penal que estaba en vigor en el momento de los hechos denunciados. El Sr. Kocharyan presentó dos recursos ante el Tribunal Constitucional para que se pronunciara sobre cuestiones similares. El TEDH concluye en su opinión, recordando su jurisprudencia previa elaborada con motivo de la resolución de recursos individuales, que el art. 7 CEDH prohíbe de manera absoluta la aplicación retroactiva del Derecho penal desfavorable o en perjuicio de la persona afectada, mientras que correlativamente ha establecido el principio de aplicación retroactiva de la ley penal más favorable. Para el TEDH, ello tiene que verificarse por las jurisdicciones nacionales ponderando las circunstancias particulares del caso de autos (*principio de concreción*) y, si la ley posterior fuera más severa, no podría aplicarse²². En cualquier caso, comentando esta opinión consultiva, se ha indicado que «el asunto Kocharyan pone el acento en la virtualidad del mecanismo para reforzar la posición de los tribunales nacionales interesados, o para desplazar la

²¹ Concretamente, en el escenario de manifestaciones organizadas a principios de marzo de 2008 y que fueron dispersadas por la policía y con intervención de las fuerzas armadas (ello acompañado de la declaración del estado de urgencia por parte del expresidente Kocharyan durante veinte días) saldándose con una decena de personas fallecidas y numerosas heridas.

²² En tal sentido, el TEDH dictamina que no puede responderse *in abstracto* a la cuestión referente a si la aplicación del art. 30 del Código Penal de 2009 en el procedimiento sustanciado frente al Sr. Kocharyan atentaría contra el principio de irretroactividad consagrado en el art. 7 CEDH, dado que dicha disposición convencional exige una apreciación *in concreto* a la luz de las circunstancias particulares del asunto. De tal manera que corresponde a las jurisdicciones internas competentes, a la vista de las acciones u omisiones atribuidas al acusado y a las otras circunstancias que rodeen el caso de autos, proceder a la comparación de los efectos jurídicos que tendría la aplicación de una u otra de las disposiciones en cuestión para, en última instancia, aplicar o no la nueva disposición en función de si tuviera o no consecuencias punitivas menos o más graves para el acusado.

responsabilidad sobre una determinada decisión con una fuerte carga política lejos de las propias fronteras»²³.

La tercera y más reciente opinión consultiva ha sido dictada por el TEDH el 8 de abril de 2022, respondiendo a una petición presentada en fecha 17 de septiembre de 2020 por el Tribunal Administrativo Supremo de Lituania en el marco de un asunto concerniente a la aplicación en un caso pendiente ante ella de la legislación relativa al *impeachment* y su compatibilidad con el art. 3 del Protocolo n.º 1 al CEDH. Se trataba, en efecto, de un procedimiento iniciado ante dicha jurisdicción suprema lituana por una diputada del Parlamento lituano (*Seimas*), la Sra. N. V., que había sido destituida en 2014 y deseaba presentarse como candidata a las elecciones legislativas de octubre de 2020; sin embargo, la Comisión Electoral Central (CEC) de Lituania había rechazado el registro de su candidatura basándose en el *impeachment* que había conducido a la revocación de su mandato. En su apoyo, la Sra. N. V. trajo a colación la previa STEDH *Paksas c. Lituania* de 6 de enero de 2011, en donde la Corte de Estrasburgo había declarado que la prohibición definitiva e irreversible impuesta a un expresidente lituano de poder ser miembro del *Seimas* tras un procedimiento de *impeachment* era desproporcionado y contrario al citado art. 3 del Protocolo n.º 1. El caso es que la ejecución de esa Sentencia *Paksas* de 2011, como observa el propio TEDH en la opinión consultiva (párr. 41 a 47) tomando nota de la supervisión realizada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, todavía no se ha hecho efectiva por parte de Lituania al estar involucradas diversos preceptos constitucionales.

Curiosamente, tanto el Gobierno de Lituania como el Comité de Ministros habían expresado la intención de esperar al pronunciamiento de la opinión consultiva por parte del TEDH, que asume el encargo aclarando no obstante que el Protocolo n.º 16 «no ha sido concebido como un instrumento destinado a ser utilizado en el contexto de la ejecución de una sentencia» (párr. 63). En estas condiciones, apreciando que las cuestiones relacionadas con el *impeachment* están claramente conectadas con lo declarado en la STEDH *Paksas* de 2011, el propio Tribunal Europeo dice no tomar en consideración la situación individual relativa a la Sra. N. V. (con asuntos penales todavía abiertos en Lituania y pendientes de resolución judicial definitiva). En estas condiciones, lo que dictamina el TEDH es, teniendo presente la disconformidad con el art. 3 del Protocolo n.º 1 de una prohibición definitiva e irreversible para ejercer el derecho de sufragio pasivo en el sentido de su precedente Sentencia *Paksas*, establecer unos criterios de limitación derivados del procedimiento de *impeachment* que la legislación nacional deberá tener

²³ GÓMEZ FERNÁNDEZ, I.: «Parte I: Los asuntos Mennesson y Kocharyan: las primeras decisiones consultivas del TEDH», ya cit.

en cuenta en términos de objetividad y transparencia con respecto a los elementos considerados para la destitución y a las funciones públicas que la persona destituida pretende ejercer en el futuro, además de las exigencias del buen funcionamiento de la institución en la que dichas funciones serán desempeñadas. En otras palabras, el TEDH reconoce la complejidad del diseño del sistema electoral y parlamentario (y, más ampliamente, constitucional) de cada país miembro del Consejo de Europa, haciendo un guiño al margen de apreciación nacional y, al tiempo, señalando unos mínimos estándares comunes derivados del art. 3 del Protocolo n.º 1 al CEDH²⁴.

II. VIRTUALIDAD Y EFECTIVIDAD DEL PROTOCOLO N.º 16 EN ESPAÑA

1. *La incomprensible posición reticente de España ante el Protocolo n.º 16*

No resulta fácil entender la negativa de España a asumir el Protocolo n.º 16, no solamente por la posición abierta al CEDH de la que han hecho gala nuestras jurisdicciones superiores, tanto el Tribunal Supremo (TS)²⁵ como el Tribunal Constitucional (TC)²⁶. Todavía causa mayor extrañeza si se repara en el hecho de que, a diferencia del lógico carácter vinculante de las sentencias dictadas por el TJUE en el marco de las cuestiones prejudiciales, las opiniones consultivas no tienen dicha naturaleza según el propio Protocolo n.º 16 (art. 5).

No obstante, como advirtió el entonces Presidente del TEDH Dean Spielmann en un seminario celebrado en el TC español en mayo de 2015, la

²⁴ La conclusión del TEDH está redactada en los siguientes términos: «Los criterios pertinentes para decidir si la inhabilitación para el ejercicio de un cargo parlamentario en el marco de un procedimiento de *impeachment* ha excedido o no lo que es proporcionado en virtud del artículo 3 del Protocolo n.º 1 deben ser de naturaleza objetiva y propiciar que se tengan en cuenta de forma transparente las circunstancias pertinentes relativas no sólo a los hechos que condujeron a la destitución de la persona en cuestión, sino también, y ante todo, a las funciones que ella pretende ejercer en el futuro. Por lo tanto, deben definirse principalmente en función de las exigencias del buen funcionamiento de la institución de la que dicha persona pretende formar parte y, en realidad, del sistema constitucional y de la democracia en su conjunto en el Estado en cuestión».

²⁵ La ilustración seguramente más llamativa la ofrece el Acuerdo de fecha 21 de octubre de 2014 del Pleno No Jurisdiccional de la Sala de lo Penal del TS de aplicar el recurso de revisión del art. 954 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal hasta que España dotará de cobertura legal expresa a la plena eficacia interna de las sentencias de condena del TEDH. Esa previsión legal llegó de la mano del nuevo art. 5 bis) de la LOPJ (extendiendo así esa revisión a cada orden jurisdiccional) introducido mediante la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio.

²⁶ El TC se ha mostrado abierto a la cuestión prejudicial desde el Auto 86/2011, de 9 de junio, que dio lugar a la STJUE de 26 de febrero de 2013, *Melloni*, C-399/11.

opinión consultiva tendrá por efecto «aportar clarificación a los tribunales nacionales» y, aunque formalmente no les vincule, cuando «opten por resolver de conformidad con dicha opinión, su autoridad se verá reforzada, para mayor beneficio de todos», de manera que «los asuntos podrán ser así resueltos a nivel nacional, en vez de ser sometidos a nuestro Tribunal, *pese a que dicha posibilidad quedará abierta a las partes tras la decisión interna definitiva*»²⁷. Cabe poner el énfasis en este último inciso, pues lo que estaba sugiriendo de modo cortés Spielmann era que, si no se acata la opinión consultiva, podría acabar en todo caso teniendo fuerza vinculante a través del recurso individual que eventualmente se le presentara tras agotar la vía judicial nacional (precisamente en el marco del litigio que generó la consulta), pues lógicamente el TEDH reproduciría el sentido de la opinión consultiva en la sentencia que dictara.

Como se verá seguidamente, los argumentos que se aducen en España para no aceptar el Protocolo n.º 16 carecen de consistencia.

De entrada, en sede judicial no parecería razonable que, siendo lo previsible que las jurisdicciones nacionales españolas a efectos del Protocolo n.º 16 vayan a ser el TS y el TC, se susciten recelos en el segundo por una posible estrategia de «punteo» del primero ante el TEDH pues se trataría de algo similar al planteamiento por el TS de una cuestión prejudicial ante el TJUE en el que estuvieran implicados derechos fundamentales susceptibles de ser abordados luego en vía de amparo constitucional.

Algunos otros argumentos han sido debatidos en sede parlamentaria, tanto en el Congreso como en el Senado, a partir de preguntas formuladas al Gobierno sobre la negativa a impulsar esa ratificación del Protocolo n.º 16: en este caso los pretextos gubernamentales se han basado en supuestas razones técnicas de nuestro sistema judicial, la suficiencia de nuestro TC (y nuestras demás instancias judiciales) para garantizar solventemente la efectividad de los derechos y libertades al incorporar «de inmediato» la jurisprudencia del TEDH, o la «conveniencia» de esperar a ver cómo se articula la adhesión de la UE al CEDH tras el Dictamen 2/13 del TJUE²⁸.

²⁷ Véase «Discours du Président Dean Spielmann», *Séminaire Tribunal constitutionnel*, Madrid, 22 de mayo de 2015: http://www.echr.coe.int/Documents/Speech_20150522_OV_Spielmann_Tribunal_constitutionnel_Madrid_FRA.pdf (p. 7).

²⁸ Dichos argumentos han sido breves, pero clara y convincentemente, rebatidos por CANCIO FERNÁNDEZ, R. C.: «España y su enigmática desafección con el Protocolo n.º 16 CEDH», *Revista de Prensa*, 22 enero 2022: <https://www.almendron.com/tribuna/espana-y-su-enigmatica-desafeccion-con-el-protocolo-no-16-cedh/>, para quien «resulta inexplicable la recalcitrante postura de España frente a la opción de su ratificación», añadiendo que «la magra argumentación del Gobierno para justificar la no adhesión –ni siquiera– al Protocolo, resulta de todo punto inaceptable». En contrapartida, introduce como argumentos a favor: «Fortalecer el vínculo entre el TEDH y los Altos Tribunales de

En el mismo sentido, se ha recordado que el Protocolo n.º 16 «trataba de prevenir la llegada de demandas ante el sistema regional europeo (no de restringir su admisión), instando para ello a los tribunales domésticos a reforzar su papel de jueces de la convencionalidad. Aunque solo fuera (al menos aparentemente) por la vía más *soft* de la interpretación conforme»; por ello, se critica con razón que «difícilmente podía así esperarse que países que, como España, se encuentran a la cola de los más “condenados” por el TEDH, mostrarán tales recelos frente a la opción de su ratificación»²⁹.

Desde luego, el argumento de mayor peso a favor de la aceptación del Protocolo n.º 16 es intentar evitar una «guerra de Cortes» que siembre «discordia»³⁰ entre las cortes superiores españolas (TS y TC) y la corte europea. Ello se hace más patente en terrenos espinosos o polémicos. Piénsese en la sentencia dictada por la Corte de Estrasburgo en el caso de la «doctrina Parot» (STEDH *Del Río Prada c. España* de 21 de octubre de 2013). De haber estado vigente el Protocolo n.º 16 para España en un supuesto de este calibre, posiblemente lo más acertado habría sido que el TS o el TC plantearan la consulta previamente al TEDH, para evitar que el pronunciamiento europeo contradiga los pronunciamientos concordantes de los dos más altos tribunales españoles.

Ciertamente, siempre que ha habido agotamiento de la vía judicial previa (normalmente ante el TC español, por la esencial coincidencia entre los derechos susceptibles de amparo y los sometidos a la jurisdicción del TEDH) y la Corte de Estrasburgo ha concluido que se ha producido una violación del CEDH, podría entenderse que se ha rectificado a la jurisdicción constitucional española. Sin embargo, en la mayoría de los casos habrá una implicación concreta para la parte demandante (o para las demás partes procesales que intervinieron en las instancias domésticas cuando la demanda individual tenga su origen en conflictos entre particulares), siendo más excepcionales las ocasiones en las que se opere, adicionalmente, un control en abstracto de normativa nacional.

los Estados, fomentando el diálogo entre órganos judiciales; reducir la tasa de asuntos; reforzar el principio de subsidiariedad o aumentar la agilidad el proceso, son argumentos de apreciable peso que hacen aún más indiscifrable la desafección española (y de otros veinte Estados) con este valioso instrumento diseñado para coadyuvar a la armonización de los estándares europeos de protección y el aseguramiento de los derechos y las libertades en el conjunto del continente».

²⁹ MONTESINOS PADILLA, C.: «Parte II: ¿Por qué no ratifica España el Protocolo 16», en Simposio «El Protocolo núm. 16 al CEDH», 7 de abril de 2021, *IberICONnect. El blog de la Revista Internacional de Derecho Constitucional*, <https://www.ibericonnect.blog/2021/04/simposio-el-protocolo-num-16-al-cedh-parte-ii-por-que-no-ratifica-espana-el-protocolo-16/>

³⁰ SERRA CRISTÓBAL, R.: *La guerra de las Cortes. La revisión de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a través del recurso de amparo*, Madrid, Tecnos, 1999, p. 181.

Lo que sucede es que, en el caso mencionado de la «doctrina Parot», la cuestión era altamente sensible por verse involucrados no solamente derechos y garantías procedimentales de la parte recurrente sino, asimismo y sobre todo, los derechos de las víctimas del terrorismo; tales derechos, afortunadamente, han encontrado también el amparo del TEDH en casos en los que las garantías procesales no se dirigían a atender a los verdugos, sino justamente a las personas agraviadas por la barbarie terrorista (STEDH *Romeo Castaño y otros c. Bélgica* de 9 de julio de 2019). En cambio, otros pronunciamientos del TEDH con impacto en la legislación nacional han sido percibidos en clave positiva, al mejorar técnica y procesalmente nuestras previsiones normativas, como sucedió con la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia las escuchas telefónicas (STEDH *Valenzuela Contreras c. España* de 30 de julio de 1998).

Por otra parte, esa «guerra de Cortes» ha tenido episodios similares en el seno del sistema interamericano de derechos humanos. Como ejemplo, puede traerse a colación la Sentencia de la Corte IDH de 8 de julio de 2020, dictada en el caso *Petro Urrego vs. Colombia*, en donde la Corte de San José de Costa Rica declaró diversas violaciones de la Convención Americana de Derechos Humanos por destitución de carácter administrativo –en vez de penal– lo que constituyó una sanción desproporcionada de quien era alcalde de Bogotá; por el contrario, la Sentencia n.º C-101/18 de la Corte Constitucional de Colombia de 24 de octubre de 2018 había avalado la constitucionalidad de dicha inhabilitación y la normativa nacional que le daba soporte. Por ello, parece razonable prever que el Protocolo n.º 16 puede servir de inspiración para una reforma análoga de la Convención Americana de Derechos Humanos³¹.

En suma, la no asunción por parte de España del Protocolo n.º 16 implica no someterse a una jurisdicción consultiva del TEDH que sí ha sido aceptada por otros países cuyas jurisdicciones supremas pueden plantear cuestiones cuya resolución va a afectar en cualquier caso a España, por mor de ese *ius commune* que proyecta el CEDH. Esta postura resulta todavía más incomprensible si comparamos la consulta prevista en el Protocolo n.º 16 con la cuestión prejudicial: o sea, la no aceptación de la jurisdicción consultiva del TEDH sería equiparable, análogamente, a una especie de inadmisibile reserva al art. 267 TJUE por medio de la cual un país miembro de la UE excluiría la competencia del Tribunal de Luxemburgo para resolver cuestiones prejudiciales planteadas por sus jurisdicciones nacionales.

³¹ Esa sugerencia de «interamericanizar» el Protocolo n.º 16 puede verse en JIMENA QUESADA, L.: «Control de convencionalidad y contralímites», *Revista Plural. Universidad Nacional de Mar del Plata*, n.º 2, 2021, p. 15.

2. *El potencial impacto indirecto del Protocolo n.º 16 en España*

Como se decía, las opiniones consultivas que se emitan con respecto a otros países en el marco del procedimiento consultivo previsto en el Protocolo n.º 16 serán extensibles a España, por la más que probable dimensión objetiva de la problemática planteada ante el TEDH. En relación con ese potencial impacto indirecto, España tendrá incluso la desventaja de no poder participar en el procedimiento en el que se sustancie cada opinión consultiva, puesto que de conformidad con el art. 3 del Protocolo n.º 16 solamente tienen derecho a presentar observaciones escritas y participar en las audiencias el Comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa y la Alta Parte Contratante cuya jurisdicción haya sometido la consulta, además de otras Partes Contratantes del propio Protocolo n.º 16 por invitación del Presidente del TEDH en aras de la buena administración de justicia. En otros términos, España, mientras no suscriba el Protocolo n.º 16, tendrá que soportar indirectamente las consecuencias que se deriven de la opinión consultiva pero sin estar habilitada para participar, ni por escrito ni en forma oral, en el procedimiento.

Por supuesto, se suscitarán consultas cuya problemática litigiosa esté más ligada a la cultura del país y, por ello mismo, tal vez más expuesta al margen de apreciación nacional; pero, aun así, seguramente la solución alcanzada por el TEDH se revele trasladable a buena parte de los demás países miembros del Consejo de Europa.

Es lo que ha sucedido, por ejemplo, en el caso de la reseñada primera opinión consultiva emitida el 10 de abril de 2019 sobre la base del Protocolo n.º 16 a propósito de aspectos relacionados con la maternidad subrogada. En Italia se tuvo en cuenta casi inmediatamente esa opinión consultiva n.º 1 dictada con relación a Francia el 1 de abril de 2019, considerándola la Corte de Casación italiana en su Sentencia n.º 12193 de 8 de mayo de 2019 como argumento decisorio³², así como la Corte Constitucional italiana en su Sentencia n.º 33 de 10 de marzo de 2021³³. Lo mismo ha sucedido en España, como ha demostrado la reciente STS (Sala de lo Civil, Pleno) n.º 277/2022 de 31 de marzo de 2022³⁴, que resuelve un supuesto similar al suscitado ante

³² *Cass. Sez. Un.*, 8 maggio 2019, n. 12193. De todas formas, esa confluencia de estándares judiciales con el criterio europeo determinado por la Corte de Estrasburgo no resuelve todos los problemas, puesto que pueden surgir situaciones más complejas necesitadas de solución, por ejemplo como consecuencia de la transmisión del patrimonio genético por varias personas, como ha manifestado BARUFFI, M.C.: «Gli effetti della maternità surrogata al vaglio della Corte di Cassazione italiana e di altre corti», *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, n.º 2, 2020, p. 290.

³³ *Corte cost.* 10 marzo 2021 n. 33.

³⁴ Recurso de casación n.º 277/2022. Id Cendoj: 28079119912022100001 [Roj: STS 1153/2022 - ECLI:ES:TS:2022:1153].

la Corte de Casación francesa y, en consecuencia, asume en la *ratio decidendi* la opinión consultiva del TEDH, que lógicamente cita de manera explícita, así como la jurisprudencia previa del TEDH en los casos contenciosos en la materia³⁵.

Desde esta óptica, el TEDH emitirá opiniones consultivas con apoyo en el Protocolo n.º 16 que podrán ser exponente de un consenso común europeo y, por consiguiente, se aplicarán indirectamente a España. Algo similar, como se decía, a lo que sucede con las sentencias prejudiciales dictadas por el Tribunal de Justicia de Luxemburgo con relación a otros países miembros de la UE, cuya interpretación de la normativa comunitaria europea resultará frecuentemente trasladable a España.

³⁵ Concretamente, tras reafirmar en el Fundamento de Derecho tercero que «la gestación por sustitución comercial vulnera gravemente los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y en los convenios internacionales sobre derechos humanos», el Fundamento de Derecho cuarto enfoca la controversia desde «la protección del interés superior del menor nacido por gestación por sustitución» y, recordando su previa STS (Sala de lo Civil, Pleno) n.º 835/2013 de 6 de febrero de 2014 en la que asumió la jurisprudencia contenciosa del TEDH (con cita de la Sentencia *Paradiso y Campanelli c. Italia* de 24 de enero de 2017), argumenta: «9. - En nuestro ordenamiento jurídico, el reconocimiento de esa relación puede realizarse, respecto del padre biológico, mediante el ejercicio de la acción de reclamación de paternidad, conforme prevé el art. 10.3 LTRHA [Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida]. 10. - Cuando quien solicita el reconocimiento de la relación de filiación es la madre comitente, la vía por la que debe obtenerse la determinación de la filiación es la de la adopción. El Dictamen del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 10 de abril de 2019 acepta como uno de los mecanismos para satisfacer el interés superior del menor en estos casos «la adopción por parte de la madre comitente [...] en la medida en que el procedimiento establecido por la legislación nacional garantice que puedan aplicarse con prontitud y eficacia, de conformidad con el interés superior del niño. (...) 14. - Esta solución satisface el interés superior del menor, valorado *in concreto*, como exige el citado Dictamen del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pero a la vez intenta salvaguardar los derechos fundamentales que el citado tribunal también ha considerado dignos de protección, como son los derechos de las madres gestantes y de los niños en general (sentencias de 24 de enero de 2017, Gran Sala, caso *Paradiso y Campanelli*, apartados 197, 202 y 203, y de 18 de mayo de 2021, caso *Valdís Fjölfnisdóttir y otros contra Islandia*, apartado 65), que resultarían gravemente lesionados si se potenciará la práctica de la gestación subrogada comercial porque se facilitará la actuación de las agencias de intermediación en la gestación por sustitución, en caso de que estas pudieran asegurar a sus potenciales clientes el reconocimiento casi automático en España de la filiación resultante del contrato de gestación subrogada, pese a la vulneración de los derechos de las madres gestantes y de los propios niños, tratados como simples mercancías y sin siquiera comprobarse la idoneidad de los comitentes para ser reconocidos como titulares de la patria potestad del menor nacido de este tipo de gestaciones».

III. EFECTIVIDAD DEL PROTOCOLO N.º 16 EN EL SENO DE LA UNIÓN EUROPEA Y SU PROYECCIÓN EN ESPAÑA

1. *La necesaria articulación entre el TEDH y el TJUE*

Como es sabido, los contenciosos paralelos en el Tribunal de Estrasburgo y en el Tribunal de Luxemburgo se vienen produciendo desde hace décadas³⁶. Por tal motivo, los recelos que puedan aflorar entre ambas jurisdicciones europeas han pretendido suavizarse a través de un fluido diálogo judicial en el que ambas se enriquecen mutuamente con citas jurisprudenciales cruzadas. Ahora bien, ello no impide que se produzcan ocasionalmente interferencias y divergencias³⁷ y, por consiguiente, se trata de un proceso de interacción que debe desarrollarse aún más en profundidad³⁸.

Teniendo ello presente, también desde hace décadas se ha pretendido articular una base institucional con el objetivo de evitar divergencias entre el TEDH y el TJUE, básicamente a través de la adhesión de la UE al CEDH. En cuanto a los primeros intentos, en una época en la que todavía no se había producido la apertura de la UE a la parte central y oriental del continente (y, por tanto, la composición «occidentalizada» del Tribunal de Justicia comunitario contrastaba con la integración más amplia y plural del TEDH), la adhesión quedó frustrada tras el Dictamen 2/94 del Tribunal de Luxemburgo de 28 de marzo de 1996 en una especie de reivindicación de su propia autonomía que parece persistir³⁹. Casi dos décadas más tarde, el nuevo Dictamen

³⁶ Siendo abundante la literatura, en español y en otros idiomas, sobre esos contenciosos paralelos en Luxemburgo y en Estrasburgo, bastará con remitirse a un trabajo en el que se resumen las diversas facetas problemáticas de la relación entre la UE y el CEDH: Díez-PICAZO GIMÉNEZ, L. M.: «La relación entre la Unión Europea y el Convenio Europeo de Derechos Humanos», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 15, 2004, pp. 159-170: la primera es la utilización del CEDH por parte del Tribunal de Justicia a fin de dotar de protección a los derechos fundamentales en el Derecho comunitario (sobre todo, naturalmente, con anterioridad a la vigencia de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE); la segunda se refiere a la adhesión de la UE al CEDH, y la tercera tiene que ver con los casos en que el TEDH ha sido llamado a enjuiciar, de manera directa o indirecta, la conformidad al CEDH de actos de la UE.

³⁷ SANZ CABALLERO, S.: «Interferencias entre el Derecho Comunitario y el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Luxemburgo versus Estrasburgo», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2004, vol. 17, pp. 117-160.

³⁸ LÓPEZ GUERRA, L.: «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Justicia de la UE y “le mouvement nécessaire des choses”», *Teoría y realidad constitucional*, n.º 39, 2017, p. 178.

³⁹ Lo comentó entonces FERNÁNDEZ SOLA, N.: «La adhesión de la Comunidad Europea al Convenio Europeo de Salvaguarda de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Comentario al Dictamen 2/94 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», *Noticias de la Unión Europea*, n.º 144, 1997, pp. 41-58; y más reciente-

2/13 del TJUE de 18 de diciembre de 2014 tampoco despejó el camino a una adhesión al CEDH ahora ya mandada por el Tratado de Lisboa en el art. 6 TUE (y contemplada asimismo en el art. 17 del Protocolo n.º 14 al CEDH –actual art. 59–) pero todavía sin ponerse en práctica ante las desavenencias entre la UE y el Consejo de Europa en torno a las modalidades de dicha adhesión que deben contemplarse en el Acuerdo correspondiente.

De hecho, en cuanto al obstáculo de la articulación de las competencias respectivas del TJUE y del TEDH, el citado Dictamen 2/13 revela los recelos del Tribunal de Luxemburgo de ver afectada su autonomía, como explícitamente reconoce en los apartados 196 a 199: «puesto que el CEDH formaría parte integrante del Derecho de la Unión, el mecanismo instaurado por dicho Protocolo podría, especialmente tratándose de derechos garantizados por la Carta que se correspondiesen con los reconocidos por el CEDH, afectar a la autonomía y la eficacia del procedimiento de remisión prejudicial establecido en el artículo 267 TFUE. No puede excluirse, en particular que una solicitud de opinión consultiva formulada en virtud del Protocolo n.º 16 por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que se haya adherido a dicho Protocolo pueda desencadenar el procedimiento de intervención previa del Tribunal de Justicia, creando así un riesgo de que se soslaye el procedimiento de remisión prejudicial establecido en el artículo 267 TFUE, que, como se ha recordado en el apartado 176 del presente dictamen, constituye la piedra angular del sistema jurisdiccional instaurado por los Tratados. Ahora bien, al no establecer nada en cuanto a la articulación entre el mecanismo creado por el Protocolo n.º 16 y el procedimiento de remisión prejudicial del artículo 267 TFUE, el acuerdo previsto puede afectar a la autonomía y la eficacia de este último procedimiento».

Semejante reticencia interpretativa es fácilmente objetable, cuando menos por dos motivos: por un lado, la postura del TJUE es a todas luces incongruente con la misma remisión que el Derecho primario de la UE (señaladamente, la Carta de los Derechos Fundamentales) hace al CEDH⁴⁰; y, por otro

mente GORDILLO PÉREZ, L.: «El TJUE y el Derecho Internacional: la defensa de su propia autonomía como principio constitucional básico», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9, n.º 2, pp. 330-354.

⁴⁰ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J.: «El TJUE pierde el rumbo en el Dictamen 2/13: ¿Merece todavía la pena la adhesión de la UE al CEDH?», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 42, 2015, pp. 843-844: «Cuenta con toda la lógica que corresponda al TEDH marcar la interpretación correcta de los derechos recogidos en el CEDH y que su criterio rija para todas las partes del mismo, incluida en su momento la Unión. Sin embargo, el Tribunal de Justicia realiza, en torno a una concepción extremadamente estricta de la autonomía del ordenamiento de la Unión, una interpretación estándar de los derechos humanos, del principio de confianza mutua, del Protocolo 16 e incluso de la relación entre los arts. 53 de la Carta y del CEDH que dificulta notablemente la tarea de

lado, la argumentación del TJUE es «en sumo grado endeble» y, «además, en exceso confusa y técnicamente imperfecta»⁴¹, máxime si se repara en que «un problema similar existe en relación con las cuestiones incidentales de constitucionalidad previstas en los sistemas jurídicos de varios Estados miembros, y no precisamente menores, de la Unión; y el TJUE, lejos de concluir, como hizo en su Dictamen en relación con el Protocolo 16 al Convenio, en declaraciones de incompatibilidad con el art. 267 TFUE, ha sabido, en condiciones menos favorables para ello, sortear el conflicto vía interpretativa»⁴².

Por análogas razones, fácilmente se comprenderá que, una vez se haga efectiva la adhesión de la UE al CEDH, la misma tendrá que ir acompañada de la asunción por parte de la UE de las modificaciones y reformas operadas en el instrumento convencional europeo del Consejo de Europa, incluido el Protocolo n.º 16. La naturaleza no vinculante de las opiniones consultivas emitidas por el TEDH con apoyo en dicho Protocolo debería facilitar esa

adhesión de la Unión al CEDH». Ha abundado en el mismo sentido SARMIENTO, D.: «Parte III: La opinión consultiva y la cuestión prejudicial: algo más que diez diferencias», en Simposio «El Protocolo núm. 16 al CEDH», 8 de abril de 2021, *IberICONnect. El blog de la Revista Internacional de Derecho Constitucional*, <https://www.ibericonnect.blog/2021/04/simposio-el-protocolo-num-16-al-cedh-parte-iii-la-opinion-consultiva-y-la-cuestion-prejudicial-algo-mas-que-diez-diferencias/>: «parece difícil concebir que el Protocolo 16 pueda ser una amenaza ni para la Unión ni para los Estados firmantes del Convenio. No lo es para la Unión, pues es bien sabido que el Convenio no se entromete directamente en los estándares de protección del Derecho de la Unión. En caso de hacerlo, no es porque el Convenio se haya interpretado así, sino que es por obra del propio Derecho de la Unión en particular gracias al artículo 52 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que introduce (en términos que resuenan al Artículo 10.2 de la Constitución española) la obligación de interpretación de la Carta a la luz del Convenio. Sigue resultando incomprensible la justificación del Tribunal de Justicia en su Dictamen 2/13, al justificar la incompatibilidad del proyecto de adhesión de la Unión al Convenio sobre la base (entre otros motivos) de las interferencias que generaría el Protocolo 16 en la autonomía del Derecho de la Unión. Una vez en vigor el Protocolo 16 y vistas las Opiniones dictadas hasta la fecha, se confirma con aún mayor fuerza la debilidad del planteamiento expuesto en el desafortunado Dictamen 2/13 del Tribunal de Justicia».

⁴¹ CANCIO FERNÁNDEZ, R. C.: «Y por fin, Estrasburgo opinó... prejudicialmente», <https://www.legaltoday.com/opinion/articulos-de-opinion/y-por-fin-estrasburgo-opino-prejudicialmente-2019-04-12/>

⁴² ALONSO GARCÍA, R.: «Análisis crítico del veto judicial de la UE al CEDH en el Dictamen 2/13, de 18 de diciembre de 2014», *Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional*, Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional (IDEIR) de la Universidad Complutense, n.º 26, 2015, pp. 12-14. El citado autor trae a colación, por ejemplo, la aproximación que hizo el TJUE a la cuestión prioritaria de constitucionalidad en Francia, desnudándola de su calificativo de «prioritaria» a los efectos de salvar su compatibilidad con el art. 267 TFUE (STJUE de 22 de junio de 2010, asuntos acumulados *Melki*, C-188/10, y *Abdeli*, C-189/10).

aceptación por parte de la UE pero, a la vista del citado Dictamen 2/13 del TJUE de 18 de diciembre de 2014, no parece que la Corte de Luxemburgo se sienta cómoda con la idea de asumir el Protocolo n.º 16. Verdaderamente, menos reticencias debieran mostrar las jurisdicciones nacionales supremas y, pese a ello, países como España (y otros, en verdad la mayoría, de la UE⁴³) siguen sin ratificarlo.

En realidad, visto el pequeño número de peticiones de consulta formuladas por las jurisdicciones nacionales supremas en virtud del Protocolo n.º 16 (lo mismo sucede con el reducido número de cuestiones prejudiciales por parte de esas altas jurisdicciones domésticas a tenor del art. 267 TFUE), los recelos del TJUE por causa del Protocolo pierden peso. Naturalmente, las fricciones seguirán viniendo más bien de la mano de la resolución de demandas individuales ante el TEDH tras el agotamiento de los recursos nacionales en cuyo recorrido haya intervenido prejudicialmente el TJUE.

Desde este punto de vista, la previsión de la adhesión de la UE al CEDH asumiendo el Protocolo n.º 16 debería prever que, en caso de consultas concurrentes, se diera prioridad a la resolución por parte del TEDH, para evitar fricciones entre ambas Cortes europeas. Sea como fuere, la necesaria articulación entre el TEDH y el TJUE no es solo un problema «a dos bandas», sino parte asimismo de un complejo «triángulo» interpretativo del que también formarían parte los altos tribunales nacionales de cada Estado⁴⁴.

2. *La doble prejudicialidad europea y los mecanismos de adaptación en España*

Lo recién expuesto conduce también a reflexionar sobre el modo de trasladar esa articulación de las jurisdicciones europeas al ámbito interno para que actúen como cánones complementarios pero sin distorsionar el sistema constitucional de derechos fundamentales. Así, sin perjuicio de la propia actuación dialogante del TEDH y del TJUE, cada ordenamiento nacional debería articular los mecanismos pertinentes para conjurar el riesgo de

⁴³ De los 27 países miembros de la UE, a finales de abril de 2022 lo habían ratificado ocho (Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Lituania, Luxemburgo, Países Bajos y Eslovenia); y lo habían firmado, pero sin ratificar todavía, otros tres (Bélgica, Italia y Rumania); los demás ni siquiera han procedido a la firma.

⁴⁴ MARTINICO, G.: «The Problematic Triangle: National Constitutions, the ECHR and EU Law in the Post Lisbon Scenario», en GORDILLO PÉREZ, L. (dir.), *Constitutionalism of European Supranational Courts. Recent developments and challenges*, Cizur Menor, Aranzadi, 2015, p. 197. En la misma línea, ha analizado esa confluencia entre Tribunales Constitucionales, TJUE y TEDH a partir de las experiencias española, alemana e italiana, LÓPEZ CASTILLO, A.: «La confluencia entre Tribunales internos, TEDH y TJUE», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 22, 2018, pp. 133-172.

pronunciamientos europeos divergentes o contradictorios: por ejemplo, la eventual doble prejudicialidad europea, es decir, la formulación de la opinión consultiva con apoyo en el Protocolo n.º 16 y/o la remisión de una cuestión prejudicial sobre la base del art. 267 TFUE.

La situación no es totalmente nueva puesto que en el supuesto de los países miembros de la UE ya se podía plantear la doble prejudicialidad concurrente entre la cuestión de inconstitucionalidad ante la jurisdicción constitucional respectiva y la cuestión prejudicial ante el TJUE⁴⁵. Así se planteó en su día en Italia, determinándose con buen criterio que en tales supuestos prevaleciera la tramitación de la cuestión prejudicial (Auto de la Corte Constitucional italiana n.º 206 de 28 de julio de 1976). Para el caso de España se ha propuesto en la doctrina una reforma de la LOTC en sentido análogo⁴⁶. Y ello resulta conciliable con la postura del propio TJUE, que ha avalado esa compatibilidad del planteamiento concurrente de la cuestión prejudicial y de un procedimiento nacional incidental de control de constitucionalidad⁴⁷.

El Protocolo n.º 16 hace entonces más acuciante la necesidad de gestionar el citado diálogo triangular. En estas coordenadas, parece que el planteamiento por parte de la jurisdicción superior nacional (en nuestro caso, previsiblemente el TS y el TC) de esa posible doble prejudicialidad europea, debería decantarse en primer término por hacer prevalecer el Protocolo n.º 16 cuando haya sido aceptado por España, lo que podría plasmarse en nuestra normativa procesal (seguramente en la LOPJ y en la LOTC).

De lo contrario, a falta de previsión normativa, podría darse una inclinación hacia el planteamiento ya consolidado de la cuestión prejudicial ante el

⁴⁵ Ello a pesar de una jurisprudencia del Tribunal de Justicia que ha pretendido respetar una especie de «modelo horizontal» teniendo presente la división competencial o funcional entre Justicia nacional y comunitaria prevista en el art. 267 TFUE, con objeto de evitar entrar en relaciones conflictivas y fomentar así la continuación de la cooperación, como observó SARMIENTO, D., *Poder judicial e integración europea. La construcción de un modelo jurisdiccional para la Unión*, Madrid, Thomson/Civitas y Garrigues, 2004, p. 295.

⁴⁶ JIMENA QUESADA, L.: «La reforma del Tribunal Constitucional», en ÁLVAREZ CONDE, E. (Dir.): *Reflexiones y propuestas sobre la reforma de la Constitución española*, Granada, Comares, 2017, pp. 335-356 (en especial, el epígrafe 3.2.1.2: «La problemática del diálogo entre tribunales supremos europeos»).

⁴⁷ Entre otras, STJUE de 4 de junio de 2015, *Kernkraftwerke Lippe-Ems*, C-5/14. En dicha sentencia se remite a su propia jurisprudencia, en la que ya había establecido que «el funcionamiento del sistema de cooperación entre el Tribunal de Justicia y los tribunales nacionales establecido por el art. 267 TFUE y el principio de primacía del Derecho de la Unión requieren que el juez nacional tenga la facultad de plantear al Tribunal de Justicia toda cuestión prejudicial que considere necesaria en cualquier fase del procedimiento que estime apropiada, e incluso una vez finalizado un procedimiento incidental de control de constitucionalidad (sentencia A, C-112/13, EU:C:2014:2195, apartado 39)» (apartado 35).

TJUE, emitiéndose una sentencia que sería, por su naturaleza vinculante, necesariamente asumida por el TS o por el TC. Con ello, se agotarían los recursos internos y, a continuación, quedaría abierta la vía de la demanda individual con una posible ulterior sentencia (concordante o, a lo peor, discrepante) del TEDH.

La situación no es meramente hipotética a la vista de la creciente yuxtaposición o concurrencia de ámbitos materiales y competenciales cubiertos por el CEDH y por la CDFUE, así como a la luz de ciertas controversias que están llegando al TS y al TC, pasando por el TJUE y previsiblemente desembocando en el TEDH.

Piénsese en el «caso Junqueras»: si el Protocolo n.º 16 hubiera sido operativo para España, seguramente lo más razonable habría sido recabar una opinión consultiva del TEDH por parte del TS, en lugar de plantear una cuestión prejudicial sobre la base del art. 267 TFUE (que ha originado la STJUE de 19 de diciembre de 2019, *Junqueras Vies*, C-502/19) que ha retornado al TS para seguir su curso ante la jurisdicción constitucional (STC 70/2021, de 18 de marzo) y, agotados los remedios procesales nacionales, previsiblemente someter el litigio ante el TEDH. Cabría pensar, a la vista de la citada STJUE de 19 de diciembre de 2019, que no es probable una divergencia con el ulterior criterio del TEDH, en la medida en que el TJUE incorpora jurisprudencia de la Corte de Estrasburgo, concretamente en el apdo. 84. Sin embargo, semejante cita jurisprudencial no es tan clara pues, por ejemplo, si se consultan las sentencias mencionadas del TEDH en el mencionado apdo. 84⁴⁸, al menos una de ellas no parece acomodarse exactamente, sino más bien lo contrario, a la situación del Sr. Junqueras en la dirección apuntada por el TJUE⁴⁹. Consecuentemente, esa aparente disparidad de criterios entre el

⁴⁸ El apdo. 84 de la STJUE *Junqueras Vies* de 2019 dice: «las inmunidades reconocidas a los miembros del Parlamento Europeo tienen por objeto garantizar la independencia de esta institución en el cumplimiento de su misión, como ha destacado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con las diversas formas de inmunidad parlamentaria establecidas en los sistemas políticos democráticos (véanse, en este sentido, Tribunal EDH, sentencia de 17 de mayo 2016, *Karácsony y otros c. Hungría*, CE:ECHR:2016:0517JUD004246113, § 138, y Tribunal EDH, sentencia de 20 de diciembre de 2016, *Uspaskich c. Lituania*, CE:ECHR:2016:1220JUD001473708, § 98)».

⁴⁹ Llama la atención, en particular, la cita de la STEDH *Uspaskich c. Lituania* de 20 de diciembre de 2016. En efecto, en el párrafo citado (98), el TEDH lo que hace es, tras resaltar lo que significa la garantía de la inmunidad parlamentaria, detallar y criticar el modo en que el demandante, con la connivencia de su partido, había sido estratégicamente candidato a diversos puestos para acogerse a dicha prerrogativa como verdadero privilegio y así eludir someterse a enjuiciamiento criminal (en dicho supuesto, especialmente por delitos de corrupción). Y en ello reincide el TEDH, en síntesis, a renglón seguido en el párr. 99: «Por último, el Tribunal reitera que los Estados están obligados a adoptar medidas apropiadas para evitar que las personas jurídicas sean utilizadas para encubrir delitos de corrupción

TJUE y el TEDH podría manifestarse en sentencias contradictorias, con la consiguiente pérdida de credibilidad del sistema europeo de derechos humanos en su conjunto. De ahí la necesidad de prever, además de los instrumentos de sintonía entre ambos Tribunales europeos, los oportunos mecanismos de adaptación o ajuste en España.

IV. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS FINALES: LA INSOSLAYABLE ACEPTACIÓN DEL PROTOCOLO N.º 16 COMO ELEMENTO DE OPTIMIZACIÓN DEL SISTEMA CONSTITUCIONAL ESPAÑOL DE DERECHOS FUNDAMENTALES

La primera conclusión que se alcanza es la idoneidad del Protocolo n.º 16 al CEDH como instrumento para el diálogo judicial y la efectiva protección multinivel de los derechos fundamentales. En efecto, las primeras opiniones consultivas emitidas por el TEDH dan pie para llegar a dicha conclusión, pues han dinamizado las sinergias entre el estándar nacional y el estándar europeo en materia de derechos humanos.

Más aún, la primera de esas opiniones consultivas ha tenido proyección más allá (Italia o España) del país desde el que se ha planteado la consulta (Francia), lo que demuestra, de un lado, que el Protocolo n.º 16 tiene potencial para seguir forjando un *ius commune* europeo; y, de otro lado y como expresión de ello, que resulta idóneo para hacer surtir indirectamente efectos en los países del Consejo de Europa que, como España, tienen todavía como asignatura pendiente la ratificación de dicho instrumento. Otra cuestión es que el reducido número de consultas enmarcadas en el Protocolo n.º 16 hasta el presente ponga en entredicho la consecución del objetivo de evitar la saturación del TEDH provocado por la altísima cifra anual de demandas individuales y, por ende, de garantizar en Estrasburgo el proceso debido dentro de un plazo razonable⁵⁰.

(véase el principio 5 en el párrafo 72 *supra*). En el presente caso, sin embargo, resulta que el partido político del demandante, que a su vez evitó el enjuiciamiento cambiando formalmente su estatuto (véase el párrafo 60 *supra*), le protegió efectivamente del enjuiciamiento presentándole sistemáticamente como candidato en las elecciones municipales, parlamentarias y al Parlamento Europeo, todo lo cual significó que, al menos durante cierto tiempo, el demandante pudo disfrutar de inmunidad para ser enjuiciado (véanse los párrafos 18, 24, 56, 58, 61 y 63 *supra*). Por ello, en el párr. 100 y en el fallo, el TEDH concluye que no ha habido violación del art. 3 del Protocolo n.º 1 al CEDH.

⁵⁰ Sobre esta cuestión, calificándola como «el desatascador que no desatasca», se ha pronunciado críticamente MARTÍNEZ SOSPEDRA, M.: «Las opiniones consultivas del TEDH. Una idea no del todo convincente. Notas sobre el Protocolo 16 al CEDH», *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 54, 2021, p. 220: la opinión consultiva «se pensó originariamente como un mecanismo para aliviar la carga del TEDH. Cabe plantearse si tal como la configura el Protocolo 16 nos hallamos ante un instrumento que permita un

Abundando en estas consideraciones, cabe concluir asimismo que no existen razones de peso para justificar la incomprensible posición reticente de España ante el Protocolo n.º 16. Desde esta perspectiva, en lugar de sugerirse injustificados recelos por parte de los tribunales superiores españoles (TS y TC) hacia el TEDH, parece más razonable pensar en clave de colaboración (como en el caso de las cuestiones prejudiciales) entendiendo que las opiniones consultivas de la Corte de Estrasburgo permiten respaldar a dichas jurisdicciones domésticas ante difíciles supuestos que hacen aconsejable una solución judicial europea y europeizada.

Por otra parte, esos posibles recelos carecen de una explicación sólida, puesto que la iniciativa del planteamiento de consultas depende de la propia jurisdicción nacional suprema que conozca de un litigio concreto, de conformidad con el principio de subsidiariedad que se menciona en el Preámbulo del Protocolo n.º 16 y que, con ese mismo enfoque, se pretendió reforzar con el Protocolo n.º 15⁵¹; tan es así que en cierta medida se ha llegado a considerar el Protocolo n.º 15 como «la antítesis del Protocolo n.º 16»⁵². Repárese en que ciertos Estados miembros del Consejo de Europa pusieron el énfasis en el principio de subsidiariedad para contrarrestar o compensar lo que considerarían una excesiva jurisprudencia evolutiva del TEDH. Pero ello no es exclusivo del Consejo de Europa, pues en el ámbito de la UE no son desconocidos los «contralímites» que siguen anteponiéndose por diversas cortes constitucionales para atemperar la primacía del Derecho comunitario europeo y la consiguiente prevalencia del estándar supranacional sobre el estándar constitucional interno⁵³.

alivio significativo del problema señalado y permita eludir el riesgo de incurrir crecientemente en un proceso aquejado sistemática de “dilaciones indebidas” al final del cual se halla el colapso de un Tribunal víctima de su propio éxito».

⁵¹ En ese sentido, en el supuesto del Protocolo n.º 15 se daba además un espaldarazo al margen de apreciación nacional, como ha advertido LÓPEZ GUERRA, L.: «Los Protocolos de reforma n.º 15 y 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos», *Revista Española de Derecho Europeo*, n.º 49, 2014, pp. 11-29.

⁵² CACHO SÁNCHEZ, Y.: «El potencial desarrollo del nuevo procedimiento consultivo ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: fortalezas, debilidades, oportunidades y amenazas», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 71, n.º 2, 2019, p. 193.

⁵³ En la doctrina se ha estudiado el modo en que esos «contralímites» (por ejemplo, a propósito de las sentencias Taricco referentes a Italia: la primera de 8 de septiembre de 2015, *Taricco y otros*, asunto C-105/14, y la segunda de 5 de diciembre de 2017, *M. A. S., M. B.*, asunto C-42/17, con origen esta última en la cuestión prejudicial planteada por la Corte Constitucional italiana para poner en entredicho la posición más restrictiva de la primera sentencia del TJUE) han flexibilizado el principio de primacía del Derecho de la UE ante cánones iusfundamentales nacionales más favorables: UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J. I.: «La saga Taricco: últimas instantáneas jurisdiccionales sobre la pugna acerca de los derechos fundamentales en la Unión Europea», *Revista General de Derecho Cons-*

Otra conclusión tiene que ver con la posible exportación del Protocolo n.º 16 al sistema interamericano de derechos humanos. En el escenario de las crecientes sinergias entre los sistemas interamericano y europeo, el hecho de que la Corte de San José de Costa Rica pudiera emitir opiniones consultivas a iniciativa de jurisdicciones supremas de las Partes contratantes de la Convención Americana de Derechos Humanos constituiría, sin lugar a dudas, un mecanismo de colaboración que evitaría colisiones entre canon de constitucionalidad y canon de convencionalidad para alcanzar una solución judicial americana y americanizada. La CorteIDH cuenta con más experiencia en el ejercicio de la competencia consultiva que el TEDH y, por tanto, se trata de adoptar un Protocolo similar al n.º 16 para que la jurisdicción interamericana siga explotando esa experiencia en la consecución del *ius constitutionale commune interamericano*⁵⁴.

En el caso de España, la experiencia del planteamiento de las cuestiones prejudiciales ante el TJUE ha resultado muy positiva para optimizar el sistema constitucional español de derechos fundamentales. Con tal precedente, la no aceptación del Protocolo n.º 16 no significa solamente una renuncia a seguir avanzando en dicha línea, sino un retroceso en comparación con los demás países miembros del Consejo de Europa (y, más específicamente, de la propia UE) que ya no tienen pendiente dicha asignatura.

Efectivamente, es sabido que la inexistencia de un recurso de amparo ante el TJUE ha venido de alguna manera compensado indirectamente por el planteamiento de cuestiones prejudiciales susceptibles de dar lugar a un estándar europeo más favorable en materia de derechos fundamentales; a este respecto, ante la negativa no motivada al planteamiento de una cuestión prejudicial por parte del órgano jurisdiccional nacional, ha operado en ocasiones un cierto control por el TC español o el TEDH desde la perspectiva de una

titucional, n.º 27, 2018, p. 25. En todo caso, la postura de los tribunales constitucionales rebatiendo el principio de primacía del Derecho de la UE no siempre va en esa dirección de elevar el estándar de los derechos fundamentales, sino a veces en una línea más restrictiva bajo el pretexto de la independencia judicial nacional o similares excusas: un ejemplo recentísimo lo ofrece la STJUE de 22 de febrero de 2022, *RS (Effet des arrêts d'une cour constitutionnelle)*, C-430/21. Para el encuadre de esta problemática a propósito de otros pronunciamientos recientes de tribunales constitucionales que están desafiando abiertamente el principio de primacía de la Unión, léanse de nuevo las interesantes críticas y propuestas de UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J. I.: «Turbulencias sobre la primacía del Derecho de la Unión: últimos desafíos, respuestas y aportaciones», *Revista Española de Derecho Europeo*, n.º 78-79, 2021, pp. 13-52.

⁵⁴ Una expresión que se ha ido abriendo paso en la doctrina; así, por ejemplo, en la rúbrica del capítulo 4 (M. P. GARAT), así como en el propio título de la obra colectiva de AGUILAR CAVALLO, G. y otros: *El control de convencionalidad: ius constitutionale commune y diálogo judicial multinivel latinoamericano*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, particularmente pp. 129-141.

conculcación de la tutela judicial efectiva del art. 24 CE o del derecho al proceso equitativo del art. 6 CEDH⁵⁵. Por el contrario, el carácter facultativo para las jurisdicciones nacionales supremas con el que se instaura la consulta en el Protocolo n.º 16 no someterá a aquellas al condicionante del proceso debido⁵⁶.

Por ello, cabe concluir que la no asunción del Protocolo n.º 16 puede privar asimismo del acceso a otra solución europea favorable (en este caso, con apoyo en el CEDH y sus Protocolos) en litigios concretos en los que seguramente sea más viable el planteamiento por parte de la jurisdicción nacional suprema que la demanda individual (dado el difícil filtro de la admisibilidad ante el TEDH) una vez agotados los recursos internos. Además, junto a la naturaleza preventiva de las opiniones consultivas, es decir, la evitación de posibles condenas en una ulterior sentencia del TEDH que resuelva el correspondiente recurso individual, se ha introducido un interesante argumento financiero relacionado con el coste económico de dichas condenas⁵⁷.

En fin, como ya se ha señalado, además de asumir el Protocolo n.º 16 para promover la colaboración entre las jurisdicciones españolas supremas y el TEDH, deberían realizarse los pertinentes ajustes normativos internos para evitar una doble prejudicialidad europea que condujera a soluciones divergentes ante el TEDH y el TJUE, pareciendo razonable dar prioridad a la formulación de la consulta ante el TEDH. Todo ello se inscribe en la filosofía de la adhesión de la UE al CEDH. A fin de cuentas, debe evitarse que una triple prejudicialidad (TEDH, TJUE y tribunales nacionales) vaya en detrimento del principio *pro personae*, y a ello atiende el Protocolo n.º 16⁵⁸.

⁵⁵ En el supuesto de nuestra Jurisdicción Constitucional, por ejemplo, SSTC 37/2019, de 26 de marzo, o 67/2019, de 20 de mayo. En el caso de la Corte de Estrasburgo, entre otras, las SSTEDH *Dhahbi c. Italia* de 8 de abril de 2014, o *Sanofi Pasteur c. Francia* de 13 de febrero de 2020.

⁵⁶ Así lo ha resaltado SARMIENTO, D.: «Parte III: La opinión consultiva y la cuestión prejudicial: algo más que diez diferencias», ya cit.: «el Protocolo 16 impone como regla general el criterio facultativo en la decisión de planteamiento de la opinión consultiva. A diferencia de la cuestión prejudicial, que resulta obligatoria para los tribunales cuyas resoluciones no admiten ulterior recurso (si bien sometidas a varias y generosas excepciones previstas en la jurisprudencia *Cilfit* y *DaCosta*), el Protocolo 16 sienta un criterio de voluntariedad que deja al criterio de cada tribunal supremo nacional la decisión final sobre la oportunidad del planteamiento».

⁵⁷ *Idem*: «No hay ningún riesgo que correr, sino más bien todo lo contrario. Cuanto más tiempo pierda el Estado demorando su incorporación al sistema, mayor es el verdadero riesgo de seguir soportando condenas mediante recursos directos. Condenas que, además, suele acabar pagando el contribuyente. Otra razón, pensando en el bolsillo de los ciudadanos (pues quizás de ese modo el todopoderoso Ministerio de Hacienda se sensibiliza con el tema), para que el Reino de España ratifique el Protocolo 16 de una vez».

⁵⁸ RUIZ RUIZ, J. J.: «El refuerzo del diálogo entre tribunales y la triple prejudicialidad en la protección de los derechos fundamentales: en torno al Protocolo n.º 16 al Convenio

V. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR CAVALLO, G. y otros: *El control de convencionalidad: ius constitutionale commune y diálogo judicial multinivel latinoamericano*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.
- ALONSO GARCÍA, R.: «Análisis crítico del veto judicial de la UE al CEDH en el Dictamen 2/13, de 18 de diciembre de 2014», *Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional*, Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional (IDEIR) de la Universidad Complutense, n.º 26, 2015, pp. 1-29.
- BARUFFI, M. C.: «Gli effetti della maternità surrogata al vaglio della Corte di Cassazione italiana e di altre corti», *Rivista di diritto internazionale privato e procesuale*, n.º 2, 2020, pp. 290-324.
- BURGORGUE-LARSEN, L.: *Les trois Cours régionales des droits de l'homme in context. La Justice qui n'allait pas de soi*, Paris, Pedone, 2020.
- CACHO SÁNCHEZ, Y.: «El potencial desarrollo del nuevo procedimiento consultivo ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: fortalezas, debilidades, oportunidades y amenazas», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 71, n.º 2, 2019, p. 171-194.
- CANCIÓ FERNÁNDEZ, R. C.: «Y por fin, Estrasburgo opinó... prejudicialmente», <https://www.legaltoday.com/opinion/articulos-de-opinion/y-por-fin-estrasburgo-opino-prejudicialmente-2019-04-12/>
- : «España y su enigmática desafección con el Protocolo n.º 16 CEDH», *Revista de Prensa*, 22 enero 2022: <https://www.almendron.com/tribuna/espana-y-su-enigmatica-desafeccion-con-el-protocolo-no-16-cedh/>
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L. M.: «La relación entre la Unión Europea y el Convenio Europeo de Derechos Humanos», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 15, 2004, pp. 159-170.
- FERNÁNDEZ SOLA, N.: «La adhesión de la Comunidad Europea al Convenio Europeo de Salvaguarda de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. Comentario al Dictamen 2/94 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», *Noticias de la Unión Europea*, n.º 144, 1997, pp. 41-58.
- GARCÍA ROCA, J.: *La transformación constitucional del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Cizur Menor, Aranzadi, 2019.
- GÓMEZ FERNÁNDEZ, I.: «Parte I: Los asuntos Mennesson y Kocharyan: las primeras decisiones consultivas del TEDH», en *Simposio «El Protocolo núm. 16 al CEDH»*, 6 de abril de 2021, *IberICONnect. El blog de la Revista Internacional*

Europeo de Derechos Humanos», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 42, 2018, p. 480: «el Protocolo 16 puede convertirse en una valiosa herramienta en el proceso de cooperación y propulsión de la coherencia del circuito jurisprudencial construido a partir de la circularidad de interpretaciones conformes de Tribunal Constitucional, Tribunal de Justicia de la UE y TEDH. La inserción de una nueva cuestión prejudicial no traerá por ello consigo una disminución en la autonomía del juez nacional, sino que debe ser vista como una garantía más de la triple tutela de derechos que se superponen y que tiene como regla esencial la del mejor estándar de protección a partir de una disputa discursiva construida sobre la mejor solución».

- de Derecho Constitucional*, <https://www.ibericonnect.blog/2021/04/simposio-el-protocolo-num-16-al-cedh-parte-i-los-asuntos-menesson-y-kocharyan-las-primeras-decisiones-consultivas-del-tedh/>
- GORDILLO PÉREZ, L.: «El TJUE y el Derecho Internacional: la defensa de su propia autonomía como principio constitucional básico», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9, n.º 2, pp. 330-354.
- HINOJO ROJAS, M.: «El Protocolo n.º 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos», *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 34, 2018, pp. 675-706.
- JIMENA QUESADA, L.: «La reforma del Tribunal Constitucional», en ÁLVAREZ CONDE, E. (Dir.): *Reflexiones y propuestas sobre la reforma de la Constitución española*, Granada, Comares, 2017, pp. 335-356.
- : «Control de convencionalidad y contralímites», *Revista Plural. Universidad Nacional de Mar del Plata*, n.º 2, 2021, pp. 9-16.
- LÓPEZ GUERRA, L.: «Los Protocolos de reforma n.º 15 y 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos», *Revista Española de Derecho Europeo*, n.º 49, 2014, pp. 11-29.
- : «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Justicia de la UE y “le mouvement nécessaire des choses”», *Teoría y realidad constitucional*, n.º 39, 2017, pp. 163-188.
- MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J.: «El TJUE pierde el rumbo en el Dictamen 2/13: ¿Merece todavía la pena la adhesión de la UE al CEDH?», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 42, 2015, pp. 825-869.
- MARTÍNEZ SOSPEDRA, M.: «Las opiniones consultivas del TEDH. Una idea no del todo convincente. Notas sobre el Protocolo 16 al CEDH», *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 54, 2021, pp. 216-228.
- MARTINICO, G.: «The Problematic Triangle: National Constitutions, the ECHR and EU Law in the Post Lisbon Scenario», en Gordillo Pérez, Luis (dir.), *Constitutionalism of European Supranational Courts. Recent developments and challenges*, Cizur Menor, Aranzadi, 2015, p. 193-206.
- MONTESINOS PADILLA, C.: «Parte II: ¿Por qué no ratifica España el Protocolo 16?», en *Simposio «El Protocolo núm. 16 al CEDH»*, 7 de abril de 2021, *IberICONnect. El blog de la Revista Internacional de Derecho Constitucional*, <https://www.ibericonnect.blog/2021/04/simposio-el-protocolo-num-16-al-cedh-parte-ii-por-que-no-ratifica-espana-el-protocolo-16/>.
- PERLO, N.: «L’attribution des effets *erga omnes* aux arrêts de la Cour Européenne de Droits de l’Homme en Italie: la révolution est en marche», *Revue Française de Droit Constitutionnel*, n.º 104, 2015, pp. 887-910.
- RUIZ RUIZ, J.J.: «El refuerzo del diálogo entre tribunales y la triple prejudicialidad en la protección de los derechos fundamentales: en torno al Protocolo n.º 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 42, 2018, 453-482.
- SANZ CABALLERO, S.: «Interferencias entre el Derecho Comunitario y el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Luxemburgo *versus* Estrasburgo», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2004, vol. 17, pp. 117-160.
- SARMIENTO, D., *Poder judicial e integración europea. La construcción de un modelo jurisdiccional para la Unión*, Madrid, Thomson/Civitas y Garrigues, 2004.

- : «Parte III: La opinión consultiva y la cuestión prejudicial: algo más que diez diferencias», en *Simposio «El Protocolo núm. 16 al CEDH»*, 8 de abril de 2021, *IberICONnect. El blog de la Revista Internacional de Derecho Constitucional*, <https://www.ibericonnect.blog/2021/04/simposio-el-protocolo-num-16-al-cedh-parte-iii-la-opinion-consultiva-y-la-cuestion-prejudicial-algo-mas-que-diez-diferencias/>
- SERRA CRISTÓBAL, R.: *La guerra de las Cortes. La revisión de la jurisprudencia del Tribunal Supremo a través del recurso de amparo*, Madrid, Tecnos, 1999.
- SPIELMANN, D.: *Discours du Président Dean Spielmann; Séminaire Tribunal constitutionnel*, Madrid, 22 de mayo de 2015: http://www.echr.coe.int/Documents/Speech_20150522_OV_Spielmann_Tribunal_constitutionnel_Madrid_FRA.pdf.
- UGARTEMENDIA ECEIZABARRENA, J. I.: «La saga Taricco: últimas instantáneas jurisdiccionales sobre la pugna acerca de los derechos fundamentales en la Unión Europea», *Revista General de Derecho Constitucional*, n.º 27, 2018, pp. 1-26.
- : «Turbulencias sobre la primacía del Derecho de la Unión: últimos desafíos, respuestas y aportaciones», *Revista Española de Derecho Europeo*, n.º 78-79, 2021, pp. 13-52.

Recensiones

GONZÁLEZ GARCÍA, Ignacio, *La fusión de Comunidades Autónomas. A propósito de la no incorporación de Navarra al País Vasco*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, 170 pp., ISBN 978-84-1397-489-7.

<https://doi.org/10.18543/ed.2507>

Publicado en línea: junio 2022

El constituyente español y, en general, los partidos políticos en España no asumieron ni han asumido plenamente el concepto de igualdad clásica de la Revolución francesa de 1789 en su sentido de proscripción de trato de favor a según qué grupos, regiones y territorios. Es así que la Constitución de 1978 se encuentra salpicada todavía de algunos fueros especiales y tratos de privilegio en beneficio de determinadas regiones españolas, como, por ejemplo, las distintas vías de acceso a la autonomía, la disposición transitoria segunda, y, particularmente, la disposición adicional primera, base sobre la que se ha construido el sistema específico de financiación de las comunidades forales, el País Vasco y Navarra. La Constitución realiza este reconocimiento de privilegios y diferenciaciones de trato sobre la base de supuestos derechos históricos, lo cual realmente es más propio de épocas pre-democráticas y es poco compatible y casa mal con la concepción de igualdad general del Estado constitucional moderno. Pues bien,

Ignacio González identifica y estudia en profundidad en este libro otro precepto diferenciador de este tipo, la disposición transitoria cuarta de la Constitución, que él mismo no duda en denominar de modo rotundo como un «cauce privilegiado de creación de la autonomía vasco-navarra». Bien es verdad que el objeto de investigación del autor en su trabajo es ciertamente más amplio, a saber, «la fusión de Comunidades Autónomas» en general, como el título de la monografía indica; pero, de alguna forma, la disposición transitoria cuarta sirve de hilo introductorio y conductor del desarrollo de todo el contenido de la obra y de su interconexión con otros conceptos de la Constitución y los Estatutos de Autonomía.

Estructuralmente, el libro está dividido en dos partes que se complementan. Por un lado, el análisis específico de la disposición transitoria cuarta de la Constitución se desarrolla en los capítulos I y II. Dentro de esta parte temática casi que podría incluirse también la Introducción, que es sobre

todo una interesante relación de los distintos episodios de oposición y apoyo de las fuerzas políticas, desde la entrada en vigor de la Constitución, en orden al mantenimiento o la desaparición futura –por reforma constitucional– de la disposición transitoria cuarta del texto constitucional. Y luego la segunda parte se correspondería con los capítulos III y IV, que tratan, respectivamente, de la imposibilidad constitucional y estatutaria de que se pueda dar una fusión de Comunidades Autónomas que dé por resultado un único ente autonómico, como también una hipotética unión o federación de Comunidades Autónomas.

En el primer capítulo el autor ofrece una introducción sobre los posibles antecedentes históricos de la disposición transitoria cuarta. Su estudio determina que no los hay. Las leyes especiales posteriores al Carlismo, en particular, la Ley de 25 de octubre de 1839 por la que se confirman los fueros de las Provincias Vascongadas y de Navarra y la Ley paccionada, de 16 de agosto de 1841, pueden ser origen histórico de su privilegiado régimen fiscal¹, pero no de una hipótesis de fusión entre País Vasco y Navarra. En efecto, la disidencia Carlista, que dio lugar a la aprobación de dicha normativa específica, se rebeló en general por razones dinásticas y contra el liberalismo y su propuesta política era a aplicar en todo el territorio nacional y no planteaba

una supuesta unión territorial exclusiva Vascongadas-Navarra. La supuesta idea de unión racial, religiosa y cultural a Navarra aparecería más recientemente, con Sabino Arana y la aparición del PNV². Y aun así sería algo poco definido, pues como indica Ignacio González, lo cierto es que ni siquiera la Constitución de la II República de 1931 incluiría previsión alguna sobre una eventual unión entre regiones, mucho menos entre Navarra y la región vasca; como luego tampoco la Ley sobre el Estatuto del País Vasco, de 4 de octubre de 1936, hacía mención alguna a Navarra. Más aún: el artículo 13 del texto constitucional republicano determinaba tajantemente que en ningún caso se admitía la federación de regiones autónomas. Aparte, hay que añadir que, además, Navarra, por aquel entonces no estaba por la labor de ser la segunda de un imperialismo vasco todavía muy minoritario, aprobando por su parte su propio Estatuto en 1931. Por tanto, el reconocimiento real y efectivo de esta supuesta unión política

² Puede citarse aquí como ejemplo el texto del Reglamento de la asociación bilbaina Euskeldun Batzokiya elaborado por Arana, de 24 de mayo de 1894, en cuyo artículo 8 se decía lo siguiente: «Siendo Bizkaya, por su raza, su lengua, su fe, su carácter y sus costumbres, hermana de Alaba, Benabarre, Gipuzkoa, Lapurdi, Nabarra y Suberoa, se ligará o confederará con estos seis pueblos para formar el todo llamado Euskelerría (Euskería), pero sin mengua de su particular autonomía. Esta doctrina se expresa con el principio siguiente: Bizkaya libre en Euskería libre». Véase el documento en la página web homenaje a Sabino de Arana y Goiri en <https://www.sabinoaranagoiri.eus/PDF/PDF45.pdf>. Bizkaitarra nº 10, Obras completas, p. 280.

¹ Sobre ello, por ejemplo, Javier TAJADURA TEJADA, «Constitución y Derechos Históricos: legitimidad Democrática frente a legitimidad histórica», en *Teoría y realidad Constitucional*, n.º 22, UNED, Madrid, 2008, pp. 137–192.

es muy reciente en el tiempo, como destaca el autor, solamente a partir de la Constitución de 1978 y por el solo hecho concreto de la inclusión por el constituyente de la disposición transitoria cuarta. Es en un contexto como este, el periodo de la transición posterior al régimen de Franco y la aprobación del texto constitucional, lo que, finalmente, daría lugar a «la disposición transitoria cuarta como cauce privilegiado de creación de la autonomía vasco-navarra» y, con ello, a esta disputa sobre si Navarra puede o no formar parte del País Vasco.

El Capítulo II, titulado «el cese de la eficacia de la disposición transitoria cuarta de la Constitución tras la creación de la Comunidad Foral de Navarra», representa un análisis sobre las opiniones doctrinales en torno a la vigencia y aplicabilidad de la disposición; luego, también, justifica la idea –en la que se posiciona el autor– de por qué esta cláusula periclitó desde el mismo momento en que se aprobó su Estatuto de Autonomía, la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de reintegración y mejoramiento del Régimen Foral de Navarra. Desarrollando lo dicho en la introducción, aquí se exponen tanto las posiciones a favor de una eficacia no limitada en el tiempo de la disposición como las que justifican su cese de eficacia y de ahí su inaplicabilidad actual. A este respecto, me parecen del todo acertadas las reflexiones de Ignacio González sobre la caducidad de este precepto a día de hoy. En efecto, me parece del todo lógica, desde una perspectiva de Derecho positivo, su afirmación de que, como indica literalmente la propia disposición, ésta es «transitoria»,

está referida a un tiempo determinado, no *sine die*. Se trataría, por mor del constituyente, «de una norma llamada a facilitar el tránsito entre dos regímenes diferentes», siendo así que «su *ratio legis* se extinguió una vez que Navarra, en lugar de optar por la vía de acceso a la autonomía habilitada por la disposición transitoria cuarta, se acogió a la vía de la disposición adicional primera». Por tanto, una vez que Navarra optó por el mejoramiento de su régimen foral, en los términos de dicha cláusula adicional, la disposición transitoria cuarta devino –dentro del tenor de la Constitución de 1978– en inaplicable.

El Capítulo III lleva por título «categorización de la fusión de Comunidades Autónomas y diferenciación de figuras afines» y refleja la parte del libro más referido a las Comunidades Autónomas en general. Lo primero que trata el autor es el hecho peculiar en España de ausencia de norma constitucional que posibilite en nuestro ordenamiento jurídico la fusión de partes del territorio, a diferencia de otros modelos, como es el caso de EE.UU, Italia o Alemania. Entendemos nosotros que esto también se debe a razones históricas, teniendo en cuenta que esos Estados son de construcción relativamente reciente, a diferencia de nuestro país, cuyas regiones y provincias tienen origen y definición cultural y territorial muy determinada desde muchísimo atrás en el tiempo; luego, además, sus límites espaciales no son caprichosos como en el caso de los EE.UU o devenidos por la imposición de los vencedores en un conflicto bélico y la pérdida de partes del mismo territorio

nacional, como ocurrió en Alemania tras la I y la II Guerra Mundial. Posteriormente, Ignacio González entra en la explicación *in extenso* del artículo 145 de la Constitución. Esto significa que aquí se estudia, con carácter general la prohibición de federación a las Comunidades Autónomas. A nuestro juicio, el uso por el constituyente de la palabra «federación», en lugar de otras formas más comunes para identificar la prohibición de fusión de Comunidades Autónomas, se debe a razones puramente etimológicas, pues el término federación proviene del latín *foederatio*, alianza, unión, el cual a su vez es derivado de *foedus*, que se traduce como tratado o pacto³. Por tanto, el constituyente utilizó esa expresión como sinónimo de unión y fusión. No obstante, el autor no descarta que esta prohibición absoluta presuponga absolutamente la exclusión de otro tipo de conexiones a través de acuerdos o convenios de cooperación, cara a la gestión de servicios comunes o de otro tipo, bien bajo comunicación o autorización de las Cortes, en los términos que también apunta el artículo 145.2 de la Constitución.

Bajo el título «los intransitables cauces para vehicular la fusión de Comunidades Autónomas, una propuesta de reforma constitucional» encontramos, finalmente, el Capítulo IV. El autor, llegado a este punto, ofrece una definición de fusión de Comunidades

Autónomas en los siguientes términos: «Se debe entender por fusión de Comunidades Autónomas todo proceso de alteración del territorio del mapa autonómico que suponga bien la creación de una Comunidad Autónoma nueva a partir de la extinción de dos o más Comunidades Autónomas preexistentes, bien la plena incorporación del territorio de una o varias Comunidades Autónomas a otra distinta previa extinción de la/s primera/s». La idea conductora del autor es que dada la prohibición del artículo 145.1 de la Constitución, la única posibilidad «legítima» y constitucional para la posibilidad de uniones políticas de regiones sería la vía de reforma constitucional, cosa que habría que hacerse por el cauce establecido por el artículo 167 de la Constitución. Naturalmente, al decir Ignacio González que esta sería la vía legítima, viene a afirmar también que otro tipo de formas de propiciar fusiones que no sea a través de una modificación del texto constitucional sería espuria y fraudulenta, por ejemplo, a través de una asunción y regulación de esta materia por parte de los Estatutos de Autonomía. Consecuentemente, y dado que a juicio del autor lo cierto es que, dentro del tenor de la Constitución, no cabe proceder a fusiones de Comunidades Autónomas, no le queda otra alternativa que hacer una «propuesta de *constitutione ferenda*», que en su caso daría por resultado un nuevo precepto constitucional que posibilitaría dichas fusiones de dos o incluso más Comunidades Autónomas. A mi juicio, aunque esta propuesta parece formalmente correcta, no obstante creo personalmente que no sería para nada

³ José Juan TOHARIA CORTES, «Federación», en Salustiano DEL CAMPO, Juan F. MARSAL y José A. GARMENDIA (Coords.), *Diccionario de Ciencias sociales*, Vol. I, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975, pp. 873 y 874.

oportuna, dada la realidad política actual en España. Lo cierto es que una modificación de la norma constitucional de este carácter pondría en manos de partidos políticos anticonstitucionales y directamente independentistas un instrumento para hacerse definitivamente con espacios que históricamente y culturalmente solamente hoy han quedado bajo su órbita de influencia. Sería en realidad otra herramienta en pro de los partidos políticos que abogan por la destrucción del Estado, dando cauce a mayor nivel a la expansión de su ideal totalitario y a su objetivo de crear un régimen excluyente de ideología única nacionalista. En una sociedad ya de por sí muy polarizada en algunas regiones, pongamos el ejemplo de Cataluña, supondría trasladar sus conflictos y radicalización política a otras Comunidades Autónomas, donde actualmente esa problemática es menor o está más contenida. A mi juicio, abrir el melón de la fusión, no sería prudente y sería hasta peligroso para la ya de por sí débil estabilidad del Estado y del régimen constitucional de 1978. Y luego tampoco creo que una propuesta de estas características pudiera conseguir hoy por hoy el consenso necesario en el Parlamento para salir adelante, precisamente por eso, por los riesgos de futuro que puede añadir a la convivencia en y entre Comunidades Autónomas y en España en general.

En fin, la monografía de Ignacio González ofrece un trabajo que era muy necesario para cubrir una laguna sobre un tema incluso no muy conocido por el especialista. Visto en su conjunto, el volumen demuestra un conocimiento profundo de Derecho autonómico y una profundización muy exhaustiva en el objeto de estudio. Es rico y profuso en comentarios de autores, documentos y normativa. Se puede destacar también de manera especial en qué manera el autor busca tratar el tema desde todas las posturas implicadas, a favor y en contra, dando por resultado un trabajo muy jurídico pero también de Ciencia política. Asimismo, el libro está muy bien redactado, está muy bien estructurado y ordenado, posibilitando una lectura desde lo más sencillo hasta lo más complejo, como son los dos últimos capítulos de la monografía. Además es muy imaginativo, como demuestra su propuesta de reforma de la Constitución, dando lugar a un precepto muy técnico y racional; ideal para una sociedad que pudiera permitírselo. En definitiva, un trabajo muy bueno, que analiza de forma clara el objeto y sentido de la disposición transitoria cuarta de la Constitución y del artículo 145 de la Constitución, sus interconexiones con otros preceptos constitucionales y sobre cómo se articula en nuestro ordenamiento jurídico la prohibición de la fusión entre las Comunidades Autónomas.

Alberto Oehling de los Reyes

Profesor Contratado Doctor
Universidad Complutense de Madrid

RALLO LOMBARTE, Artemi, *Investiduras fallidas y Constitución ignota (2015-2020)*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2020, 516 pp., ISBN 978-84-259-1860-5.

<https://doi.org/10.18543/ed.2508>

Publicado en línea: junio 2022

La monografía *Investiduras fallidas y constitución ignota (2015-2020)* del profesor Rallo Lombarte nos muestra cómo en este último quinquenio la política estatal española «ha puesto a prueba» nuestra Carta Magna de forma que nunca hubiera imaginado el constituyente de 1978. Los motivos de las últimas investiduras fracasadas se nos plantean en esta obra con rigor, y se proponen acertadas soluciones constitucionales a las mismas. Todo ello, junto con el acertado análisis de otros episodios constitucionales que han marcado la reciente política multipartidista y en la que el profesor Rallo supone el mejor orador en esta narración, por su dilatada experiencia académica y política.

En su primer capítulo, se nos expone el proceso de transición del bipartidismo que rigió en nuestro país hasta finales de 2015, hasta la fecha del 20 de diciembre de 2015, en la que todo el sistema cambió. Un bipartidismo que el profesor denomina acertadamente como imperfecto en la medida en que los nacionalismos regionales hicieron que no solo existieran dos

fuerzas representadas en las Cortes. El libro expone, con numerosas citas demoscópicas, cómo se produjo el paso al multipartidismo asimétrico, con la aparición de nuevas configuraciones políticas en el ámbito estatal: Podemos, Ciudadanos y Vox, que pusieron en jaque la gobernabilidad española.

Los principales sucesos que han afectado a las investiduras se analizan a continuación, las cuales se han generado desde junio de 2016, con las mejoras electorales de Podemos, siguiendo con «el vértigo de la formación naranja» (p. 45) al llegar a los 57 diputados en abril de 2019, hasta llegar a nuestra actualidad, donde la formación de Vox ha hecho que el PP se vea obligado, como afirma el autor, a debatirse entre «traicionar su compromiso ideológico-electoral o garantizar la estabilidad institucional» (p. 48) para permitir la investidura de un gobierno de izquierdas.

El profesor detalla cómo la falta de mayoría absoluta en el Congreso «se topa casi automáticamente con una *mayoría absoluta de bloqueo*» (p. 51), poniendo como ejemplo paradigmático

los sucesos tras las elecciones de 28 de abril de 2019, donde «tuvo como colofón unos resultados significativamente negativos» (p. 55). Se añade a la exposición cómo influyeron las decisiones de la Mesa de la Cámara Baja para afectar al *quorum* de las votaciones de investidura que sucedieron a dichos comicios de abril del 2019. La *mayoría de bloqueo* afectó también, como se expone, a grandes decisiones de Estado, como la aprobación de los presupuestos generales de los años 2017 y 2019.

El capítulo segundo de esta monografía analiza, con detalle, la primera investidura fallida de principios del 2016. En ésta, el papel del monarca fue entonces más relevante que nunca, ya que hasta la fecha «los partidos asumían la plena responsabilidad de sustraer a la Corona de cualquier margen decisorio que comprometiera su neutralidad» (p. 75). El profesor expone cómo sucedió el devenir de los hechos en el que el partido mayoritario, encabezado por Rajoy, rechazó formar gobierno y se encargó una «investidura imposible» (p. 69) a Sánchez y nos vimos abocados a la «disolución sancionatoria y automática» (p. 93) del artículo 99.5 CE.

En su capítulo tercero, el profesor Rallo nos narra cómo el «bucle diabólico» (p. 113) de la política española se repitió durante el proceso de la segunda investidura fallida del último quinquenio (que tuvo lugar en abril de 2019) donde se sucedieron «las permanentes apelaciones del candidato socialista a la responsabilidad institucional de las derechas para favorecer su investidura mediante la abstención» (p. 100) para acabar igualmente

en un proceso fallido y «aceptar como normal la hipótesis de la repetición electoral» (p. 112).

En el capítulo cuarto, el autor nos expone la problemática y las reformas necesarias ante un procedimiento de investidura y se aborda la posibilidad de que un candidato decida no someterse a la investidura cuando se la proponga el monarca; si bien concluye que «no existe desdoro alguno en la celebración de una investidura fallida» (p. 131). Sobre esta posibilidad de evitar dicho trámite de investidura e iniciar el cómputo del famoso plazo de dos meses, el profesor analiza el informe del Consejo de Estado 1985/2003 apartándose de su criterio, que considera «un quebrantamiento frontal del artículo 99 CE» (p. 129).

A continuación, el autor plantea una hipótesis acertada, como es la posibilidad constitucional de que sea el Presidente del Congreso de los Diputados quien asuma la ronda de consultas al amparo de la dicción literal del artículo 99.1 CE. Considera el profesor Rallo que ello permitiría convertirlo en «un muñidor de los votos» (p. 142) para la investidura y ayudaría a gestionar esta compleja tarea que ha venido ejerciendo el monarca en el actual multipartidismo asimétrico español.

Concluye este capítulo con un interesante debate sobre si es necesaria la disolución del Senado cuando resulta fallida la investidura, teniendo en cuenta que quien provoca la repetición electoral es el Congreso de los Diputados. Se incide también en la relevancia de controlar los plazos cuando se produce la propuesta regia del candidato a presidente y la posible reforma de los

mismos, donde se produce el difícil «dilema entre la flexibilidad y rigidez en los trámites que integran el procedimiento de investidura» (p. 163).

En su capítulo quinto, el autor plantea alternativas para evitar las investiduras fallidas mediante un consenso político que así ha sido posible en otros países de Europa (como Alemania). Asimismo, se analizan las propuestas de reformas legales para solucionar las investiduras fallidas haciendo uso de la opción vasca de impedir los votos negativos en la investidura, descartándola el profesor inmediatamente, puesto que el artículo 99 CE es claro y «no admite vericuetos o subterfugios hermenéuticos» (p. 197). Respecto a la posible introducción de una barrera electoral nacional del 3 %, se analiza la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el principio de proporcionalidad y, amparado también en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el autor considera que «no tendría excesivas dificultades para superar el filtro constitucional» (p. 209).

Se ofrece seguidamente un análisis del derecho comparado con el sistema italiano y el griego, que establecen primas a los partidos mayoritarios que han ganado las elecciones para evitar investiduras fallidas, descartando el autor su posibilidad constitucional española, por la exigencia de proporcionalidad y de una circunscripción provincial, reguladas en el artículo 68 CE; siendo este último argumento el que también hace al profesor descartar la propuesta de la segunda vuelta que propone el *ballottage* francés.

Finaliza este capítulo quinto el autor refiriéndose a la posible reforma

del artículo 99 CE para permitir que, en caso de no conseguirse la mayoría necesaria, se considere inmediatamente investido el candidato del partido más votado o que ha tenido más escaños en el Congreso, como en el modelo local y en algunos de los modelos autonómicos españoles; algo que el profesor defiende «para impedir la repetición como recurso constitucional anómalo e indeseable para la salud de las instituciones democráticas» (p. 243).

Se plantean asimismo otras herramientas, como la posibilidad de disolución discrecional ante el presidente de las cámaras del artículo 115 CE o la necesidad de potenciar la reforma para la creación de una cuestión de confianza legislativa para evitar posibles debilidades en el gobierno y futuras investiduras fallidas. Asimismo, se plantea la necesidad de potenciar la reforma de la potestad presupuestaria «acorde con la complejidad actual» (p. 255). Si bien, se finaliza el capítulo indicando que los problemas para investir gobiernos «no proceden de la Constitución, sino de la política, y es en la política donde se deben buscarse y encontrarse las soluciones» (p. 262).

El último capítulo de esta monografía se dedica a episodios constitucionales inéditos recientes que el profesor Rallo incluye acertadamente, puesto que muchos son, en gran medida, causa o consecuencia de las últimas investiduras fallidas. Se analiza primeramente el periodo transcurrido de Gobierno en funciones en el último quinquenio, donde se hace especial hincapié en el difícil control al Gobierno en funciones que se produjo en 2016, incidiendo en «la exigencia

constitucional de un pleno ejercicio de dicha facultad constitucionalmente nunca puesta en duda» (p. 270). Se analizan aquí otras cuestiones de peso, como la posibilidad también de que durante el Gobierno en funciones se puedan presentar recursos de inconstitucionalidad contra leyes autonómicas, al amparo de la doctrina del Tribunal Constitucional.

En segundo lugar, en este último capítulo del libro se analizan los habituales vetos del Gobierno a enmiendas y proposiciones de leyes de la oposición ligadas al proyecto de Presupuestos Generales; una práctica de obstruccionismo del ejecutivo que el Tribunal Constitucional ha rechazado por considerar dichos vetos «un ensanchamiento de la potestad de veto incompatible con el protagonismo que en materia legislativa otorga a las cámaras la propia Constitución (art. 66 CE)» (STC 24/2018 y pp. 312-313). Se analiza, asimismo, el veto cómplice de la Mesa del Congreso al prorrogar discrecionalmente *sine die* los plazos de enmiendas a iniciativas, lo que supone un «reproche político-constitucional de primera magnitud» (p. 326).

Continúa el capítulo analizando el papel de la moción de censura en este último quinquenio, tanto de la única victoriosa en democracia, la de Sánchez en 2018, como aquellas que fueron testimoniales (como la de Podemos en 2017 y la de Vox en 2020) o como la «amenaza» de moción que presentó Ciudadanos en 2018 para forzar una repetición electoral; utilidades de la moción legítimas pero que «el constituyente nunca imaginó que su obra pudiera servir a fines tan alejados para los que se diseñó» (p. 340).

Una reseña especial la dedica el autor a la revalorización del Senado como cámara de representación territorial, que ya tuvo un papel protagonista durante el debate de la aplicación del artículo 155 CE en Cataluña, analizando el profesor la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre esta coerción estatal a la autonomía catalana. También se expone el uso comisionado de investigación de «banquillo Parlamento» (p. 391) en la XII Legislatura. Por último, también tuvo un papel destacado también la Cámara Alta cuando en diciembre de 2018 rechazó el techo de gasto que había aprobado previamente el Congreso de los Diputados, y aquí el autor analiza cómo una previsión legal del artículo 15.6 de la Ley Orgánica 2/2012 «posibilita al Senado colocarse en posición de igualdad con el Congreso de los Diputados», lo que «altera la arquitectura constitucional» (p. 388).

El siguiente apartado se dedica a la preeminencia del decreto ley en los gobiernos de Rajoy y Sánchez «como instrumento legislativo ordinario inevitable para un gobierno minoritario... en un parlamento multipartidista» (p. 419); lo que el autor analiza mediante los decretos leyes de los «viernes sociales» (p. 420) y el papel de la Diputación Permanente para la convalidación de aquellos dictados durante el *interregnum*.

Especial referencia se hace también en este capítulo a las *nonatas* reformas constitucionales que se han intentado en este último quinquenio, comenzando por las que no pasaron de proyecto y continuando con la relativa a la evaluación del estado autonómico «que nació envuelta de expectativas sociales

notables» (p. 438) pero acabó igualmente extinguiéndose. Otras propuestas de reformas fueron relativas a los aforamientos, a las personas con discapacidad y al lenguaje inclusivo y a la defensa del sistema público de pensiones. El profesor explica cómo la falta de consenso claro o «la inexistente imperiosa necesidad de tal reforma» (p. 455) en otros casos impidieron que todas ellas salieran a la luz.

El capítulo sexto y último de esta monografía, como no podía ser de otra manera, está dedicado al impacto que ha tenido la COVID-19 en el ámbito constitucional. Pone el profesor sobre el papel la polémica desatada sobre si el estado de alarma era el instrumento constitucional adecuado para declarar el confinamiento domiciliario frente al estado de excepción. El autor se considera finalmente «defensor» del estado de alarma indicando además que el debate sobre si debía utilizarse este o el estado de excepción «resultó altamente estéril en términos prácticos, por cuanto nadie ponía en duda las medidas adoptadas por el Gobierno... sino la modalidad de emergencia» (p. 492).

Asimismo, se expone cómo el estado de alarma tuvo un impacto sobre las excepciones del derecho de manifestación, exponiendo la doctrina del

TC que establece que toda prohibición de estas requiere de una «motivación específica» (p. 497). Se destaca también cómo la calidad democrática no se vio interrumpida durante el estado de alarma, ya que siguieron funcionando las Cortes Generales.

Se concluye el libro añadiendo un efecto colateral del estado de alarma, como fue la geolocalización, ya que la Secretaría de Estado de Digitalización encargó, con motivo de la COVID-19, diversas actuaciones que han afectado notablemente a nuestro derecho a la protección de datos, que no ha sido suspendido por ningún estado excepcional, un ámbito que el profesor conoce sobradamente por su trayectoria profesional y académica en la materia.

En conclusión, esta monografía recensionada nos narra los principales hechos constitucionales del último quinquenio, con el detalle y el rigor necesarios para poder comprender el tortuoso viaje que hemos vivido recientemente en la política estatal española, y qué soluciones constitucionales deben aplicarse. En definitiva, un ensayo necesario para constitucionalistas, pero también para el público en general, que debe conocer dónde hemos errado para poder decidir nuestro futuro político.

Jaime Clemente Martínez

Profesor asociado de Derecho Constitucional
Universitat Jaume I de Castelló

ROCA, María J. (coord.) / MORENO FLÓREZ, Rosa María (dir.), *El centenario del Ordenamiento jurídico de Santi Romano*, Dykinson, Madrid, 2021, 172 pp., ISBN 978-84-1377-880-8.

<https://doi.org/10.18543/ed.2509>

Publicado en línea: junio 2022

La profesora María Roca ha reunido una rutilante nómina de juristas para homenajear al insigne Santi Romano y a una de esa obras que marcan época e impronta. Las contribuciones que nos ofrecen cada uno de ellos dan forma a un volumen que se caracteriza por desplegar un estudio pormenorizado de las cuestiones pertinentes. La propia profesora escribe un magnífico prólogo a la obra, que cumple no sólo la función de situar al lector ante lo que se va a encontrar, sino que siembra las ganas intelectuales de seguir pasando la página para poder leer cómo razonan esas mentes preclaras.

El primer capítulo se lo debemos a la pluma del profesor Christian Starck y en él se analiza la pluralidad de ordenamientos jurídicos que existen dentro del Estado, partiendo de las diferencias inherentes detectables en ese conocido triple nivel integrado por lo subnacional, lo internacional y lo supranacional. El objetivo del jurista es, al menos en cierta medida, hacer una suerte de prolongación de las tesis de Romano. Partiendo de la base de la primacía del Derecho primario sobre

el secundario, Starck entiende que las instituciones europeas amplían sus competencias mediante la creación del Derecho, especialmente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, aunque sin eludir que la integración se debe hacer en consonancia con los “señores de los Tratados” que son los Estados miembros. Esos poderes implícitos deben estar a los propios términos que la autorización jurídica establezca. Esto adquiere un relieve capital en el texto del jurista alemán cuando recuerda que, conforme la interpretación del Tribunal Constitucional Federal alemán, la enmienda sustantiva a los Tratados debe gozar de la aceptación del Parlamento alemán. Dicho con otras palabras, la primacía del Derecho de la Unión Europea sólo es válida en la medida en que goce y respete la autoridad constitucional.

El segundo capítulo lo escribe el profesor Gateano Lo Castro, donde el jurista italiano reflexiona en torno a las posibilidades que abrió la obra de Romano en su contexto histórico, pues cabía observar las relaciones *pluriordinamentales* entre el Estado, que

casi todo lo podía, y la Iglesia católica, que debía desempeñar sus funciones en un contexto fuertemente estatista y quizá algo anticatólico. Así fue como se consiguió estudiar, de la mano de la obra de Romano, nos dirá Lo Castro, el Derecho de la Iglesia como un todo acabado, como Derecho en sentido propio. No obstante, el jurista italiano entiende que a las tesis romanistas adolecieron de una cierta falta de perspectiva por cuanto permanecieron ajenas a la relación entre ética y poder.

El tercer capítulo lo firma Gregorio Robles, iusfilósofo y Académico de Morales y Políticas, quien estudia el pensamiento de Santi Romano desde la visión de que no estamos ante un jurista que pugne contra todo positivismo sino sobre una vida y una obra que no compartían los postulados del positivismo legalista. Desde su particular defensa del postulado ligado a la Teoría Comunicacional del Derecho, el profesor Robles cree que esta ayudaría a superar las contradicciones que observa en la noción de ordenamiento jurídico de Romano, especialmente en lo tocante a la identificación que aquél realizaba en torno a la idea de que las normas jurídicas son las normas sociales y las normas de los grupos sociales, sin justificación especialmente plausible.

El cuarto capítulo corre a cargo del profesor Luis Miguez, administrativista que profesa en la Universidad de Santiago de Compostela y que estudia cómo se recepcionaron los postulados *romanistas* en el Derecho administrativo patrio. Esta rama jurídico-pública consiguió, a través de dichas tesis, empezar a comprender la juridicidad

de la organización administrativa más allá del normativismo, pues introduce los principios también como elementos decisivos a la hora de adoptar decisiones jurídicamente vinculantes; o, dicho en otros términos, a la hora de crear y aplicar el Derecho. El capítulo que nos ofrece el jurista español es especialmente relevante en la medida en que se quiera entender la relación entre ordenamientos de las autoridades administrativas independientes, especialmente en el marco del Derecho de la Unión Europea y de la importación que hace este en la materia del modelo norteamericano.

El quinto capítulo se lo debemos a Javier García Roca, constitucionalista que estudia con minuciosidad y brillantez la recepción del concepto de ordenamiento jurídico en la Constitución española de 1978. El jurista complutense se muestra desde el principio proclive a entender que en un ordenamiento bien ordenado no caben, o no pueden haber, contradicciones entre las obligaciones internas e internacionales que el Estado contrae. Las tesis de Romano, nos dice García Roca, sirven para entender la Constitución como una unidad de coherencia lógica, una unidad que ya no solo se compone de normas sino que también da cabida a valores, principios e instituciones, por lo que no podemos hablar ya de que *ius* es solo *lex*. La alabanza a las tesis de Romano no está exenta de una crítica pausada y razonada, especialmente al concepto de institución, pues el jurista italiano no acabó de perfilar el concepto de institución. Ello no obsta a que el constitucionalista destaque el principal mérito del pensamiento *romanista*: las normas

jurídicas no son independientes de la conciencia ni del entorno de las personas y entidades que las aplican.

El sexto y último capítulo se lo debemos a la coordinadora de la obra, la profesora Roca Fernández, quien realiza una reflexión de fondo sobre la posibilidad de repensar el concepto de ordenamiento jurídico a la luz de la jurisprudencia extranjera. Esto es, saber si la fundamentación que suelen realizar los altos tribunales acudiendo

a la jurisprudencia extranjera es, en cierta manera, una superación del concepto de ordenamiento romanista o, al contrario, cabría integrar dicha técnica dentro de una nueva manera interrelación entre ordenamientos. La profesora Roca entiende que debemos estar al caso concreto y que, en ese trance, nunca podemos perder de vista la función que cumple el Derecho: proporcionar una solución justa al caso concreto.

Ignacio Álvarez Rodríguez

Profesor Contratado Doctor (E.R.I) de Derecho Constitucional
Universidad Complutense de Madrid

SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo, *A vueltas con la Parte Especial (Estudios de Derecho penal)*, Atelier, Barcelona, 2020, 170 pp., ISBN 978-84-182441-9-3.

<https://doi.org/10.18543/ed.2510>

Publicado en línea: junio 2022

La editorial Atelier ha publicado esta colectánea de textos, del profesor Pablo Sánchez-Ostiz –previamente publicados, con excepción del estudio introductorio y el capítulo referido a la punibilidad–. En esta contribución, el lector tiene la oportunidad de acceder a una serie de temas relacionados con el estudio de la Parte Especial. Su autor expone en este trabajo la necesidad de abordar un análisis de esa parte del Derecho Penal en base a la necesidad de estructurar y organizar los delitos con arreglo a criterios que los cohesionen (o los unan). No se trata de un libro sobre la Parte Especial en sentido clásico, pues ni se estudian ni se analizan los comportamientos delictivos de manera sistemática o de forma tradicional; por el contrario, el lector encontrará en este trabajo una propuesta sobre el correcto estudio de esa Parte del Derecho Penal.

El trabajo se compone de una nota introductoria, siete capítulos y una sección donde se expone el orden cronológico de aparición de las secciones del libro. Así, en el Cap. I. «A vueltas con la Parte Especial», en esta sección,

su autor expone su posición respecto a lo que debe ser la Parte Especial del Derecho Penal, se aparta del modelo clásico o tradicional, esto es, un modelo dominado por el carácter tópico y el estilo propio del comentario y la glosa. Al respecto, sostiene que se trata de un modelo infructuoso, ya que se aleja de la realidad y del rigor metodológico, dado que la tónica, en su opinión, carece de la suficiente capacidad de generalización, así como su virtualidad teórica; de ahí que su sentido sea el de resolver problemas *ad casum*. Para el profesor Sánchez-Ostiz, una obra sobre Parte Especial debe contener un estudio introductorio sobre la sistematización que estructure el contenido de esa Parte del código penal, así las cosas, dichos trabajos deben igualmente presentar amplias introducciones programáticas. Para lograrlo, apuesta, en primero lugar, por una «teoría sólida sobre el bien jurídico, construida sobre bases antropológicas más sólidas y alejadas de la mera trasposición de lo previsto por el legislador». En segundo lugar, por una construcción de categorías que ayuden a organizar el

estudio de los delitos relacionada con los modos de realización la conducta delictiva.

Para ello, propone centran su análisis en estructuras básicas como la violencia y el error, junto con la desobediencia. En tercer lugar, plantea el análisis de los delitos a través de grupos, se trata de un ejercicio de interpretación apoyado en categoría tanto comunes como específicas, con progresiones de acuerdo con la relevancia de la categoría que se contengan en los tipos; por ejemplo: tipos básicos, tipos agravados, tipos cualificados por el resultado, tipos privilegiados, delitos sui generis; entre otros. Para Sánchez-Ostiz, este método abonaría a la identificación de elementos propios y diferenciales; por ejemplo, cuando analizamos el modo de la comisión del delito o el momento de la acción.

En el Cap. II. «Contribución a una teoría de la Parte Especial del Derecho Penal», pone el acento en la necesidad de una teorización a modo de Parte General en la Parte Especial. A tal efecto, propone un grupo de categorías para la construcción sistemática. *El primero*, el bien jurídico. La idea de acudir al bien jurídico –o contenido material del delito como lo denomina su autor–, puede aportarnos en este propósito mientras dejemos de lado tanto excrescencias como desenfoces (pp. 39-46). *El segundo*, propone centrarnos en una estructura básica sobre la realización de los comportamientos delictivos (pp. 47-52). Esta estructura es la siguiente, violencia, tanto psíquica como física; el error, tanto *iuris* como *facti*. *El tercero*; y la desobediencia (pp. 53-54)

En el Cap. III. «Las normas del concurso de normas: sentido y alcance», expone *el fundamento de las normas* dentro del concurso de leyes. Apunta que la naturaleza de dicha institución se corresponde con la teoría de la interpretación, pues su finalidad es, en definitiva, optar por la norma que abarque adecuadamente la antijuridicidad del comportamiento, evitando la desproporcionalidad por exceso a la hora de aplicar una sanción. Seguidamente despeja un conjunto significativo de dudas, explicando lo que *no es el concurso de normas*. Concluye explicándonos que los ejercicios elaborados en el concurso de normas procuran alcanzar la proporcionalidad, y que debe orientar toda interpretación y aplicación en Derecho penal. Finalmente, expone una crítica sobre la parquedad del precepto contenido en el art. 8 del código penal, pues los parámetros interpretativos que se contienen en dicha norma *regían* en el sistema penal antes de su aparición.

En el Cap. IV. «Los delitos de peligro. Propuestas para su legítima aplicación», presenta algunos motivos relacionados con la aparición y proliferación de estas normas penales en las legislaciones contemporáneas. Nos muestra las dos facetas de los delitos de peligro, la Política, como forma de prevención del delito; la dogmática, como la incriminación de conductas cargadas de una particular forma de afectar bienes jurídicos (*o contenido material del tipo*). Más allá de estas valoraciones, D. Pablo Sánchez-Ostiz resalta siempre la importancia de interpretar estos preceptos a la luz de la Constitución, señalando

que es el único camino para aproximarnos a su legitimación. En esa dirección, propone algunas pautas para legitimar la aplicación. La primera, aplicar las normas penales –única-mente– ante la existencia objetiva de peligro para los bienes jurídicos. La segunda, materializar los principios básicos del derecho penal a la hora de interpretar los preceptos. La tercera, ante la concurrencia de peligro y lesión, cuestionarnos sobre la procedencia de la doble aplicación, proporcionalidad en materia de concursos.

En el Cap. V. «¿Qué sentido tiene la categoría de los delitos de mera actividad?», presenta las dificultades interpretativas que caracterizan a los delitos de mera actividad. Comenta, además, la pretendida residualidad que caracteriza a los delitos de mera conducta. A continuación nos enseña el escaso rendimiento de esta categoría de delito, para luego explicarnos –con indudable rigor metodológico– el carácter excepcional de esta clase de tipos. Dentro de las consecuencias principales de estos delitos resaltan la inadmisión de la tentativa acabada, el rechazo de la comisión por omisión, la compleja admisión de la coautoría y autoría mediata. Además, apunta algunas de las características: se aprecian como delitos de propia mano, son delitos que carecen de objeto material, no representarían problemas de cara a establecer tanto el tiempo como el lugar de la acción. Al repasar tanto las consecuencias prácticas como las características de estos tipos penales, aborda una crítica sobre la presunta ilegitimidad de estas normas, pero a su vez, subraya la *ubicuidad* del concepto de resultado, pues

este podría incluirse asimismo en los delitos de mera conducta, ya que, según su autor, va mucho más allá de algo natural, se corresponde como expresión de un comportamiento. Luego, señala que la referencia como delito de resultado –en el marco de una definición legal– posee una enorme carga significativa, pues, por lo general, se suele indicar la conducta por su resultado (p. 109). Posteriormente, apunta que –si lo esencial al delito es la conducta y no el resultado– la producción del resultado afectaría no al injusto de la conducta, sino a la necesidad de su sanción (p. 119). Al final de su exposición, defiende la categoría de los delitos de mera actividad, pues lo que en realidad importa en todo delito es el ámbito analítico (p. 121).

En el Cap. VI. «Punibilidad y teoría del delito. Propuesta de sistematización de los supuestos de no punibilidad», Nos recuerda que se mantiene un consenso respecto en que debe incluirse en la punibilidad todos aquellos factores que se ubiquen más allá del injusto y de la culpabilidad, así como de aquellos que dependan de la sanción (pp. 124-125). Luego, presenta una clasificación, empleando una sistemática propia, sobre los supuestos de no punibilidad en la legislación española, agrupándolos en dos criterios combinados, es decir, cuatro criterios y grupos. Más adelante, su autor nos muestra una propuesta de clasificación sobre los factores que afectan a la punibilidad del injusto. Tras esa clasificación, aparecen las consecuencias sobre su propuesta; entre las cuales, apuntamos las siguientes. Por un lado, tras resaltar el carácter tópico de

la punibilidad, apunta la necesidad de hacer dogmática aplicada a esta categoría. Por otro lado, señala que en los casos previstos de no punibilidad, es resultado asociado a la relevancia concedida al respectivo factor de no punibilidad. Además, respecto a la clasificación de supuestos de no punibilidad, se sustenta, en algunos supuestos, en la capacidad de imputar una conducta valorada por su relevancia «contra-típica» y a partir de ahí, al tratarse de una conducta, requiere su atribución en función de elemento subjetivos.

En el Cap. VII. «El acceso inductivo a las instituciones jurídicas o ¿por qué enseñar con un método deductivo?», su autor nos muestra algunas críticas sobre el modelo tradicional de la enseñanza del Derecho en la Universidad. Aunque critica el método deductivo, vemos que no disiente de la importancia de afianzar los conceptos básicos como la mejor manera de preparar a los potenciales jurista a la preparación práctica, pero deja claro que el método deductivo no tiene que ser el único camino para tal preparación. En ese sentido, nos muestra tres razones sólidas para apostar por el método inductivo en el marco de la enseñanza. En primer lugar, porque tal método goza de prestigio, al igual que deductivo, «y no erado de suyo». En segundo lugar, porque se encaja en la finalidad de la enseñanza el Derecho, esto es, capacitar profesionales para la vida real, en tal sentido, importa sumergir a los alumnos desde temprano en el escenario de la vida real, solo así, será posible ofrecerles la «capacidad de darse cuenta de lo que pasa». En tercer lugar, presenta una

razón que desde mi punto de vista resulta contundente. Nos advierte sobre la *multiformidad* de la inteligencia humana, advirtiéndonos que la comprensión del individuo no trabaja, únicamente, de forma descendente desde los principios hasta los casos prácticos. Sin embargo, advierte que no menosprecia ni la memoria «ni la realidad de que la mejor práctica es una buena teoría: planteo más bien que el acceso a la realidad Derecho es perfectamente posible mediante procedimientos inductivos, y no solo deductivos» (p. 157).

Hasta este punto el planteamiento elaborado por el profesor D. Pablo Sánchez-Ostiz, quien elabora una propuesta, a mi juicio, tanto novedosa como necesaria en el ámbito del estudio de Parte del Derecho penal. A un trabajo tan escrupuloso como este, podrían efectuársele escasas objeciones; en cambio, debo presentar un par de observaciones a propósito de mi lectura. La primera se enmarca en la estructura de la obra; mientras que la segunda se refiere en una ausencia.

En primer lugar, en el documento se recoge un apartado que, a mi modo de ver, no se relaciona del todo con núcleo central de su trabajo, es decir, con la tesis del autor. Me refiero concretamente al comentado Cap. VII. («El acceso inductivo a las instituciones jurídicas o ¿por qué enseñar con un método deductivo?»). En esa sección, como acaba de decirse, su autor presenta una propuesta sobre la enseñanza del Derecho, se recogen en dichas paginas sendas valoraciones que tienen un enorme valor, en el ámbito de la praxis, para la formación de los potenciales juristas, pero el contenido

esencial de ese capítulo se distancia, en mayor o menor grado, de la tesis central de la obra.

En segundo lugar, a mi parecer, tras agotar el estudio de este trabajo, no pude detectar una concretización de la propuesta. Si no lo malinterpreto, su aportación central se basa en abordar el estudio de los delitos como parte de un todo y no de manera aislada o particular; para ello, hace énfasis en la necesidad de encontrar elementos comunes para la interpretación y posterior restricción de los preceptos legales que describen comportamientos delictivos. Sobre este particular, es innegable que nos muestra con solvencia una serie de pautas, las cuales estimo de gran valor a la hora de focalizar el estudio de las normas que describen comportamientos delictivos; a pesar de todo, estimo que el lector echará en falta esa guía ya elaborada, para trabajar el estudio de esa sección del Derecho de manera rigurosa con los elementos estructurales y sistematizadores. Como he señalado, apuesta por centrar el estudio en un conjunto de tópicos. *Una teoría sólida sobre el bien jurídico, construida sobre bases antropológicas cualificadas y alejadas de la mera permutación de*

lo descrito por el legislador. Una construcción de categorías que ayuden en la estructuración del estudio de los comportamientos relacionados con modos de realización del tipo y, finalmente, el examen de los delitos mediante grupos. Dicho de otro modo: un ejercicio interpretativo apoyado en categorías tanto comunes como específicas. Pero con graduaciones relacionadas con la relevancia de la condición que se contengan en los diferentes tipos penales. Con todo, considero que esta ausencia obedece, en parte, a la naturaleza misma del libro; esto es, dejar abierto el debate a la recepción de contribuciones a fin de lograr esa anhelada Parte General de la Parte Especial del Derecho Penal¹.

Para cerrar, se trata de una obra de lectura obligada en el marco de la concretización de la Parte General de la Parte Especial del Derecho Penal. Un trabajo que realmente impresiona, con la solvencia habitual que caracteriza al autor, no solo ofrece un análisis profundo y poco frecuente en nuestro ámbito de estudio; *A vueltas con la Parte Especial* en realidad nos invita a reflexionar y replantearnos el estudio de nuestra materia.

Roberto Cruz Palmera
Universidad Isabel I de Castilla

¹ Sin embargo, la propuesta, elaborada con detalle, reposa en otra de sus contribuciones: *Crimina 3.0: materiales para clases prácticas de la parte especial del Derecho penal*, Pablo SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIERREZ/María Elena IÑIGO CORROZA/Mario PEREIRA GARMENDIA, Ediciones Universidad de Navarra. EUNSA, 2018.

EN ESTE NÚMERO DE *ESTUDIOS DE DEUSTO*.
REVISTA DE DERECHO PÚBLICO COLABORAN /
THIS ISSUE INCLUDES CONTRIBUTIONS FROM:

Astrid BARRIO LÓPEZ es Profesora Titular de Derecho Constitucional en la Universitat de València (España).

Josep M^a CASTELLÁ ANDREU es Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Barcelona (España) y Miembro de la Comisión de Venecia del Consejo de Europa.

Fernando ÁLVAREZ-OSSORIO MICHEO es Profesor Titular de Derecho Constitucional en la Universidad de Sevilla (España).

Nuria MAGALDI MENDAÑA es Profesora Titular de Derecho Administrativo en la Universidad de Córdoba (España).

Annaïck FERNÁNDEZ LE GAL es Profesora de Derecho Constitucional en la Universidad de Córdoba (España).

Ana CARMONA CONTRERAS es Catedrática de Derecho Constitucional en la Universidad de Sevilla (España).

Abdelhamid ADNANE RKIOUA es Profesor Contratado Doctor de Derecho Constitucional en la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla (España).

Manuel ÁLVAREZ TORRES es Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid (España).

Selena CEBRIÁN BELTRÁN es Investigadora doctoral en la Universitat de València (España).

Luis Juan DELGADO MUÑOZ es Magistrado, Investigador en formación en la Escuela internacional de Doctorado de la UNED en el Programa de Doctorado en Derecho y Ciencias Sociales, Profesor Tutor de Derecho Procesal en la UNED (España).

Guillermo GARCÍA GONZÁLEZ es Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad Internacional de La Rioja (UNIR) (España).

Jesús LÓPEZ DE LERMA GALÁN es Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad Rey Juan Carlos (España).

Luis SÁNCHEZ QUIÑONES es Doctor en Derecho por la UNED (España).

Beatriz TOMÁS MALLÉN es Profesora Titular de Derecho constitucional en la Universitat Jaume I de Castellón (España).

Alberto OEHLING DE LOS REYES es Profesor Contratado Doctor en la Universidad Complutense de Madrid (España).

Jaime CLEMENTE MARTÍNEZ es Profesor asociado de Derecho Constitucional en la Universitat Jaume I de Castelló (España).

Ignacio ÁLVAREZ RODRÍGUEZ es Profesor Contratado Doctor (E.R.I) de Derecho Constitucional en la Universidad Complutense de Madrid (España).

Roberto CRUZ PALMERA es Profesor de Derecho en la Universidad Isabel I de Castilla (España).

Cada autor es responsable de sus asertos y opiniones. *Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público* solamente de que el valor científico de sus trabajos les merece ser publicados.

ESTUDIOS DE DEUSTO. REVISTA DE DERECHO PÚBLICO

Normas de publicación

1. **Contenido.** La revista *Estudios Deusto. Revista de Derecho Público* publica, con carácter semestral (junio y diciembre), trabajos en castellano o en inglés que son el resultado de investigaciones originales en las distintas ramas del Derecho público. La Revista no cobra importe alguno a los autores por el envío de los artículos, ni por su evaluación, ni por su posterior publicación. Además de artículos resultado de investigaciones originales, la revista *Estudios Deusto. Revista de Derecho Público* publica reseñas de publicaciones u obras científicas. Al respecto no acepta reseñas no solicitadas. No obstante, agradece sugerencias sobre libros para su recensión o reseña.
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. **Idiomas:** Los autores son responsables de usar un inglés o un castellano adecuado, y pueden recurrir a servicios profesionales de idiomas, preferentemente antes del envío del manuscrito.
6. **Envío:** Los manuscritos deben ser enviados únicamente al siguiente correo: revistaestudios@deusto.es. Los autores recibirán un acuse de recibo por parte de la Dirección de la Revista en un plazo máximo de 7 días, comunicándoles la aceptación del trabajo a efectos de su posterior evaluación por pares o el rechazo por no respetar los criterios que se han indicado en cuanto al formato, idiomas o enfoque de la Revista. En caso de que el rechazo sea motivado por cuestiones

de formato, los defectos podrán ser subsanados y por tanto se podrá llegar a aceptar el manuscrito y someterlo a la correspondiente evaluación por pares. En cambio, si el rechazo se debe a que el trabajo no está ni en inglés ni en castellano, los idiomas aceptados por la Revista para su publicación, o si se debe a que el trabajo no aborda aspectos de Derecho público, el manuscrito será rechazado sin que sea evaluado. Actualmente no hay ningún tipo de tasa o cargo para los autores por enviar manuscritos, aceptarlos, evaluarlos o publicarlos.

7. **Proceso de evaluación:** Estudios Deusto. Revista de Derecho Público utiliza el sistema de evaluación «doble ciego», por lo que debe desconocerse tanto la identidad del evaluador como del autor durante el proceso de evaluación del trabajo. En este sentido, se hará todo lo necesario para evitar que se pueda desvelar la identidad de los evaluadores y de los autores de los trabajos. Es nuestra intención que los autores conozcan la no aceptación del manuscrito no revisado en un plazo de 7 días desde la recepción del manuscrito, y en caso de que se acepten para su evaluación, el proceso puede prolongarse de 2 a 3 meses.

Aviso de derechos de autor/a

Los autores, mediante la entrega de sus manuscritos a la revista Estudios Deusto. Revista de Derecho Público, aceptan las condiciones que se detallan a continuación sobre derechos de autor y se comprometen a cumplirlas.

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. Derechos de los autores, responsabilidad y Código ético:
 - a) Los autores garantizan que su trabajo es original; que no ha sido publicados 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. Revista de Derecho Público (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 Deusto. Revista de Derecho Público y de una manera que no sugiera un respaldo al autor o a su trabajo por parte de la Revista.
 - 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.
 - e) Los autores son los únicos responsables de las consecuencias que puedan derivarse de las reclamaciones de terceros sobre el manuscrito enviado y su publicación en la Revista Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público.
3. Usuarios: Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público es una publicación de acceso abierto. Su contenido es gratuito. Se permite el acceso completo e inmediato, la lectura, la búsqueda, la descarga, la distribución y la reutilización en cualquier medio o formato solo con fines no comerciales y de conformidad con la legislación de derechos de autor aplicable, sin el permiso previo de la Revista o del autor(es). En cualquier caso, se debe hacer un reconocimiento adecuado de

la fuente de publicación original y cualquier cambio en el trabajo original debe indicarse claramente y de una manera que no sugiera el respaldo del autor o de la Revista en absoluto. Cualquier otro uso de su contenido en cualquier medio o formato, ahora conocido o desarrollado en el futuro, requiere el permiso previo por escrito del titular de los derechos de autor.

Código ético

Estos compromisos están basados principalmente en las políticas de actuación de Elsevier, así como en las pautas o buenas prácticas recomendadas por COPE (*Committee on Publication Ethics*).

1. Ámbito de actuación y objetivos de la Revista

1.1. Ámbito de la Revista

La revista *Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público* es una revista científica con una larga trayectoria en el ámbito del Derecho que publica dos números anualmente y que es de acceso abierto. Publica trabajos escritos en castellano o en inglés que son el resultado de investigaciones originales en las distintas ramas del Derecho público, así como reseñas de publicaciones científicas en el ámbito del Derecho público.

1.2. Financiación

Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público es una revista científica especializada editada por la Facultad de Derecho de la Universidad de Deusto y que únicamente cuenta con el apoyo económico de la Facultad de Derecho de la Universidad de Deusto.

2. Organización de la Revista

2.1. Órganos

La revista *Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público* cuenta con un equipo editorial conformado por una Dirección, un Consejo de Redacción y un Consejo Asesor.

La Dirección de la Revista está conformada por el Director y la Secretaria General. Y es designada por parte de la máxima autoridad de la Facultad de Derecho de la Universidad de Deusto (Decano/a) entre su profesorado. Y del mismo modo dicha autoridad podrá decidir su cese y su sustitución por otras personas.

El Consejo de Redacción está conformado por profesores y expertos especializados en el ámbito del Derecho. A solicitud de la Dirección de la Revista pueden ayudar y asesorar acerca de la publicación de los manuscritos recibidos. Igualmente, son consultados ante un cambio en el enfoque y alcance de la Revista.

El Consejo Asesor está conformado por profesores y expertos especializados en el ámbito del Derecho. A solicitud de la Dirección de la Revista pueden ayudar y asesorar acerca de la publicación de los manuscritos recibidos, así como pueden evaluar manuscritos recibidos por parte de la Revista y proponer evaluadores para dichos manuscritos por la temática que abordan.

El Consejo de Redacción, al igual que el Consejo Asesor, es designado a propuesta de la Dirección de la Revista por parte de la máxima autoridad de la Facultad de Derecho de la Universidad de Deusto (Decano/a) entre profesores y/o profesionales de reconocido prestigio. Y del mismo modo dicha autoridad podrá decidir su cese a propuesta de la Dirección de la Revista.

2.2. Obligaciones generales de la Dirección de la Revista

La Dirección 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.
 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 y personales a los compromisos intelectuales y éticos que asume la Revista.
 8. Revisar continuamente y asegurarse del cumplimiento de los compromisos intelectuales y éticos asumidos por la Revista junto con el Consejo de Redacción.
- 2.3. Confidencialidad y tratamiento de los conflictos de interés de los órganos de la Revista
- La Dirección, el Consejo de Redacción y el Consejo Asesor de la Revista no deberán proporcionar información sobre los artículos enviados para su eventual publicación a ninguna persona que no sea el autor correspondiente y los potenciales o actuales evaluadores del artículo. Los artículos no publicados no podrán usarse bajo ninguna circunstancia en investigaciones de los integrantes de la Dirección de la Revista, del Consejo de Redacción, del Consejo Asesor o de cualquiera otra de las personas que puedan tener acceso al mismo, 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 igualmente en secreto y no deberá ser usada bajo ninguna circunstancia en beneficio personal.
- Los integrantes de la Dirección, del Consejo de Redacción o del Consejo Asesor 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.
3. Propiedad intelectual y tratamiento de los datos
- Los autores, mediante la entrega de sus manuscritos a la revista *Estudios Deusto. Revista de Derecho Público* garantizan que su trabajo es original; que no ha sido publicados en cualquier forma anteriormente; y que no está preparando su publicación en otra parte.
- 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.
- No obstante, 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 Deusto. Revista de Derecho Público*.
- Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público* es una revista de acceso abierto y su contenido puede ser libremente usado, leído, descargado, distribuido en cualquier medio solo para fines no comerciales sin autorización previa del editor o de los autores. En todo caso, deberá citarse la fuente y el autor de la publicación original e indicar claramente cualquier cambio que se haya realizado sin que parezca de ningún modo que cuenta con el respaldo del editor o de los autores. La Revista se publica esencialmente en línea a través del sistema 'Open Journal Systems (OJS)' que integra el protocolo OAI (Open Archive Initiative) para una mayor difusión y transmisión de sus contenidos en internet, así como para una mayor accesibilidad y reutilización de sus contenidos por la comunidad científica y la sociedad en general.
4. Relación con los autores
- 4.1. 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.

4.2. 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.

4.3. Proceso de evaluación y Decisiones respecto a la publicación

El proceso de evaluación está sujeto a estrictas condiciones de confidencialidad. Los autores no conocerán la identidad de los evaluadores, 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.

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 órganos de la Revista (Dirección y/o Consejo de Redacción y/o Consejo Asesor), 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, 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.

4.4. Obligaciones de los autores

4.4.1. 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 ulteriores 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.

La Dirección de la Revista comprobará la originalidad de los manuscritos presentados mediante el uso de la aplicación TURNITIN antes de ser evaluados anónimamente por evaluadores expertos externos e independientes para su posible publicación en la Revista.

4.4.2. 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.

Los autores deberán asegurarse en su caso de que todos los coautores estén debidamente incluidos, y que no haya ninguna persona mencionada como autora indebidamente.

Igualmente, todos los autores deberán haber visto y aprobado la versión final del trabajo y su envío para su publicación.

4.4.3. 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 claramente en el manuscrito.

En caso de que no se hayan revelado algunos de ellos antes de la publicación, la Dirección de la Revista deberá publicar las correcciones correspondientes.

4.4.4. 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.

4.4.5. 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.

4.4.6. Manipulación de las fuentes

La manipulación o alteración de las citas del manuscrito no se considera ético o aceptable. Se estima que se produce esa situación cuando se añaden citas que no se corresponden o no encajan adecuadamente con el contenido del manuscrito y/o que se incluyen con la finalidad de aumentar de manera artificial las citas de un autor o una revista.

4.4.7. Errores en los artículos publicados

Si un autor descubre un error o inexactitud relevante en su propio trabajo ya publicado, deberá notificárselo inmediatamente a la Dirección de la Revista y colaborar con ella en la corrección o retractación del error cometido. Si la Dirección de la Revista tiene conocimiento de un error relevante en un trabajo publicado a través de una tercera persona, se le notificará inmediatamente este hecho al autor del trabajo afectado para que pueda alegar lo que estime conveniente, en particular para que pueda enviar la correspondiente retractación y corrección o acreditar la veracidad y corrección de su trabajo. La Dirección analizará la situación y adoptará una decisión definitiva al respecto, que se comunicará al autor.

5. Relación con los evaluadores

5.1. Obligaciones de los evaluadores

El proceso de evaluación está sujeto a estrictas condiciones de confidencialidad. Los evaluadores no conocerán la identidad de los autores, ni de los demás evaluadores del mismo ma-

nuscrito, 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 con previa autorización expresa de la Dirección de la Revista.

Los evaluadores deberán actuar objetivamente, y emitir juicios y evaluaciones claras y precisas, suficientemente argumentadas e imparciales.

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 para que proceda en consecuencia.

5.2. 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 deberán ser usadas 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.

Los evaluadores manifestaran a la Dirección de la Revista, antes de llevar a cabo la evaluación, cualquier conflicto de interés en el que se puedan encontrar, ya sean personales, académicos, o comerciales.

5.3. Derechos de los evaluadores

Los evaluadores asisten a la Dirección de la Revista en las decisiones sobre la publicación de los artículos y de este modo contribuyen a la mejora de la Revista. Igualmente, tienen derecho a pedir la ayuda que necesiten a la Dirección de la Revista.

Los evaluadores tienen derecho a pedir a la Dirección de la Revista la acreditación de su colaboración con la Revista evaluando manuscritos.

6. Tratamiento de las reclamaciones y sanciones

Si hay sospechas fundadas sobre el incumplimiento de las normas éticas del presente Código, la Dirección de la Revista procederá a investigar inmediatamente el asunto. Con este propósito podrá consultar con el Consejo de Redacción, así como solicitar asesoramiento al Consejo.

Si el Director de la Revista finalmente estima que un autor o autores han infringido las normas éticas sobre publicación de la Revista, éste se reserva el derecho a imponer sanciones como pueden ser la no aceptación de ulteriores manuscritos que pueda presentar el autor o autores, el rechazo de la publicación de manuscritos del autor o autores en proceso de evaluación, así como la retirada o la corrección del trabajo publicado por el autor o autores en la Revista.

La Dirección de la Revista con el eventual asesoramiento del Consejo de Redacción y del Consejo Asesor decidirá sobre si es necesaria una retirada del trabajo de la Revista o si es suficiente con una corrección del mismo.

Además, si las sospechas fundadas sobre el incumplimiento de las normas éticas del presente Código recaen sobre algún miembro del Consejo de Redacción o del Consejo Asesor, la Dirección de la Revista procederá a investigar inmediatamente el asunto pudiendo contar con el asesoramiento del Consejo de Redacción y/o del Consejo Asesor, sin la participación del miembro o de los miembros afectados de tales órganos. Si el Director de la Revista finalmente estima que un

miembro o miembros del Consejo de Redacción o del Consejo Asesor ha infringido estas normas éticas, propondrá a la máxima autoridad de la Facultad de Derecho de la Universidad de Deusto (Decano/a) la adopción de alguna medida sancionadora, entre las que podrá estar su cese inmediato. La decisión final será adoptada por dicha máxima autoridad.

Igualmente, si la persona afectada por estas sospechas de incumplimiento de las normas éticas del presente Código es la propia Dirección de la Revista, la máxima autoridad de la Facultad de Derecho de la Universidad de Deusto (Decano/a) será quien ordene la investigación y decida finalmente si debe adoptarse o no alguna medida sancionadora, entre las que podrá estar su cese inmediato.

Estudios de Deusto

Revista de Derecho Público

Volume 70, Issue 1, January-June 2022

DOI: <https://doi.org/10.18543/ed7012022>

Table of contents

Special Issue: “Democracy, the Rule of Law and Judicial Independence in Europe”

**Illiberal Democracy, Populism and
the Rule of Law**

ASTRID BARRIO LÓPEZ

**Rule of Law and judicial
independence according to the
Venice Commission**

JOSEP M^º CASTELLÀ ANDREU

**Independence of the justice
system. Rule of Law as Human
Right (Case of Gudmundur Andri
Astráðsson c. Islandia)**

FERNANDO ÁLVAREZ-OSSORIO MICHEO

**The European Judge’s Guarantee
of Independence: A Covered
Revolution of CJUE**

NURIA MAGALDI MENDAÑA

**Rule of Law, judicial independence
and autonomy of the Public**

**Prosecutor’s Office. Towards a
European model of prosecution**

ANNAÏCK FERNÁNDEZ LE GAL

**Democracy, Rule of Law and
judicial independence in Spain: an
Analysis from a European
perspective**

ANA CARMONA CONTRERAS

Studies

**Social peace as an objective
projection of a possible
constitutional right to emotional
well-being in the Spanish and
European framework**

ABDELHAMID ADNANE RKIOUA

**Peace as an Instrument to achieve
just, peaceful and inclusive
societies (SGD 16 the 2030 Agenda)**

MANUEL ÁLVAREZ TORRES

**New challenges in the field of
video surveillance by the security
forces under Organic Law 7/2021:
The difficult balance between
security and data protection**

SELENA CEBRIÁN BELTRÁN

**The execution of ECHR Judgments
and the actually Criminal Judicial
Review: five years in force**

LUIS JUAN DELGADO MUÑOZ

**Temporary Hiring in the Labour
Reform: Critical Reflections on its
legal shaping**

GUILLERMO GARCÍA GONZÁLEZ

**Free Trade Agreements in the
United States. Its integration in the
Constitutional System and the new
interpretation of Democratic
Legitimacy in Conflict Resolution**

JESÚS LÓPEZ DE LERMA GALÁN

**The Saxon legal system. Social
Structure, property, courts of
justice and laws**

LUIS SÁNCHEZ QUINONES

**Effectiveness of Protocol No. 16 to
the European Convention on
Human Rights and its potential
constitutional impact in Spain**

BEATRIZ TOMÁS MALLÉN

Book reviews