

Estudios de Deusto

Revista de Derecho Público

ISSN 0423-4847 (papel)

ISSN 2386-9062 (digital)

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

Vol. 70/2 julio-diciembre 2022

DOI: <https://doi.org/10.18543/ed7022022>

Sumario

Estudios

El principio dispositivo: Razones para su supresión y propuestas de reforma

MAR ANTONINO DE LA CÁMARA

La fragilidad del derecho fundamental a la protección de datos personales del menor ante la exposición de su vida personal y familiar en la red: De la necesidad de nuevos mecanismos y garantías legales

ESTELA BRION BERDOTE

Los límites formales y materiales a la revisión de la Constitución italiana

DANIEL CAPODIFERRO CUBERO

Los principios de buen gobierno de la nueva Ley Valenciana 1/2022

JAIIME CLEMENTE MARTÍNEZ

La identidad constitucional de la Unión Europea: Una categoría jurídica en construcción

PABLO CRUZ MANTILLA DE LOS RÍOS

Los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS): Hacia un nuevo contrato social intra e inter-generacional

FELIPE GÓMEZ ISA

Símbolos, neutralidad e integración constitucional

JOSU DE MIGUEL BÀRCENA

Jurisprudencia

Una aproximación a la jurisprudencia sobre la contra-excepción del "menoscabo a los intereses de seguridad" como justificación a la inmunidad de jurisdicción de un estado

extranjero en los procesos de despido en España

ÓSCAR GARCÍA MACEIRAS

Comentarios a la Opinión Consultiva 26/20 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ciertas consideraciones sobre el 'poder del procedimiento'

LUIS A. LOPEZ ZAMORA

Resenciones

Estudios de Deusto

Revista de Derecho Público

Estudios de Deusto

Revista de Derecho Público

Fundada en 1904 / Founded in 1904

Vol. 70/2 julio-diciembre 2022

DOI: <https://doi.org/10.18543/ed7022022>

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. 70/2 julio-diciembre 2022

DOI: <https://doi.org/10.18543/ed7022022>

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)

Secretaria General:

Belén García Álvarez (Universidad de Deusto)

Consejo de redacción:

Miguel Beltrán de Felipe (Universidad de Castilla-La Mancha); Vito Breda (University of Queensland, Australia); Ana Carmona Contreras (Universidad de Sevilla); María Soledad Gil Nobajas (Universidad de Deusto); Ana Isabel Herrán Ortiz (Universidad de Deusto); Marisol Luna Leal (Universidad Veracruzana, México); Giuseppe Martinico (Scuola Superiore Sant'Anna, Italia); Patricia Rodríguez-Partrón Rodríguez (Universidad Autónoma de Madrid); Ángel Rodríguez-Vergara Díaz (Universidad de Málaga); Carmen Salcedo Beltrán (Universitat de València)

Consejo Asesor y Evaluador:

Miguel Agudo Zamora (Universidad de Córdoba); Leonardo Álvarez Álvarez (Universidad de Oviedo); Cristina Arenas Alegría (Universidad de Deusto); Manuel Arenilla Sáez (Universidad Rey Juan Carlos); Montserrat Auzmendi del Solar (Parlamento Vasco); Miguel Azpitarte Sánchez (Universidad de Granada); Leyre Burguera Ameave (Universidad Nacional de Educación a Distancia); María Pilar Canedo Arrillaga (Universidad de Deusto); Maita Chan-Gonzaga (Ateneo de Manila, Filipinas); María Elósegui Itxaso (Universidad de Zaragoza); Juan Franch Fluxá (Universidad de las Islas Baleares); Eloy García López (Universidad Complutense de Madrid); María Holgado González (Universidad Pablo de Olavide); Sara Iglesias Sánchez (Universidad Complutense de Madrid); Luis Jimena Quesada (Universidad de Valencia); Miodrag Jovanovic (Univerzitet u Beogradu, Serbia); Francisco Marcos (IE Law School); Elia Marzal Yetano (Universidad de Barcelona); Remedios Morán Martín (Universidad Nacional de Educación a Distancia); María Aránzazu Moretón Toquero (Universidad de Valladolid); Juan José Nieto Montero (Universidad de Santiago de Compostela); Jorge Omar Bercholz (Universidad de Buenos Aires, Argentina); Sabrina Ragone (Universidad de Bolonia, Italia); Javier Revorio Díaz (Universidad de Castilla-La Mancha); Fernando Rey Martínez (Universidad de Valladolid); María Luisa Sánchez Barrueco (Universidad de Deusto); Esther Seijas Villadangos (Universidad de León); Francisco Sosa Wagner (Universidad de León); Javier Tajadura Tejada (Universidad del País Vasco); Beatriz Tomás Mallén (Universidad Jaume I); Gema Tomás Martínez (Universidad de Deusto); Patrick Wautelet (Université de Liège, Bélgica); Laura Zúñiga Rodríguez (Universidad de Salamanca)

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, InDICES-CSIC, Dialnet, DULCINEA, Latindex, REDIB, RESH, MIAR, DICE, IBZ, PROQUEST PERIODICAL INDEX ONLINE, CIRC, CARHUS Plus+, Google Académico y WorldCat.

Scopus®



FECYT-473/2022
Fecha de certificación: 2ª convocatoria (2022)
Validación: 22 de julio de 2022

Estudios de Deusto

Revista de Derecho Público

Vol. 70/2 julio-diciembre 2022

DOI: <https://doi.org/10.18543/ed7022022>

Sumario

Estudios

- Mar ANTONINO DE LA CÁMARA, *El principio dispositivo: Razones para su supresión y propuestas de reforma* 15
- Estela BRION BERDOTE, *La fragilidad del derecho fundamental a la protección de datos personales del menor ante la exposición de su vida personal y familiar en la red: De la necesidad de nuevos mecanismos y garantías legales* 49
- Daniel CAPODIFERRO CUBERO, *Los límites formales y materiales a la revisión de la Constitución italiana* 77
- Jaime CLEMENTE MARTÍNEZ, *Los principios de buen gobierno de la nueva Ley Valenciana 1/2022* 115
- Pablo CRUZ MANTILLA DE LOS RÍOS, *La identidad constitucional de la Unión Europea: Una categoría jurídica en construcción* 153
- Felipe GÓMEZ ISA, *Los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS): Hacia un nuevo contrato social intra e inter-generacional* 191
- Josu DE MIGUEL BÁRCENA, *Símbolos, neutralidad e integración constitucional* 225

Jurisprudencia

- Óscar GARCÍA MACEIRAS, *Una aproximación a la jurisprudencia sobre la contra-excepción del “menoscabo a los intereses de seguridad” como justificación a la inmunidad de jurisdicción de un estado extranjero en los procesos de despido en España* 255
- Luis A. LOPEZ ZAMORA, *Comentarios a la Opinión Consultiva 26/20 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ciertas consideraciones sobre el ‘poder del procedimiento’* 277

Recensiones

- GARCÍA GUERRERO, José Luis; MARTÍNEZ ALARCÓN, María Luz, *La Solidaridad. Estudio constitucional comparado*, por Jorge Rafael Alguacil Gonzalez-Auriolos 311
- LASSALLE, Ferdinand, *Sobre la esencia de la Constitución*, por Francisco Vila Conde 321
- SIMÓN CASTELLANO, Pere, *La prisión algorítmica. Prevención, reinserción social y tutela de derechos fundamentales en el paradigma de los centros penitenciarios inteligentes*, por María Victoria Álvarez Buján 327
- VIDAL PRADO, Carlos, *La Junta Electoral Central española. Análisis de algunas decisiones recientes*, por Alberto Oehling de los Reyes 331

Estudios de Deusto

Revista de Derecho Público

Volume 70, Issue 2, July-December 2022

DOI: <https://doi.org/10.18543/ed7022022>

Table of Contents

Studies

Mar ANTONINO DE LA CÁMARA, <i>The Dispositive Principle: Reasons for its abolition and Reform Proposals</i>	15
Estela BRION BERDOTE, <i>The fragility of the fundamental right to the protection of minors' personal data when faced with the exposure of their personal and family life on the internet: The need for new mechanisms and legal safeguards</i>	49
Daniel CAPODIFERRO CUBERO, <i>Formal and Substantive limits in the revision of the Italian Constitution</i>	77
Jaime CLEMENTE MARTÍNEZ, <i>The Principles of Good Governance of the new Valencian Law 1/2022</i>	115
Pablo CRUZ MANTILLA DE LOS RÍOS, <i>Constitutional Identity of the European Union: A legal category under construction</i>	153
Felipe GÓMEZ ISA, <i>Sustainable Development Goals (SDG): Towards a new intra- and inter-generational social contract</i>	191
Josu DE MIGUEL BÁRCENA, <i>Symbols, Neutrality and Constitutional Integration</i>	225

Jurisprudence

- Oscar GARCÍA MACEIRAS, *An approach to Jurisprudence about the exception to the exception of “interference with the security interests” of a foreign State in the dismissal proceedings in Spain* 255
- Luis A. LOPEZ ZAMORA, *Some Comments on the Inter-American Court of Human Rights’ Advisory Opinion 26/20. Certain considerations regarding the ‘power of procedure’* 277

Book reviews

- GARCÍA GUERRERO, José Luis; MARTÍNEZ ALARCÓN, María Luz, *La Solidaridad. Estudio constitucional comparado*, by Jorge Rafael Alguacil Gonzalez-Aurioles 311
- LASSALLE, Ferdinand, *Sobre la esencia de la Constitución*, by Francisco Vila Conde 321
- SIMÓN CASTELLANO, Pere, *La prisión algorítmica. Prevención, re-inserción social y tutela de derechos fundamentales en el paradigma de los centros penitenciarios inteligentes*, by María Victoria Álvarez Buján 327
- VIDAL PRADO, Carlos, *La Junta Electoral Central española. Análisis de algunas decisiones recientes*, by Alberto Oehling de los Reyes 331

Estudios

EL PRINCIPIO DISPOSITIVO: RAZONES PARA SU SUPRESIÓN Y PROPUESTAS DE REFORMA

The Dispositive Principle: Reasons for its abolition and Reform Proposals

Mar Antonino de la Cámara
Contratada predoctoral
Universidad Autónoma de Madrid

<https://doi.org/10.18543/ed.2645>

Recibido: 15.07.2022

Aceptado: 13.10.2022

Publicado en línea: diciembre 2022

Resumen

El artículo pone en relación las propuestas de reforma del Título VIII de la Constitución española que afectan a la regulación de los Estatutos de Autonomía con el cierre del principio dispositivo que se produjo con motivo de la STC 31/2010, de 28 de junio. Para ello analizo el debate doctrinal relativo a los Estatutos de Autonomía en tres etapas distintas: la primera etapa, relativa a la naturaleza híbrida de los Estatutos y la consolidación del principio dispositivo. Una segunda etapa en la que el principio dispositivo entra en crisis y se deshace la ambigüedad que caracterizaba a los Estatutos. La última fase, que se extiende hasta el presente, culmina con las propuestas de reforma constitucional que afectan a los Estatutos de Autonomía. El objetivo es ofrecer al lector un panorama claro y completo de la transformación de los debates sobre la naturaleza y función de los Estatutos de Autonomía de las últimas décadas.

Palabras clave

Principio dispositivo, Estatutos de Autonomía, reforma constitucional, fuentes del Derecho, desconstitucionalización.

Abstract

The article relates the proposals for reform of Title VIII of the Spanish Constitution that affect the regulation of the Statutes of Autonomy with the closure of the dispositive principle after the STC 31/2010, of June 28. For this purpose, I divide the doctrinal debate on the Statutes of Autonomy into three stages: the first stage, relating to the hybrid nature of the Statutes and the consolidation of the dispositive principle. A second stage in which the dispositive principle enters into crisis and the ambiguity that characterized the Statutes is broken down. The last phase, which extends to the present, culminates with the proposals for constitutional reform that affect the Statutes of Autonomy. The aim is to provide the reader with a clear and complete overview of the transformation of the debates on the Statutes of Autonomy in recent decades.

Keywords

Dispositive principle, Autonomies Statutes, constitutional reform, sources of law, deconstitutionalisation.

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. LA PRIMERA ETAPA: EL DESARROLLO DEL PRINCIPIO DISPOSITIVO Y LA AMBIGUA NATURALEZA DE LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA. 1. El carácter híbrido de los estatutos. III. LA SEGUNDA ETAPA. LA DESACTIVACIÓN DEL PRINCIPIO DISPOSITIVO Y LOS LÍMITES DE LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA. 1. El fin de la ambigüedad. IV. LA TERCERA ETAPA: LAS PROPUESTAS DE REFORMA DE LA REGULACIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA ENCAMINADAS A SUPRIMIR LOS EFECTOS DEL PRINCIPIO DISPOSITIVO. 1. Propuestas relativas al principio dispositivo en su primera vertiente. 2. Propuestas relativas al principio dispositivo en segunda vertiente. 2.1. Contenido de los estatutos de autonomía. 2.2. Procedimiento de reforma estatutaria. 2.3. Control constitucional de los estatutos de autonomía. 2.4. Naturaleza jurídica de la norma básica institucional. 2.5. Asimetría V. CONCLUSIONES. VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo se enmarca en un proyecto de investigación sobre la reforma constitucional del Título VIII de la Constitución¹, que en mi caso consistía en recopilar las propuestas de reforma relativas a la posición que ocupan los Estatutos de Autonomía en el sistema de fuentes. Esta no es una cuestión menor en el diseño global del Estado autonómico, puesto que, como ha afirmado Manuel Aragón (2006, 90), «la cuestión clave de nuestro peculiar modelo autonómico reside, pues, en la muy especial naturaleza jurídica de los Estatutos de Autonomía». Y, sin embargo, las propuestas de reforma que afectan a la posición de los Estatutos de Autonomía no son especialmente numerosas ni detalladas, como ha ocurrido con otras propuestas, como las que afectan, por ejemplo, al Senado. A lo largo del proceso de lectura reparé en que el debate sobre el Estatuto en el sistema de fuentes que se había producido a finales de los 80 y principios de los 90 se enfocaba más en interpretar la naturaleza de los Estatutos que en reformarlos. Las propuestas de reforma de los Estatutos no empiezan a proliferar hasta la segunda década de los 2000 y, en realidad, todas ellas se articulaban en torno a la apertura y el cierre del principio dispositivo, eje central del Estado de las Autonomías.

El principio dispositivo, que ha sido descrito como «la característica más destacada de la Constitución española» (de Otto y Pardo 1987, 256)², trae

¹ Este trabajo se realiza en el marco del Proyecto de Investigación GV/2020/063, «Constitución y Estado autonómico. Cartografía del debate sobre la reforma territorial», desarrollado entre el 01/01/2020 y el 31/12/2021.

² También César AGUADO RENEDO (1997, 137) Enric FOSSAS ESPADALER (2008, 152) utiliza la expresión «la característica más singular de la CE».

causa de lo que se ha denominado como «desconstitucionalización» de la Constitución³. La «desconstitucionalización» difiere la decisión política a un momento posconstitucional y a normas formalmente infraconstitucionales y mediante el principio dispositivo se adjudica esta decisión a «los representantes de los territorios que primero aspiran a y luego disponen de autonomía, conjuntamente con las instituciones representativas del Estado» (Fossas Espadaler 2008, 153).

Como ha subrayado Ignacio de Otto (1987, 256) pueden distinguirse dos manifestaciones principales: en lo que afecta al mapa autonómico y al modelo de Comunidad Autónoma. Respecto de la primera, que prácticamente ha agotado sus posibilidades, el principio procuró capacidad a los entes territoriales para configurar parcialmente la estructura territorial del Estado mediante la opción de formar una Comunidad Autónoma, a través de varias previsiones constitucionales a las que, en este sentido, cabe atribuir carácter transitorio. La segunda vertiente del principio dispositivo, posterior también en el tiempo, permite a las Comunidades Autónomas resultantes pactar el modelo, las características y las competencias propias de su autonomía mediante una reforma estatutaria.

Desde bien temprano, se propuso la eliminación de la primera de las vertientes: en la medida en que el proceso autonómico es un proceso irreversible⁴, los preceptos constitucionales abiertos, habían quedado prácticamente desactivados, aunque el principio permanecía «latente» en la CE⁵. Respecto de la segunda vertiente, el principio dispositivo funcionó mientras persistió cierta ambigüedad en la naturaleza jurídica de los Estatutos: los debates doctrinales fueron muchos, pero la doctrina constitucional fue parca al respecto hasta la STC 247/2007, de 12 de diciembre⁶. Sin embargo, con la aprobación del

³ Expresión, utilizada por primera vez por Pedro CRUZ VILLALÓN en su clásico artículo «La estructura del Estado o la curiosidad del jurista persa», publicado por vez primera en la *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense* en 1981. Aquí citaré la versión incorporada en 2006 a la recopilación de trabajos que publicó en el CEPC bajo el título de *La curiosidad del jurista persa, y otros estudios sobre la Constitución* (2006a), p. 284. La expresión fue rápidamente difundida, aunque en ocasiones ha sido controvertida (por todos, García de Enterría, 1983, 226). En lo que aquí nos interesa Fossas Espadaler (2008, 153) pone en relación el principio dispositivo con la «desconstitucionalización» que supuso diferir la decisión política.

⁴ Así lo denomina Cruz Villalón (2006, 428) en «La estructuración del Estado en las Comunidades Autónomas», publicado previamente en 1985.

⁵ La expresión es utilizada por Aguado Renedo (1997a, 155 y ss). En este trabajo se recogen las posiciones y propuestas que en ese momento se pronunciaron respecto del principio dispositivo en la primera vertiente.

⁶ Esta sentencia resolvió el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Gobierno de la Comunidad Autónoma de Aragón contra el artículo 20 de la Ley Orgánica 1/2006, de 10 de abril, de Reforma de la Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto

Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006 y la STC 31/2010, de 28 de junio, el principio dispositivo dejó de resultar satisfactorio en gran medida. Por ello, no es de extrañar que a partir de esta sentencia comenzaran a proliferar propuestas de reforma y que muchas de ellas afectaran a los Estatutos. En este capítulo pretendo poner en relación las propuestas de reforma de la regulación constitucional de los Estatutos con la desactivación del principio dispositivo.

Para dar cuenta de esta transición distingo tres etapas diferentes. En la primera etapa, que tuvo lugar en la década de los 80 y 90, el principio dispositivo juega un papel crucial en la configuración del Estado de las Autonomías. Se suscitó, entonces, un debate que atañía a la naturaleza del Estatuto como ley orgánica, norma singular o ley cuasi-constitucional y a su posición en el sistema de fuentes. La deferencia que el Tribunal Constitucional mostró al enjuiciar los Estatutos los mantuvo incólumes durante años, lo que facilitó que se afirmase su carácter de ley cuasi-constitucional. La STC 247/2007, de 12 de diciembre, recoge, a mi juicio, la opinión general de la doctrina.

Una segunda etapa tuvo lugar a partir del Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006 y, sobre todo, de la STC 31/2010, de 28 de junio, y puso en el centro de la polémica la pregunta por la función y los límites de los Estatutos y la del Tribunal Constitucional en la interpretación y concreción de tales límites. La sentencia declaró, en contra de lo pretendido por el Estatuto, que los Estatutos de Autonomía no podían definir conceptos constitucionales ni, por tanto, modificar la jurisprudencia constitucional y supuso un cambio respecto de la doctrina relativa a la posición de los Estatutos en el sistema de fuentes recogida en la STC 247/2007, de 12 de diciembre. En este momento, el principio dispositivo queda, en gran medida, desactivado.

La tercera etapa constituye un momento propositivo: en él incluyo las propuestas de reforma de la regulación constitucional de los Estatutos de Autonomía que, en gran medida, articulaban el cierre del principio dispositivo. La mayoría de las propuestas se produjeron con posterioridad a 2010, aunque en algún caso incluyo propuestas previas.

II. LA PRIMERA ETAPA: LA NATURALEZA DE LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA Y SU POSICIÓN EN EL SISTEMA DE FUENTES

El art. 81 CE reconoce la naturaleza orgánica de los Estatutos de Autonomía, pero tanto el texto constitucional como el diseño definitivo *de facto* de

de Autonomía de la Comunidad Valenciana (*BOE* núm. 86, de 11 de abril de 2006). Se impugnó entonces un solo precepto del Estatuto: el art. 17.1, que reconocía el derecho al agua de los valencianos. A raíz de esta controversia el Tribunal Constitucional se pronunció sobre la naturaleza y posición de los Estatutos de Autonomía y reconoció su «singular posición en nuestro sistema de fuentes» STC 247/2007, de 12 de diciembre, FJ 6.

la reforma estatutaria incluyen numerosas diferencias entre estos y el resto de las leyes orgánicas. Las más significativas son, por un lado, la que atañe al procedimiento de aprobación y reforma que difiere enormemente del procedimiento seguido por otras leyes orgánicas: el Estatuto no solo tiene que ser aprobado por ratificación popular mediante referéndum en el caso de las autonomías circunscritas al art. 151 CE (otras Comunidades Autónomas lo han adoptado en lo que atañe a algunos de sus contenidos), sino que, además, la Constitución exige que cualquier reforma de los Estatutos sea ratificada por el legislador estatal mediante ley orgánica, de manera que ningún Estatuto puede ser reformado unilateralmente por el Estado. A esta concurrencia de voluntades entre el legislador autonómico y el estatal se le ha denominado carácter paccionado de los Estatutos⁷.

La segunda singularidad de los Estatutos es su función «materialmente complementadora» (Cruz Villalón, 2006a, 427) de la Constitución, especialmente en lo que atañe a las competencias. En este sentido, en un conflicto de competencia entre el Estado y la Comunidad Autónoma, no solo la Constitución, sino el Estatuto será parámetro de constitucionalidad.

Ambas características han servido para justificar que, a pesar del art. 81 CE, los Estatutos de Autonomía no eran simples leyes orgánicas o, dicho de otro modo, no eran solo leyes orgánicas. Pero, entonces, ¿qué son exactamente los Estatutos de Autonomía? La opinión doctrinal podría dividirse *grosso modo* en dos posturas. Cada una de ellas explica de manera distinta el mismo fenómeno: los Estatutos ofrecen cierta resistencia a las leyes estatales, que no pueden derogarlos. Una primera posición sostiene que los Estatutos son una ley orgánica y que, por tanto, se ordenan según el criterio de competencia, de lo que se deduce su resistencia frente a las leyes estatales. Una segunda posición, minoritaria, atribuye al Estatuto un carácter autónomo y específico (Cruz Villalón 2006a, 427) y, en algunos casos, incluso constitucional, de la que ha llegado a deducirse una posición de superioridad jerárquica en relación con otras leyes estatales.

Para quienes conciben el Estatuto de Autonomía como una ley orgánica⁸ prima el criterio formal y, en ese sentido, el procedimiento, la elaboración o el órgano de producción de los Estatutos suponen, efectivamente,

⁷ Muñoz Machado (2005, 732) lo ha denominado «un procedimiento bifásico y sustancialmente paccionado». Para Solozábal Echevarría (2019, 57) el momento centrífugo lo protagonizan los parlamentos autonómicos, que tienen la iniciativa legislativa. El momento centrípeto vendría dado por su tramitación en las Cortes Generales.

⁸ Defienden esta tesis Solozábal Echevarría (1982, 129), Muñoz Machado (1982, 287), De Otto y Pardo (1987, 257), Tornos Mas (1988, 129) Bastida Freijedo y Requejo Pagés (1991, 133) y César Aguado Renedo (1997b) que ha sido quien ha tratado este tema con mayor exhaustividad.

importantes diferencias con respecto al resto de leyes orgánicas, pero no constituyen criterios en la determinación de su posición en el sistema de fuentes. Esta viene dada, exclusivamente, por la norma de rango superior, es decir, la Constitución. Esta perspectiva formal afecta a dos cuestiones relevantes. Por un lado, los Estatutos no tienen carácter constituyente: el denominado carácter paccionado no es jurídicamente tal, en la medida en que, por mucho que se tenga en cuenta y se exija la participación de los entes territoriales a través de cauces políticos, la aprobación de los Estatutos y su reforma corresponde exclusivamente a las Cortes⁹.

Por otro lado, no cabe atribuir a los Estatutos superioridad jerárquica deducida de su rigidez frente a otras leyes estatales. La rigidez puede ser un indicio de superioridad jerárquica, pero no son indisolubles¹⁰. La resistencia pasiva que presenta el Estatuto de Autonomía frente a otras normas estatales no se debe a su superioridad jerárquica, sino al procedimiento de reforma del Estatuto, porque estos no cuentan con supremacía normativa de vigencia o deferencia jurisdiccional. Por tanto, dado que el Estatuto es una ley orgánica, en los casos de conflicto con otras leyes estatales deberá aplicarse el principio de competencia, y no el de jerarquía.

Sin embargo, no faltaron voces que sostuvieron que la naturaleza jurídica de una norma no viene necesariamente determinada por su forma, sino también por su contenido, procedimiento de aprobación y reforma y función. Así se ha afirmado, más allá de su condición de ley orgánica, el carácter *sui generis*¹¹ del Estatuto e, incluso parte de la doctrina ha ido más allá sosteniendo la naturaleza cuasiconstitucional del Estatuto. La doctrina ha aportado argumentos dirigidos a subrayar tanto las diferencias entre Estatuto y ley orgánica¹², lo que enfatiza su carácter singular, como los elementos comunes de

⁹ De Otto Pardo (1987, 266), Aguado Renedo (2007, 291). En sentido diferente, Pérez Royo (1984, 128 y ss.) considera que los Estatutos no son leyes paccionadas en rigor, pero que suponen algún tipo de pacto.

¹⁰ Aguado Renedo (1997b, 177) sostiene que la finalidad de la rigidez no es otorgar superioridad jerárquica, sino estabilidad.

¹¹ Entre otros, Cruz Villalón (1985, 429) García Roca (2011, 89).

¹² Entre otros, Pérez Royo (1984, 128 y ss.), que sostiene que el Estatuto es una ley orgánica, pero solo desde el punto de vista formal, pues en todo lo demás difiere. La propia LOTC distingue entre leyes orgánicas y Estatutos de Autonomía; la voluntad de las Comunidades Autónomas es indispensable para reformarlos; debe ser aprobado por referéndum de la población; tiene mayor rigidez que las leyes orgánicas; etc. Finalmente caracteriza a los Estatutos como «leyes en las que coinciden dos voluntades. Y esto es lo específico del mismo» (1984, 135) y considera a la ley como «vehículo» del Estatuto, porque los actos sometidos a aprobación no resultan absorbidos por los actos mediante los que se aprueban. Aragón Reyes (1992, 219) ha atribuido una posición superior a los Estatutos respecto del otras leyes del Estado: «Se caracterizan porque son indisponibles por el propio Estado de manera ordinaria, esto es, en el ejercicio de la potestad legislativa de las

los Estatutos con la Constitución, lo que enfatiza el carácter cuasiconstitucional de los Estatutos¹³.

En cuanto a su carácter paccionado, tal vez formalmente sea una ley estatal, en tanto que tramitada y aprobada en las Cortes Generales, pero la iniciativa autonómica corresponde a las nacionalidades y regiones en virtud del derecho a la autonomía, reconocido en el art. 2 CE, por lo que los entes territoriales, si bien no producen su propia constitución, tienen un importante papel en la configuración de la Constitución total (Rubio Llorente 1989, 26)¹⁴. Por todo ello, los Estatutos han llegado a ser calificados como «normas constitucionales secundarias»¹⁵ o normas cuasi-constitucionales¹⁶, que implicarían cierto carácter de superioridad respecto de las leyes estatales. Los Estatutos coinciden con la norma constitucional en que ambas regulan su propio procedimiento de reforma, aunque de manera parcial y condicionada, sometido a los límites expuestos al inicio del epígrafe. Otro argumento subraya que, si la indisponibilidad por el legislador ordinario caracteriza formalmente a la Constitución, tampoco los Estatutos pudieron ser aprobados solo por él, ni por él podrán ser modificados, derogados o reformados¹⁷. Todos los Estatutos han establecido como requisito necesario para su reforma la aprobación de la Asamblea legislativa de la Comunidad Autónoma, lo que implica que solo mediante reforma constitucional el Estado podría

Cortes Generales. El Estado solo puede alterarlas, unilateralmente, mediante la reforma constitucional, lo que significa, en consecuencia, que todo ese «bloque» goza de superior jerarquía que el resto de las leyes».

¹³ Rubio Llorente (1989, 25) los denomina normas constitucionales secundarias; RUIPÉREZ ALAMILLO (2001, 811) la considera como norma entre la Constitución y las leyes, norma intermedia a la que ha denominado «norma cuasi-suprema» y cuya superior jerarquía frente al resto de leyes ha afirmado; GARCÍA ENTERRÍA (1985, 109) también las considera jerárquicamente superiores. En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que el reconocimiento del carácter constitucional de los Estatutos implica también reconocer su singularidad, pero no necesariamente al revés. Así, Cruz Villalón (2006, 429) ha sostenido: «Los Estatutos de Autonomía constituyen hoy, por sí mismos, una categoría perfectamente autónoma y específica, tan característica del ordenamiento español como la Constitución o la Ley».

¹⁴ Según Aragón Reyes (1992, 220) el Estado total o global debe distinguirse del Estado central en este contexto, ya que precisamente esta es la diferencia entre los Estatutos de Autonomía y el resto de leyes estatales, que sí se corresponderían con el Estado central.

¹⁵ Así, Rubio Llorente (1989, 26), Freixes San Juan las ha denominado «normas constitucionales de segundo grado» (2018, 18) y García De Enterría (1985, 90).

¹⁶ Entre otros, Solozábal Echevarría (1998, 138), Aragón Reyes (2006, 90).

¹⁷ Rubio Llorente (1989, 25). En las páginas siguientes responde, además, a la objeción de que la única voluntad jurídica es la del Estado, a través de las Cortes, puesto que, aún sin ser todavía Comunidades Autónomas, los entes territoriales participaron en su creación, en virtud del art. 2 CE que reconoce el derecho a la autonomía.

reformularlos unilateralmente¹⁸. Ello ha llevado a establecer que la posición de los Estatutos en el ordenamiento jurídico «no viene dado por su procedimiento de aprobación, sino exclusivamente por su procedimiento de reforma» (Cruz Villalón 2006a, 428)¹⁹.

Por último, y de gran importancia, en virtud de que opera cierta «desconstitucionalización» en la estructura territorial del poder, se produce el reenvío parcial de esta estructura a algunas normas infraconstitucionales. Entre ellas se cuentan los Estatutos que se incluyen, así, en el bloque de constitucionalidad. El bloque de constitucionalidad funciona como parámetro de validez de las leyes²⁰ y completa la indefinición del texto constitucional. Ello es, precisamente, una manifestación del principio dispositivo, que consistiría, entonces, en la posibilidad de que los Estatutos desarrollen la constitución territorial en aquello que la Constitución no contemplaba. Y así, los Estatutos han desarrollado la estructura territorial del Estado a partir de unas bases constitucionales mínimas²¹.

¹⁸ Cruz Villalón (2006a, 429) ha establecido por ello que la posición de los Estatutos en el ordenamiento jurídico «no viene dado por su procedimiento de aprobación, sino exclusivamente por su procedimiento de reforma». Además, ha subrayado que los límites de la reforma estatutaria que, en ningún caso puede suprimir una Comunidad Autónoma (428).

¹⁹ Además, ha subrayado que los límites de la reforma estatutaria que, en ningún caso puede suprimir una Comunidad Autónoma, p. 428.

²⁰ Aragón Reyes (1992, 218) sostiene que la naturaleza jurídica de los Estatutos no viene definida exclusivamente por la Constitución, sino también por los propios Estatutos lo que les aproxima a la Constitución y les distancia de la ley. Los Estatutos no solo forman parte del bloque de constitucionalidad, en tanto que recogen competencias, sino que forman parte del bloque constitucional, en la medida en que, junto con la Constitución establecen el sistema de fuentes. Los Estatutos no son estrictamente constitución, pero la prolongan y completan (2006, 92).

²¹ La doctrina se ha esforzado en distinguir el principio dispositivo de la «desconstitucionalización», pues, aunque relacionadas, cabe entender el primero como resultado de la segunda. Cruz Villalón, (2006, 448): «La Constitución no se limitaba pura y simplemente a «desconstitucionalizar», sino que, simultáneamente, se remitía a unas normas plurales, absolutamente peculiares, los Estatutos de Autonomía», Fossas Espadaler (2008, 153) subraya que la «desconstitucionalización» explica «dónde se produce el consenso para decidir», mientras que el principio dispositivo responde a «quién debe participar en el consenso para decidir». Mientras que entre la doctrina reina un consenso generalizado sobre la importancia del principio dispositivo, que, además, caracteriza el modelo español en contraste con el resto de modelos territoriales, la tesis de la «desconstitucionalización» ha sido controvertida. Tomás y Valiente (1988, 19) consideró que la tesis de la «desconstitucionalización» era «más brillante que convincente». Años después Aragón Reyes (2014, 22) sin negar la «desconstitucionalización» en el sentido aquí indicado, subraya que la Constitución no está del todo «desconstitucionalizada», razón por la que es posible el control de los Estatutos de Autonomía por el Tribunal Constitucional para velar por que los Estatutos cumplan con las bases constitucionales. Cosculluela Monaner (2015, 19) afirma con rotundidad que el modelo está constitucionalizado.

1. *El carácter híbrido de los Estatutos*

En la práctica, los efectos jurídicos de la jerarquía y de la competencia son similares²². En ambos tipos de ordenación se produce el acatamiento de una ley respecto de otra. Pero mientras que en las relaciones de jerarquía el conflicto entre dos normas relativas al mismo ámbito de validez se resuelve mediante el contraste entre una y otra y, consecuentemente, mediante el deber de acatamiento de la inferior respecto de la superior, en la relación de competencia se trata de una relación internormativa indirecta, basada en un deber de respeto de las dos normas en conflicto hacia una tercera norma interpuesta, superior a ambas, de atribución de competencias²³. Ahora bien, en virtud del principio dispositivo, la Constitución remite las normas de distribución de competencias al bloque de constitucionalidad, incluyendo a los Estatutos²⁴. Por eso, aunque la igualdad de rango entre Estatuto y ley no justifica una ordenación jerárquica entre ellas, el Estatuto genera los mismos efectos que una ordenación jerárquica²⁵.

La ordenación entre los Estatutos de Autonomía y las leyes estatales responde a un criterio competencial, pero también responde a la ordenación propia de la jerarquía. Es competencial, en la medida en que implica un deber de respeto recíproco de las normas a una norma de atribución competencial, y no se da una coincidencia en el ámbito material de validez entre las normas confrontadas. Sin embargo, es el propio Estatuto (y las normas que componen el bloque de constitucionalidad²⁶) el que opera como criterio de validez

²² De Otto y Pardo (1987, 258). Balaguer Callejón (1991, 149) nota a pie de página 28: «se puede entender que la competencia no es más que una relación jerárquica indirecta, esto es, una relación jerárquica mediatizada por la Constitución».

²³ En esta caracterización entre las relaciones jerárquicas y las relaciones competenciales sigo a Francisco Balaguer Callejón (1991, 149).

²⁴ Como así reconoce el FJ 6 de la STC 247/2007, de 12 de diciembre: «la integración de los Estatutos en el bloque de la constitucionalidad, su consiguiente consideración como parámetro para el enjuiciamiento de las normas legales y, sobre todo, la función que los Estatutos desempeñan y su muy especial rigidez, les otorgan una singular resistencia frente a las otras leyes del Estado que hace imposible que puedan ser formalmente reformados por éstas. Esta afirmación opera, sin duda, con carácter general frente a las leyes estatales ordinarias».

²⁵ Aunque los Estatutos no pueden desconocer los criterios materiales en los casos en que la Constitución reenvía la regulación de aspectos específicos a las correspondientes leyes orgánicas (arts. 81, 122.1, 149.1.29, 152.1 157.3 CE) que pueden llevar a cabo una delimitación de su propio ámbito circunscribiendo la eficacia de acuerdo con dicha limitación (STC 247/2007, de 12 de diciembre, FJ 6).

²⁶ Aunque Fernández Rodríguez (1981, 107) sostiene que pronto se asumió de manera pacífica que el deslinde competencial no podía «llegar a ultimarse del todo, sobre la base del binomio Constitución-Estatutos». En virtud de la redacción del art. 28.1 LOTC ya no serán solo los Estatutos y las leyes de transferencia y delegación previstas en el art.

del resto de leyes y no solo la Constitución. Ello le acerca al principio de jerarquía, puesto que genera un deber de obediencia directo de una norma sobre otra norma y una resistencia frente a ella (asimilándose al par superior-inferior). Como ha sostenido Ignacio de Otto (1987, 258), claro defensor de la naturaleza de ley orgánica de los Estatutos, «la diferencia entre el bloque de constitucionalidad y el resto de la legislación cumple una función similar a la de la supremacía jerárquica de la Constitución federal sobre las leyes de la Federación y de sus Estados miembros». De no ser así, de no reconocer esta diferencia entre las normas estatutarias y las leyes restantes, «no existiría garantía alguna de la autonomía frente al legislador estatal».

Esta especial función y las consecuencias que tiene sobre su ordenación respecto de otras leyes le confiere este carácter híbrido, que en principio no habría de suponer problema, mientras no constituya una dificultad práctica. Por eso, en el momento en que las consecuencias jurídicas de la jerarquía y la competencia convergen, generando resistencia frente a otras leyes, el impacto de esta discusión es más moderado de lo que llegará a ser posteriormente. En definitiva, la relación entre el Estatuto y las leyes estatales no se explica con el recurso a uno solo de los órdenes, competencial o jerárquico. Ninguno de ellos dos consigue dar cuenta por sí solo de la especial y, en cierto sentido, híbrida naturaleza del Estatuto²⁷. Y es que, como ha sostenido recientemente José María Rodríguez de Santiago (2021, 89): «en el ámbito del derecho interno [...] el principio de competencia, con carácter general, no puede funcionar sin el auxilio del *principio de jerarquía*: la norma que ordena la relación entre otras normas conforme al principio de competencia tiene superior rango jerárquico al de las normas ordenadas».

Por cuanto respecta a la doctrina emanada por el Tribunal Constitucional, el TC ha tardado bastante en pronunciarse al respecto de la naturaleza y posición de los Estatutos, dando una respuesta a los debates anteriores. La STC 247/2007, de 12 de diciembre, afirmó que los Estatutos son normas a través de las que opera el principio dispositivo y que «constituyen una pieza esencial en la estructura compuesta del Estado» (FJ 5). A pesar de que el Tribunal reconoció que su relación con las leyes estatales se corresponde con criterios competenciales (STC 247/2007, FJ 6), también afirmó que el Estatuto ocupa una «posición singular» en el sistema de fuentes, fruto de su integración en el bloque de constitucionalidad, que lo convierte en parámetro de constitucionalidad. El Tribunal reconoció entonces su carácter paccionado, vehículo de

150.2 CE las que determinen el orden competencial, sino también otras normas con fuerza de ley.

²⁷ Cascajo Castro (2009, 136) consideraba que la norma estatutaria no era simplemente una norma particular, sino «más bien una fuente del derecho que está deficientemente construida».

la voluntad de autogobierno de un determinado territorio y de la expresión de la voluntad del Estado. En lo que toca al procedimiento de reforma, que no responde a la sola voluntad del legislador estatal, sostuvo que dota al Estatuto de una especial rigidez de la que proviene su resistencia pasiva ante otras leyes orgánicas. En cuanto a su valor normativo, la sentencia distingue entre leyes ordinarias y leyes orgánicas. Respecto de las primeras, «su consiguiente consideración como parámetro para el enjuiciamiento de las normas legales y, sobre todo, la función que los Estatutos desempeñan y su muy especial rigidez, les otorgan una singular resistencia frente a las otras leyes del Estado que hace imposible que puedan ser formalmente reformados por éstas» (FJ 6). Respecto de las leyes orgánicas, «la relación de los Estatutos se regula, como ya se ha adelantado, por la propia Constitución, según criterios de competencia material, de modo que el parámetro de relación entre unas y otras es, exclusivamente, la Norma constitucional» (FJ 6), incluyendo las normas de remisión a determinadas leyes orgánicas, por ejemplo²⁸.

III. LA SEGUNDA ETAPA: LA DESACTIVACIÓN DEL PRINCIPIO DISPOSITIVO Y LOS LÍMITES DE LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA

La estructura territorial española estaba compuesta, desde un punto de vista formal, por la Constitución de 1978, los Estatutos y la jurisprudencia constitucional (Cruz Villalón 2006a, 429), que con su labor interpretativa ha desempeñado un papel fundamental en la construcción del Estado autonómico. Una primera manifestación se produjo con la importantísima STC 76/1983, de 5 de agosto, mediante la que el TC se reservó el monopolio de la interpretación del bloque de constitucionalidad frente a las leyes. La actividad del Tribunal Constitucional no entraba en conflicto con los Estatutos que, en la práctica, no eran objeto de control constitucional²⁹. Es decir, la deferencia del Tribunal respecto de la norma estatutaria permitía eludir la pregunta por los límites de los Estatutos. Esta situación se prolongó en el tiempo, con

²⁸ A la vez, el Estatuto está dotado de una singular resistencia frente a las leyes estatales ordinarias. Sin embargo, en la STC 31/2010 el Tribunal subrayó su carácter como ley orgánica y restó eficacia al carácter constitucional de los Estatutos, pues, aunque los Estatutos realizan funciones materiales constitucionales este calificativo es puramente académico y no se traduce en un valor normativo añadido al que corresponde a las normas situadas extramuros en la Constitución formal, por lo que su posición en el sistema de fuentes es, por tanto, la característica de las leyes orgánicas. (STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 3).

²⁹ Según Pedro Cruz Villalón (2006a, 488): «Los Estatutos no solo son en la teoría y en la práctica parámetro de control, sino que, en la práctica, no son objeto de control de constitucionalidad».

algunas excepciones puntuales, como la que se acaba de exponer, y de poco impacto, hasta el llamado «segundo proceso autonómico» (Cruz Villalón 2006b, 79), cuyo máximo exponente fue el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006 y la respuesta del Tribunal Constitucional, a través de la STC 31/2010, de 28 de junio.

Esta vez la problemática no traía causa directa de la posición del Estatuto respecto de otras leyes estatales en el ámbito de la determinación de competencias, sino de la relación entre los Estatutos y el Tribunal Constitucional. La vocación del Estatuto era la de consolidarse como un elemento activo en la configuración del Estatuto Autonómico, en todo aquello que el principio dispositivo le permitiera y más allá de las propuestas concretas del Estatuto, que afectaban al modelo lingüístico, a la determinación de las competencias, a la fiscalidad y a algunos elementos de carácter integrador o político. El Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006 había sido concebido principalmente como una forma de profundización en el autogobierno catalán. El principio dispositivo era activado como herramienta para constituir un Estado asimétrico y con mayor nivel de autonomía. Todo el proceso se fundamentaba jurídicamente en la tesis de que la estructura territorial del Estado podía ser modificada por los Estatutos, en todo aquello que no se contuviera en la Constitución de manera directa, aunque hubiera sido afirmado por el Tribunal Constitucional³⁰.

Uno de los objetivos del Estatuto fue, por ejemplo, el blindaje competencial³¹. El Estatuto pretendía redefinir el reparto de competencias para blindarlas frente al carácter expansivo de las competencias estatales (Cruz Villalón 2009, 108), y lo hacía en pugna con la interpretación constitucional precedente. El blindaje competencial perseguía inaplicar una serie de técnicas jurídicas aplicadas por el Tribunal Constitucional, como la noción de bases del TC, la noción de interés general, la fuerza expansiva de los títulos competenciales de carácter horizontal sobre otras competencias sectoriales y la cláusula de supletoriedad, etc. que desvirtuaban el sistema de reparto competencial³². La técnica empleada por el Estatuto era copar todo el espacio no reservado al Estado por la Constitución, de manera que quedase

³⁰ Aparicio Pérez (2011, 25) sostendrá que el Estatuto es la norma más elevada tras la Constitución y la completa con cosas que ella misma decidió omitir y, por tanto, el Tribunal Constitucional no puede interpretar lo que ella misma no contenía.

³¹ Enoch Albertí (2005, 9 y ss.) define el blindaje competencial como el mantenimiento de la integridad de las competencias de la Generalidad, para lo que identifica tres estrategias diferentes. La primera es garantizar este blindaje mediante la reforma de los Estatutos, la segunda a través de los derechos históricos y la tercera, que se expondrá más adelante, reformar la Constitución.

³² De la Quadra-Salcedo Janini (2005, 198) señala que la consecuencia problemática de este blindaje, tal y como fue concebido por el estatuyente, es que daría lugar a 17 bloques de constitucionalidad distintos.

inutilizada la cláusula residual del art. 149.3 CE. El Estatuto no solo conformaba la Constitución material, en tanto que contenedor de las competencias, sino que aspiraba a interpretarla (Cruz Villalón 2009, 106).

Nadie ponía en duda la sumisión de los Estatutos al texto constitucional de manera directa, pero este, en parte «desconstitucionalizado», era incompleto. Tanto los Estatutos como la jurisprudencia constitucional habían construido la constitución territorial del Estado a partir de la Constitución de 1978, aunque las fronteras entre el uno y la otra no estaban claros, ni se había dado la necesidad de concretarlos hasta este momento. Se trataba, por tanto, de una cuestión de límites. De un lado, los límites que los Estatutos encontraban en la Constitución abierta, pero no vacía de contenido y, de otro, los límites de la jurisprudencia constitucional en atención a la deferencia al legislador. Un legislador, en este caso, de características especiales.

1. *El fin de la ambigüedad*

Finalmente, la STC 31/2010, de 8 de junio, salvó la constitucionalidad de muchos preceptos, pero estableció unos límites que cercenaban las posibilidades autonómicas de configurar la estructura territorial en los términos pretendidos por el Estatuto de Autonomía de Cataluña y ello concitó gran polémica entre la doctrina. La sentencia afirmó en el FJ 6 que entre los límites de los Estatutos se encontraban: «los que afectan a la definición de las categorías y conceptos constitucionales, entre ellos la definición de la competencia que, como acto de soberanía, sólo corresponde a la Constitución, inaccesibles tales límites a cualquier legislador y sólo al alcance de la función interpretativa de este Tribunal Constitucional (STC 76/1983, de 5 de agosto, *passim*)». Para sus detractores, la sentencia supuso en la práctica varios problemas.

En lo que atañía al nivel de autogobierno, la sentencia había establecido que los Estatutos no podían blindar sus propias competencias, puesto que esto supone afectar a las competencias del Estado³³. En segundo lugar, parte de la doctrina entendió afectado el carácter asimétrico de la constitución territorial³⁴. Por último, lo anterior sería el resultado de la consideración que

³³ Aparicio Pérez (2010) lo señala como el intento de dar por finalizado el proceso autonómico y cerrar el principio dispositivo. Por su parte, Viver Pi-Sunyer (2010, 68) considera que, tras la sentencia, la «delimitación de competencias continuará quedando en la práctica a la libre disposición del legislador estatal ordinario con el único control del Tribunal que ejercerá utilizando como único parámetro para enjuiciar las decisiones estatales el texto sumamente abierto de la Constitución».

³⁴ Albertí Rovira (2010, 22) por ejemplo, consideró que no se había respetado «la capacidad de diferenciación [...] que resultó imprescindible para implantar el nuevo modelo territorial».

el Tribunal realiza de la función de los Estatutos de Autonomía, a los que restringe sus posibilidades de configuración de la estructura territorial, desde una interpretación más restrictiva del principio dispositivo³⁵.

Incluso aceptando la tesis de los límites, la respuesta de «cuántas cosas se extraigan de la Constitución para limitar el poder estatuyente depende, naturalmente, de cómo interpretamos la Constitución»³⁶. Por ello, parte de la doctrina más favorable al Estatuto de Autonomía catalán, invocó el argumento de la deferencia al legislador³⁷ como crítica a la sentencia. Más que en la constitucionalidad o no de los preceptos estatutarios, la controversia se enfocó principalmente en la posición en la que quedaban los Estatutos que muchos entendieron como «devaluados» en su función y su significación³⁸. Entre otras cosas, la sentencia asumía el monopolio

³⁵ Fossas Espadaler (2011, 313) sostiene sobre la sentencia que esta «mantiene una concepción del Estado Autonómico en el que los Estatutos, y lo que ellos aportan y suponen al sistema pierden parte de su papel hasta devenir prácticamente irrelevantes. No cabe pues pensar en una futura evolución del sistema basada en una reforma estatutaria». En contra, Tornos Mas (2010, 45-46) para el que la justificación del Estatuto era como «un instrumento para alcanzar un mayor nivel de autogobierno [...], imponer al Tribunal Constitucional una reinterpretación de su jurisprudencia y hacer realidad el reconocimiento de un Estado plurinacional que admite la singularidad catalana dentro de España». El autor considera que los argumentos jurídicos de las sentencias son razonables, previsibles, no arbitrarios, y duda sobre las posibilidades que existían de llegar y conquistar sus objetivos, por lo que no considera culpables a la STC, sino también a quien la impulsó sin advertir a los ciudadanos de sus consecuencias (Tornos Mas 2010, 48).

³⁶ Ferreres Comella (2010, 75).

³⁷ Entre otros, Vintró Castells (2010, 49). Este autor sostiene que tras esta sentencia solo queda como alternativa modificar la constitución; letrado del Parlamento de Cataluña sostiene que los límites del principio dispositivo determinan lo que cabe o no en los Estatutos y, por tanto, el contenido de la autonomía (Bayona Rocamora 2010, 71). Pérez Royo (2011, 142) considera que la STC 31/2010 supuso la destrucción de la Constitución territorial, puesto que no respetaba el contenido del pacto entre el legislador autonómico y las Cortes Generales. Aparicio Pérez (2011, 39) objetó que el Tribunal había asumido el monopolio de la función normativa distribuidora del sentido y del contenido de los poderes correspondientes a las autonomías, en detrimento del Estatuto y Barceló i Serramalera (2010, 33) también incide en la falta de deferencia al legislador, Ferreres Comella (2010, 76) considera oportuno diferenciar en este extremo entre la deferencia hacia el legislador cuando este tiene competencia para legislar y cuando no.

³⁸ Barceló i Serramalera, Bernadi Gil y Vintró i Castells (2010, 496) defienden que: «es la figura general de los Estatutos –y no una norma estatutaria concreta–, su significación y su función constitucional, la que queda enormemente devaluada a raíz de esta sentencia, que deja prácticamente sin sentido una de las piezas esenciales sobre las que se construye el Estado autonómico español». El informe elaborado por un grupo de expertos a petición del presidente de la Generalitat concluye de la siguiente manera: «1. La sentència debilita significativament la funció constitucional de l'Estatut d'autonomia i en substitueix el seu paper en el bloc de la constitucionalitat pel del propi Tribunal. 2. La

interpretativo de conceptos constitucionales esenciales en la constitución territorial del Estado, excluyendo a otras instancias como los Estatutos de Autonomía, diseñados por el constituyente para completar la constitución territorial. Con ello la sentencia neutralizaba uno de los objetivos del Estatuto, a saber, ser *tan* intérprete de la Constitución como lo era el Tribunal Constitucional.

A la vez, entre los críticos del Estatuto de Autonomía de Cataluña se despertó la sospecha de que habían sido precisamente las teorías que atribuían a los Estatutos cierto carácter cuasi-constitucional las que habían generado falsas expectativas sobre las posibilidades y límites de los Estatutos³⁹. También recayó cierto peso sobre la interpretación de la tesis de la «desconstitucionalización» en la que algunos habían sustentado la idea de que la Constitución no contenía límites a los Estatutos.

La ambigüedad de la naturaleza de los Estatutos, fruto del principio dispositivo y de su papel en el bloque de constitucionalidad había cumplido hasta entonces con las expectativas volcadas sobre esta figura, pues permitía soslayar la pregunta por la verdadera naturaleza de los Estatutos y mantener satisfechos a unos y otros. Pero todo ello salió a relucir de nuevo con motivo del Estatuto de Autonomía de Cataluña y el Tribunal Constitucional puso fin a la ambigüedad al subrayar el carácter de ley orgánica de los Estatutos. La doctrina constitucional declaró que el monopolio de la competencia en materia de interpretación de los conceptos constitucionales corresponde solo al propio Tribunal Constitucional, con la correlativa exclusión del Estatuto en este ámbito material. Es en la fuerza vinculante y en la supremacía de la doctrina constitucional, y no estrictamente en la Constitución, donde se encuentra la regla del reparto competencial.

sentència tracta, sovint, l'Estatut com una llei merament autonòmica, a través de la qual la comunitat autònoma pretendria imposar a l'Estat obligacions i mandats, i oblida que és una norma estatal fruit d'un pacte polític entre la Generalitat i l'Estat. 3. La sentència no aplica la seva reiterada doctrina sobre el principi de deferència cap al legislador que, en aquest cas, encara havia de ser aplicat de forma més exquisida per la funció constitucional de l'Estatut i pel plus de legitimitat que deriva del procediment d'elaboració i aprovació. Ans al contrari, la sentència està impregnada d'una prevenció injustificada respecte el contingut de l'estatut d'autonomia». Informe sobre la STC que resol el recurs d'inconstitucionalitat presentat per 50 diputats i senadors del partido popular contra l'Estatut d'Autonomia de Catalunya. Disponible en: <http://statics.ccma.cat/multimedia/pdf/2/6/1279183979262.pdf>.

³⁹ Varios autores han sostenido esta idea: Muñoz Machado (2005, 732), Aguado Renedo (2007, 284), Ortega Álvarez (2010, 285). Esta idea queda reforzada por la propia STC 31/2010 que insiste en el carácter de ley orgánica, a diferencia de la doctrina previa del Tribunal Constitucional, más insistente en los aspectos singulares de los Estatutos.

Precisamente por eso, la opinión general doctrinal fue que los Estatutos ya no funcionaban como la vía idónea para alcanzar los fines queridos por «las visiones más descentralizadoras o nacionalistas»⁴⁰.

IV. LAS PROPUESTAS DE REFORMA DEL ESTATUTO

Sin embargo, en general, quienes defendieron con más ahínco la reforma constitucional no fueron los partidarios del Estatuto de Autonomía de Cataluña, sino sus detractores. Así, se produjo cierta tendencia a atribuir los excesos del Estatuto al principio dispositivo sobre el que se habían construido las expectativas de que los Estatutos actuaran como configuradores activos en la estructura territorial del poder. Por otro lado, la sentencia había generado una suerte de desconfianza en la intervención del Tribunal Constitucional a la hora de establecer los límites de la autonomía que generó cierta preocupación y que convenía atender.

Se generalizó, entonces, la opinión de que la vía idónea para modificar la constitución territorial consistía precisamente en comenzar por la reforma de la Constitución formal y no de los Estatutos, regresando a la idea de un auténtico compromiso sustancial incorporado en el texto constitucional⁴¹. De entre ellas, la más extendida ha sido la eliminación del principio dispositivo en sus dos vertientes.

1. *Propuestas relativas al principio dispositivo en su primera vertiente*

En cuanto al principio dispositivo en su vertiente de acceso a la autonomía, las propuestas se habían formulado con carácter previo a la reforma del Estatuto de Cataluña. Consisten, en general, en aportaciones de carácter técnico por las que se pretenden eliminar el Derecho transitorio impropio, el principio dispositivo encaminado a poner marcha el Estado autonómico de la Constitución algunos preceptos ya inservibles⁴², como las normas relativas a

⁴⁰ Tudela Aranda, (2011, 274). Efectivamente, Arbos Marín (2010, 32) expuso que en la STC 31/2010 el Tribunal Constitucional «parece querer negarse a que un Estatuto le haga cambiar su jurisprudencia [...]. Si la reticencia del Tribunal va por aquí [...] el problema institucional es muy serio, porque el legislador democrático del Estado de las autonomías no podrá intervenir en lo que la Constitución deja abierto». Castellà Andreu (2010, 90) considera que la única puerta abierta que deja la sentencia es la de la reforma constitucional.

⁴¹ Aguado Renedo (1997a, 157) contrapone a este compromiso «auténtico», la fórmula del compromiso apócrifo definida por Schmitt como descripción del principio dispositivo.

⁴² Entre otros, Aragón Reyes (2014, 28) Cruz Villalón (1991, 68) ya señaló que debían eliminarse los preceptos de carácter transitorio, los preceptos relativos al proceso autonómico y los relativos a la descentralización y, en cambio, incluir de manera expresa

la iniciativa y al proceso de constitución de las autonomías. En concreto a los arts. 143, 144, 146, 148 y 151 CE así como las siete primeras disposiciones transitorias. El Informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional elaborado en 2005 abogaba por mantener la redacción del art. 144.b CE, por si pudiera ser de aplicación futura⁴³ y por la inclusión de las Comunidades Autónomas de manera expresa en la Constitución. En contra de la norma general que impera en este bloque de medidas, esta propuesta ha generado cierto disenso⁴⁴.

Cabe señalar, por último, una propuesta en relación con el derecho a la autonomía que podría verse afectado por la eliminación del principio dispositivo, en la medida en que el art. 2 CE que reconoce el derecho a la autonomía es vehículo del principio dispositivo. Por eso se ha propuesto sustituir el derecho a la autonomía (ya realizado) por la garantía constitucional de la autonomía⁴⁵.

La propuesta de eliminar el principio dispositivo en su segunda vertiente ha encontrado un gran consenso⁴⁶. Tanto los que se habían mostrado críticos

que España es un país descentralizado. De la Quadra-Salcedo Fernández Del Castillo (2015, 80), considera que no corresponde al momento actual a los sistemas de acceso a la autonomía y los distintos niveles de competencias. También Gavara de Cara (2012, 59), García Roca (2012, 18), y De Carreras Serra (2009, 98-99).

⁴³ De Carreras Serra (2009, 100) considera que esa posible aplicación refiere a Gibraltar y se muestra a favor.

⁴⁴ A favor, Rubio Llorente (2009, 39), De la Quadra Salcedo-Fernández del Castillo (2015, 80), Tajadura Tejada (2006, 627), De Carreras Serra (2006, 653). Cosculluela Montaner (2015, 29) lo que impediría la supresión por fusión de algunas comunidades uniprovinciales de escasa dimensión demográfica. Calafell Ferrá (2006, 123) considera que la determinación de los territorios se debería seguir reservando a los Estatutos de Autonomía. Más crítico con la idea es Gavara de Cara (2012, 87): «si lo que se pretendía era “cerrar” el proceso autonómico, que quedó abierto en 1978, la inclusión de la denominación de las Comunidades Autónomas era prácticamente irrelevante. No afectaba a ninguno de los elementos que era indispensable clarificar e incorporaba una rigidez en el mapa autonómico que, aunque ya muy difícilmente modificable, exigiría, por cautela, alguna cláusula de flexibilización». En el mismo sentido, Alberto López Basagüen (2012, 41) considera algo «decepcionante» esta propuesta. En Francisco Rubio y Álvarez (2006) pueden encontrarse varios artículos dedicados exclusivamente a la discusión sobre la denominación de las Comunidades Autónomas en el texto constitucional que conviene consultar para un tratamiento exhaustivo de esta propuesta.

⁴⁵ Propuesta contenida en el Informe del Consejo de Estado. A favor, De Carreras Serra (2009, 96) que aboga por denominarlo principio de autonomía.

⁴⁶ Solozábal Echevarría (2019, 56) ha sido de los pocos constitucionalistas que se ha mostrado a favor del principio dispositivo. También Ardoz Marín (2010, 32) fue crítico con el cierre del principio dispositivo: «Para terminar, lo que me parece más inquietante es la fuerza de los que opinan que la botella está mal diseñada y que habría que tajarla de una vez», Fossas Espadaler (2008, 170) explica algunos problemas que podrían derivarse

con la sentencia, como sus defensores estaban de acuerdo en lo tenso de la situación. Tal y como se habían sucedido los acontecimientos, los primeros no podían obtener sus pretensiones por la vía de la reforma estatutaria y los segundos consideraron que las exigencias del Estado Autonómico al Tribunal Constitucional se mostraban excesivas. Se trataba de limitar o de anular por completo el margen de actuación de los Estatutos en la configuración territorial y en su nivel de autogobierno y el control del Tribunal sobre este margen de actuación. La posición del Tribunal Constitucional frente a los Estatutos fue una de las cuestiones cuya solución era más urgente, con vistas a evitar el cuestionamiento de la intervención del Tribunal Constitucional. Para ello, tan necesario como modificar la atribución de competencias era finalizar con la sensación de que «todo puede ser negociado entre la instancia central y la autonómica»⁴⁷, así como replantear la función jurisdiccional del Tribunal Constitucional en la construcción del Estado Autonómico. Esta propuesta implica necesariamente la modificación de los aspectos básicos de la regulación de los Estatutos: su contenido, su procedimiento de elaboración, su naturaleza y el control constitucional a que queda sometido.

2. *Propuestas relativas al principio dispositivo en su segunda vertiente*

La propuesta de eliminar el principio dispositivo en su segunda vertiente ha encontrado un gran consenso⁴⁸. Tanto los que se habían mostrado críticos con la sentencia, como sus defensores estaban de acuerdo en lo tenso de la situación. Tal y como se habían sucedido los acontecimientos, los primeros no podían obtener sus pretensiones por la vía de la reforma estatutaria y los segundos consideraron que la configuración actual del Estado autonómico imponía una carga excesiva al Tribunal Constitucional. Se trataba de limitar o de anular por completo el margen de actuación de los Estatutos en la

de la eliminación del principio dispositivo Aunque Rubio Llorente (2009, 39) estaba de acuerdo con la conveniencia de la eliminación del principio dispositivo, consideraba improbable que se produjera el consenso necesario para ello. Así las cosas, habría que modificar la Constitución, al menos, para reducir el impacto de sus efectos negativos.

⁴⁷ De la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo (2015, 80-81).

⁴⁸ Solozábal Echevarría (2019, 56) ha sido de los pocos constitucionalistas que se ha mostrado a favor del principio dispositivo. También Ardoz Marín (2010, 32) fue crítico con el cierre del principio dispositivo: «Para terminar, lo que me parece más inquietante es la fuerza de los que opinan que la botella está mal diseñada y que habría que tajarla de una vez», Fossas Espadaler (2008, 170) explica algunos problemas que podrían derivarse de la eliminación del principio dispositivo Aunque Rubio Llorente (2009, 39) estaba de acuerdo con la conveniencia de la eliminación del principio dispositivo, consideraba improbable que se produjera el consenso necesario para ello. Así las cosas, habría que modificar la Constitución, al menos, para reducir el impacto de sus efectos negativos.

configuración territorial y en su nivel de autogobierno y el control del Tribunal sobre este margen de actuación. La posición del Tribunal Constitucional frente a los Estatutos fue una de las cuestiones cuya solución era más urgente, con vistas a evitar el cuestionamiento de la intervención del Tribunal Constitucional. Para ello, tan necesario como modificar la atribución de competencias era finalizar con la sensación de que «todo puede ser negociado entre la instancia central y la autonómica» (De la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo 2015, 80-81), así como replantear la función jurisdiccional del Tribunal Constitucional en la construcción del Estado Autonómico. Esta propuesta implica necesariamente la modificación de los aspectos básicos de la regulación de los Estatutos: su contenido, su procedimiento de elaboración, su naturaleza y el control constitucional a que queda sometido.

2.1. Contenido de los Estatutos de Autonomía

La modificación del sistema de distribución competencial afecta de manera importante al contenido de los Estatutos, si lo que se quiere es eliminar el principio dispositivo. Seguramente, la propuesta con mayor impacto en lo que afecta a los Estatutos sea la modificación del marco de distribución competencial que pivota sobre la inclusión en la Constitución de una lista de competencias del Estado y la articulación de una suerte de cláusula residual; sobre esto se han propuesto diversas variaciones. La Constitución podría, por ejemplo, contener tanto una lista de competencias exclusivas del Estado como una cláusula residual que atribuyera el resto de las competencias a las Comunidades Autónomas⁴⁹. Una medida alternativa sería la inclusión de dos listas: una que contemplase las competencias exclusivas del Estado y otra que incluyera las competencias en las que pueden concurrir competencias legislativas y estatales entre las Comunidades Autónomas y el Estado. El resto serían las competencias directamente atribuidas a las Comunidades Autónomas en virtud de la cláusula residual⁵⁰. Otra opción respecto a la configuración de la cláusula residual podría consistir en que las Comunidades Autónomas establecieran caso a caso cuáles son las competencias residuales que asumirían⁵¹.

⁴⁹ Tornos Mas (2020, 214), García Roca, (108), Tudela Aranda, (2011, 268), Muñoz Machado et al., (2017, 15), Bacigalupo Saggese et al. (2018, p. 5).

⁵⁰ De la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo (2015, 44). Aragón Reyes (2014, 28) también considera que debe contemplarse de manera clara tres tipos de competencias: «las exclusivas del Estado, [...] las compartidas con las Comunidades Autónomas y [...] las exclusivas de éstas».

⁵¹ De la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo (2015, 44) considera que tal solución haría imposible un eventual sistema de aprobación de los Estatutos directamente por las Comunidades Autónomas con el previo control por el Tribunal Constitucional.

Prescindiendo ahora de las competencias, también es posible identificar otra serie de propuestas relativas al contenido de los Estatutos con distintos niveles de densidad normativa: con independencia de la reforma del Título VIII, parte de la doctrina considera conveniente la inclusión en los Estatutos de los derechos como un medio para acentuar el carácter federal del Estado⁵². Otro sector doctrinal se manifiesta a favor de que el Estatuto solo recoja normas relativas a la estructura orgánica e institucional⁵³. De entre ellos, algunos se preocupan especialmente porque los Estatutos reflejen exactamente el contenido de la Constitución en lo que pueda afectar al Estado central⁵⁴.

Según estos autores, la inclusión de normas relativas a la distribución de competencias conseguiría reducir los casos de tensión entre leyes estatales y Estatutos de Autonomía. Con ello se persigue eliminar, en la medida de lo posible, la atribución al Tribunal Constitucional de la delimitación competencial que, para parte de la doctrina, suponía «una labor titánica o excesiva que no podemos continuar atribuyéndole» (García Roca 2012, 12).

2.2. Procedimiento de reforma estatutaria

El procedimiento de reforma estatutaria es la vía por la que se actualiza el principio dispositivo, por lo que las propuestas de reforma están íntimamente vinculadas al mismo. Cuanto menor sea la apertura del sistema, mayor será el carácter meramente institucional y organizativa de los Estatutos, con las variedades que acabo de exponer. Todo ello ha llevado a la conclusión, para la mayoría de la doctrina que ha defendido estas posiciones, de que perdería su función la tramitación estatutaria en las Cortes Generales, pues su contenido ya no ha de ser pactado, en la medida en que no afecta al Estado central. Los Estatutos como norma propia de las Autonomías no necesitarían más aprobación que la de su propia Asamblea y, como mucho, solo la ratificación

⁵² Solozábal Echevarría (2019, 53) apuesta por el reconocimiento de los derechos estatutarios como verdaderos derechos objetivos y reconoce la veste social del Estado autonómico; también se muestra a favor Gavara de Cara sobre todo respecto de los derechos de carácter social; González García (2018, 178) sostiene que a los Estatutos debería añadirse una parte de derechos ciudadanos vinculados a las competencias, Cruz Villalón (2005, 29) considera que la federalización del Estado beneficiaría la inclusión de las tablas de derechos en la Constitución, (2006, 95). José Tudela Aranda (2011, 268). En el mismo sentido, Muñoz Machado et al. (2017, 15).

⁵³ García Roca (2012,19) considera que deberían definirse multilateral y constitucionalmente los puntos de conexión territorial de las competencias, que no deberían estar en los Estatutos y, por otro lado, sería recomendable un acuerdo sobre el uso de las lenguas propias, que debería ser concretado en los Estatutos (2012, 19-20).

⁵⁴ Cosculluela Montaner (2015, 29).

del Parlamento⁵⁵. Menos autores son los que han expresado de manera explícita su convicción de preservar el carácter paccionado o bifásico de los Estatutos⁵⁶ y entre ellos es importante distinguir entre: a) quien defiende el carácter paccionado de los Estatutos y la supresión del principio dispositivo y b) quien defiende el carácter paccionado y la permanencia del principio dispositivo. Este último es el supuesto que maneja el Informe del Consejo de Estado. Su propuesta consistiría en incorporar a la Constitución el principio general de que las propuestas de reforma estatutaria deben ser aprobadas por sus asambleas legislativas, así como la incorporación de normas básicas dirigidas a su correcto acoplamiento con las Cortes Generales. El Informe sostuvo también la conveniencia de, en aquellos contenidos que pudiera afectar al Estado central, se evitara la aprobación de los Estatutos como leyes orgánicas, aunque sin reducir sus garantías. El Consejo de Estado propone para ello dos vías distintas: el recurso a la tramitación que contempla el art. 74, incluyendo la posibilidad de su aprobación por mayoría absoluta en el Congreso, en caso de divergencia entre las dos Cámaras, o la aprobación por mayoría absoluta de las dos Cámaras y, en caso de divergencia entre ambas, una mayoría algo superior en el Congreso.

También ha habido quien ha considerado que el procedimiento de reforma estatutario debería ser regulado por vía constitucional, con la consecuente eliminación del art. 150.2 CE y no dejarlo al albur de cada Comunidad Autónoma que, además, en algún caso ha provocado intromisiones ilegítimas al prescribir reglas de procedimiento legislativo a las Cortes⁵⁷. Esta regulación constitucional de la reforma estatutaria podría recabar la opinión de todas las Comunidades Autónomas sobre un proyecto de Estatuto determinado o imponer plazos entre dos reformas estatutarias o exigir la aprobación de un Estatuto por dos legislaturas sucesivas (Rubio Llorente 2009, 40).

⁵⁵ Tudela Aranda (2011, 268), Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo (2015, 90) que añade que la Constitución se limitaría a establecer los quórum de aprobación y algunos principios generales relativos al procedimiento de reforma de los Estatutos, Muñoz Machado et al. (2017, 15). En contra, Cosculluela Montaner (2015, 30). Agudo Zamora (2019, 131), Caamaño Domínguez (2014, 271) contempla la posibilidad de que no todo el contenido de los Estatutos tenga que ser aprobado por las Cortes Generales, también Bacigalupo Saggese et al. (2018, p. 7) considera oportuno reducir la intervención de las Cortes Generales en la aprobación de los Estatutos, interviniendo solo para verificar su constitucionalidad e instar el control previo de constitucionalidad en caso necesario.

⁵⁶ A favor de la reforma tal y como está diseñada en la actualidad se ha mostrado Solozábal Echevarría 2019, 59 que considera conveniente conservar esta naturaleza dual, 68, puesto que erige al Estatuto en parámetro constitucional que además incide en las competencias, reforzando en este sentido la integración, de conformidad con su idea de los amarres constitucionales. También Freixes San Juan 2018, 18.

⁵⁷ De Carreras Serra 2009, 106.

Todas ellas medidas encaminadas a atribuir más rigidez al Estatuto y, por tanto, a dificultar el recurso al principio dispositivo.

2.3. Control previo de constitucionalidad de los Estatutos de Autonomía

Esta propuesta consistió en recuperar el control previo de constitucionalidad de los Proyectos de Estatutos de Autonomía⁵⁸. Aunque no afecta al Título VIII de la Constitución, ni siquiera al contenido constitucional, ha sido una de las medidas que mayor consenso han generado tras la STC 31/2010. Tanto es así, que finalmente fue incorporada en la LOTC⁵⁹. Es una de las principales preocupaciones de muchos de los académicos y sobre el que la gran mayoría se ha expresado, puesto que la declaración de inconstitucionalidad se había producido respecto de una norma largamente debatida en sede parlamentaria y aprobada por ratificación popular. Como ha quedado expuesto, no se trataba de poner en duda la legitimidad del Tribunal para controlar el cumplimiento de la Constitución, sino que varios juristas y académicos habían interpretado que en el desempeño de su rol el Tribunal adolecía de una marcada ausencia de autocontención y, por tanto, de deferencia al legislador. Un problema que, enfocado desde este punto de vista, es de todo menos nuevo en la tradición constitucional. Al recuperar el control de constitucionalidad previo, se evitaba someter a control constitucional un texto que no solo había sido negociado y aprobado por el ente territorial y el poder central, sino, además, sometido a referéndum. En ese sentido, prescindir del carácter paccionado y diferir la participación democrática de la ciudadanía con posterioridad a la intervención constitucional, podía amortiguar las suspicacias sobre el *self-restraint* del Tribunal Constitucional⁶⁰ y proteger la *auctoritas* de la institución. Apenas hubo voces que sostuvieran la falta de oportunidad del control de constitucionalidad⁶¹.

⁵⁸ A favor de la incorporación de esta medida se han mostrado, Blanco Valdés (2018, 16), Aguado Renedo (2016, 697), Carrillo i López (2016, 113), De carreras (2009, 107), (Rubio Llorente 2009, 40) estuvo, en un principio, de acuerdo con la propuesta del recurso previo, si bien, posteriormente, llegó a mostrar algunas dudas sobre la «eficacia y conveniencia» de la misma.

⁵⁹ Art. único.3 de la Ley Orgánica 12/2015, de 22 de septiembre, de modificación de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, para el establecimiento del recurso previo de inconstitucionalidad para los Proyectos de Ley Orgánica de Estatuto de Autonomía o de su modificación (BOE núm. 228, de 23 de septiembre de 2015).

⁶⁰ De Otto Pardo (1987, 265-266) identifica la ausencia de naturaleza constitucional de los Estatutos como obstáculo para sostener la existencia de España como Estado federal. Aunque, en general, y a lo largo de los años la diferencia entre el Estado Autonómico y el federal ha ido diluyéndose.

⁶¹ En contra, Castellà Andreu (2020, 115) que considera que sería propio de un Estado confederal y no federal. Solozábal Echevarría (2019, 56). Incluso con una reforma del

2.4. Naturaleza jurídica de la norma básica institucional

Dada una eventual reforma constitucional, el horizonte del modelo de Estado al que se quiere tender es, en general, el federal, aunque es cierto que dada la amplísima variedad de tipos que contempla, no se avanza mucho con esta afirmación. En lo que atañe a los Estatutos, por ejemplo, cabría esperar que una propuesta de reforma en sentido federal incluyera la atribución de naturaleza constitucional a los Estatutos⁶², pero ello no es necesariamente así.

Así, una primera posición al respecto y, seguramente mayoritaria, ha defendido que ante una reforma de la Constitución, los Estatutos deberían adquirir verdadera naturaleza constitucional. Son muchos los autores dispuestos a reconocer el rango constitucional de esta singular norma, en tanto que aprobadas por un poder constituyente interno siempre y cuando los Estatutos no contengan nada que atañe a la estructura del Estado⁶³, como ya se ha dicho. Ello se llevaría a cabo en tres fases distintas: en primer lugar, se eliminaría el principio dispositivo y, por tanto, las competencias dejarían de ser incluidas en los Estatutos. En segundo lugar, habría de darse una reforma estatutaria de conformidad con la reforma constitucional. Por último, habría de reconocerse su carácter constitucional y simultáneamente de ley orgánica.

En favor de la protección de este carácter constitucional de los Estatutos se ha propuesto la creación de una instancia de control estatutario, para asegurar la eficacia normativa de los Estatutos, que no necesariamente debería incluir la creación de un nuevo órgano, sino que se podría atribuir, por ejemplo, esta competencia específica de control a una Sala del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de que se trate⁶⁴.

Pero esta propuesta «federalizante» suele tener en cuenta exclusivamente la articulación del Estado. En cambio, no atiende a la perspectiva procesal de la palabra federal⁶⁵, enfoque fijado especialmente en las bases del modelo

Estado debería conservarse el art. 161.2 CE, pero solo para casos de palmaria inconstitucionalidad «no en actuaciones infractoras del sistema competencial». En cambio, está en contra de la reforma de 2015 que reintroduce el control previo de constitucionalidad solo para Estatutos. El autor es crítico con este control, porque considera que no es una labor jurisdiccional y que por ello puede politizarse.

⁶² Tudela Aranda, (2011, 268), Muñoz Machado et al. (2017, 14-15).

⁶³ En contra, García Roca considera que el federalismo español no tendría por qué seguir el modelo federal «ortodoxo», de manera que los Estatutos tuvieran naturaleza constitucional.

⁶⁴ Propuesta incluida en el Informe «Propuestas para un debate sobre la reforma territorial desde las Universidades Andaluzas», Coller Porter et al. (2018, 14-15).

⁶⁵ Cruz Villalón (2006b, 92). El autor considera que, en ocasiones, las propuestas federales se han realizado en el sentido de «eludir la dimensión asimétrica», 96.

territorial. Ello es relevante, puesto que en el sistema español la influencia de las Comunidades Autónomas en la no solo en su nivel de autogobierno, sino en la configuración de la constitución territorial del Estado ha venido dada por la apertura del sistema. Desde otra noción de federalismo más amplia se incluiría a los entes territoriales en un pacto constitucional de convivencia territorial nuevo. Y es que el pacto actual solo es revisable mediante una reforma constitucional que no reconoce a las Comunidades Autónomas la capacidad de decisión, aunque las permita intervenir mediante la capacidad de propuesta (Bastida Freijedo 2018, 379).

Y es en ese sentido donde algunos autores han defendido, normalmente con carácter previo a la STC 31/2010, una propuesta minoritaria⁶⁶. Si bien coincidían en que el Estatuto no era la norma adecuada para realizar una modificación adecuada de la estructura territorial, tampoco les convenía despojar a los entes territoriales de capacidad decisoria, en el sentido *procedimental* de un Estado federal. Por eso, se ha planteado algo más que una reforma del Título VIII de la Constitución. Se trataría, así, de modificar el procedimiento de reforma constitucional con vistas a que la participación de los entes territoriales sea un requisito indispensable ante la eventual modificación de la estructura territorial (Cruz Villalón 2006b, 93).

Ello desde luego ampliaría la restringidísima capacidad actual de las Comunidades Autónomas en el proceso de reforma constitucional, limitada, como se ha dicho, a una capacidad de iniciativa. Una concreción de esta propuesta (Cruz Villalón 2006b, 93-94) consiste en perfeccionarla en dos etapas diferenciadas: la primera de las etapas debería incorporar los distintos territorios en el procedimiento de reforma. De la segunda fase resultaría la Constitución federal. Se resaltaría, así, la unidad del Estado por contraste con la dinámica actual del Estado de las autonomías, protagonizado por el momento devolutivo, en el que el movimiento pasa por facultar a los territorios al uso de un poder, dividiendo así el del Estado.

2.5. Asimetría

En este marco, ¿cabe reconocer las singularidades que afectan a los distintos territorios? En general, la propuesta mayoritaria confiere al Estatuto naturaleza constitucional, puesto que evita su carácter paccionado. En la medida en que el Estatuto ya no afecte a las competencias estatales, la capacidad de los entes territoriales en la configuración de la constitución territorial disminuye sobremanera. Varios juristas, conscientes de ello han optado

⁶⁶ En Fossas Espadaller (2008, 170-171) se incluye entre ellos a Cruz Villalón, por relación al artículo aquí referenciado, y a De Cabo Martín.

por una configuración del federalismo hasta cierto punto asimétrica⁶⁷ que respondiera a algunas de las expectativas de Cataluña. ¿cómo articular la asimetría, una vez eliminado el principio dispositivo y sin contar con los propios entes territoriales en la reforma constitucional? Sin perjuicio de lo que pueda desarrollarse en su respectivo capítulo y aparcando ahora las discusiones sobre la oportunidad política de configurar un federalismo de carácter asimétrico, quisiera muy brevemente recoger algunas de estas propuestas.

Se ha propuesto como técnica jurídica para garantizar cierto grado de asimetría el establecimiento de derogaciones parciales del federalismo, a través de los Estatutos⁶⁸. Una alternativa consistiría en que cada Estatuto contuviera esta excepción, pero en ese caso, el Estatuto debería ostentar rango constitucional. Otra alternativa pasaría por reconocer la existencia de leyes constitucionales singulares con carácter constitucional que contuvieran las derogaciones territoriales a la Constitución federal en el territorio o comunidad respectiva (Cruz Villalón 2006, 96).

Por otro lado, se ha propuesto la inclusión en el artículo 2 de una mención que reconozca el carácter de nacionalidades al País Vasco, Cataluña, Galicia y Andalucía, mención que podría servir para introducir por vía estatutaria singularidades que resultan muy convenientes y no por ello opuestas a la igualdad sustancial de derechos de todos los españoles ni a los principios de solidaridad y no discriminación entre las Comunidades Autónomas (Aragón Reyes 2014, 29). En el caso de que se conviniera reconocer otras singularidades se ha sugerido establecer alguna norma especial ya fuera en la propia Constitución por referencia directa a las Comunidades Autónomas, ya sea por referencia a los criterios de población, superficie u otros que se consideren, pero en estos casos la reforma estatutaria podría incorporar alguna condición adicional (De la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo 2015, 80).

Se ha llegado a proponer, incluso, en el marco de un Estado federal, pero que integre las demandas de los entes territoriales con conciencia diferenciada, la reducción del número de autonomías reconocidas, de manera que redundaría, además, en beneficio de la estabilidad de las finanzas públicas y del funcionamiento general del Estado (Tajadura Tejada et al. 2013, 53-54).

⁶⁷ Aragón Reyes (2014, 28) ha mostrado sus reticencias en la configuración de un Estado asimétrico: «Modelo éste, el de la asimetría, difícilmente compatible con un Estado federal y muy poco probado en el constitucionalismo foráneo».

⁶⁸ Cruz Villalón (2006, 96) considera que el instrumento adecuado no es el Estatuto por el carácter de bilateralidad que tiene, mientras que la asimetría afecta a la configuración del Estado, afecta a todos y no exclusivamente a la región implicada. En cualquier caso, el Estatuto sería una norma de rango constitucional y alcance territorial limitado que incluya derogaciones a la Constitución federal para que este territorio pudiera preservar la singularidad de su pacto con el Estado.

Para el concreto caso catalán se han planteado más propuestas. Así, por ejemplo, el establecimiento de una disposición adicional específica para Cataluña (Carrillo i López 2016, 114), no de índole general, sino que concretase algunos aspectos que, de quedar en el Estatuto, no alcanzarían el rango constitucional. Se trataría de excepciones al régimen general incluido en la Constitución, relativo a competencias, financiación, inversión en infraestructuras y régimen de las lenguas oficiales. Se pretende entre otras cosas incorporar a la Constitución parte del contenido del Estatuto de Autonomía de Cataluña que había sido declarado inconstitucional en la STC 31/2010, de 28 de junio, al igual que se ha propuesto incorporar en la Constitución algunos de los conceptos esenciales que definía el Estatuto para blindar las competencias y que el Tribunal Constitucional declaró inconstitucional (Muñoz Machado, et al. 2017, 18-19) ⁶⁹.

V. CONCLUSIONES

Desde el punto de vista del sistema de fuentes del Derecho, la ambigua naturaleza de los Estatutos es producto del principio dispositivo y se correspondió con la intención del constituyente de aplazar una decisión de índole constitucional. Ello cristaliza en el carácter híbrido de los Estatutos que han recibido un tratamiento ambivalente por parte de la doctrina constitucional. Esto no es necesariamente problemático, y ha permitido la convivencia de distintas interpretaciones doctrinales sin generar grandes disonancias en la práctica.

El problema surgió cuando el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006 acentuó la vertiente jerárquica de la norma y la proyectó con un fuerte carácter expansivo, desencadenando como respuesta del Tribunal Constitucional la denominada «devaluación» del Estatuto, al reconocerlo exclusivamente en términos de ley orgánica y recordando la posición de supremacía del Tribunal respecto del Estatuto. Con ello se puso fin a los beneficios propios de la ambigüedad y de las preguntas sin respuesta. Esto supuso también limitar las propiedades salvíficas del principio dispositivo, pues al contrario de lo que había ocurrido hasta el momento, ya no satisfacía ni a unos ni a otros.

Ahora que décadas de experiencia autonómica nos avalan, casi toda la doctrina coincide en un extremo: eliminar el principio dispositivo mediante un efecto *boomerang* que debe introducir, vía reforma constitucional, lo que la Constitución de 1978 decidió dejar fuera. Aunque solo después de la

⁶⁹ Los autores defienden otra medida que se hace cargo de las consecuencias del fallido Estatuto de Autonomía de Cataluña sugiere modificar al mismo tiempo la Constitución y el Estatuto catalán y ser sometidas a referéndum simultáneamente en los respectivos ámbitos territoriales. Estas medidas ya habían sido propuestas en Muñoz Machado 2015, 54.

intervención del Tribunal Constitucional. Académicos de diferentes escuelas y tendencias han articulado sus preferencias a partir de este elemento en común y en la mayoría de los casos lo han hecho en la idea de conducirnos hacia el federalismo (en sus distintas versiones). Si por federalismo entendemos aquella estructura territorial que reconoce naturaleza constitucional a las normas básicas territoriales, la gran mayoría de las propuestas relativas a los Estatutos de Autonomía desembocan en la configuración de un Estado federal. Si, de otro modo, se entiende por Estado federal la participación de los entes territoriales en el proceso constituyente, entonces habrá que concluir que no es la opción preferida por los constitucionalistas españoles.

Sin duda la propuesta de mayor éxito entre la doctrina, aunque con algunas variaciones, consiste en la limitación del contenido de los Estatutos a aquello que afecte exclusivamente a su ámbito territorial. De este modo, podría eliminarse la exigencia de someter a trámite la aprobación del Estatuto en las Cortes Generales y, a la vez, dotar de carácter constitucional a la norma institucional básica de las entidades territoriales españolas.

La segunda de las propuestas en clave federal, aunque minoritaria y extremadamente compleja de llevar a la práctica, presenta la ventaja de devolver al ámbito político lo que pertenece al mismo y tiene en cuenta la participación de los entes territoriales en el Estado. Esta opción es la propuesta integradora por antonomasia tanto por sus efectos en el diseño definitivo territorial español, como por su fundamentación que, más allá del criterio de racionalización democrática, se fundamenta en la configuración cultural y social de los territorios españoles.

En caso de aceptarse, las propuestas enunciadas resolverían la ambigüedad que presenta la naturaleza actual de los Estatutos de Autonomía, puesto que al eliminar el principio dispositivo decae también la noción de bloque de constitucionalidad. Los Estatutos se relacionarían con las leyes estatales desde, ahora sí, el principio de competencia y solo este, como ya algunos sostuvieron en su momento. Por mucho que su *status* jurídico aumentase, por mucho que se le atribuyera naturaleza constitucional, desde el punto de vista de las fuentes, en el sentido de la aplicación y la relación entre distintas normas, que es el que aquí nos ocupa, no se daría en absoluto una relación de jerarquía. El Estatuto autonómico sería superior a las leyes, pero solo opera en relación con ellas desde un punto de vista competencial y no jerárquico. Y no solo se resolvería esta ambigüedad, que en último término no es sino reflejo de la voluntad del constituyente de no afrontar la cuestión conflictiva, sino que quedaría, además, salvaguardada la intervención constitucional. Así, por un lado, se restringiría el margen de intervención jurisdiccional al constitucionalizar las normas de manera expresa en el texto y reducir así la carga interpretativa asignada al Tribunal en las últimas décadas. Por otro lado, la eliminación del bloque de constitucionalidad evitaría que el Tribunal

Constitucional dejase de utilizar el Estatuto como norma de contraste y como objeto de control de constitucionalidad simultáneamente.

No quisiera terminar sin recordar que, en realidad, la STC 31/2010 supone, hasta cierto punto, el cierre del principio dispositivo o, por lo menos, supone un freno a su desarrollo. En este sentido, puede identificarse una analogía entre las dos manifestaciones del principio dispositivo. Solo cuando el principio dispositivo en su primera vertiente se consumó, se proponen las reformas encaminadas a la supresión de los preceptos en los que se encontraba latente. En cuanto al principio dispositivo en su segunda vertiente, la desambiguación de la naturaleza de los Estatutos en sede constitucional y la rotunda declaración de su carácter de ley orgánica restaron operatividad al principio dispositivo. Las propuestas de reforma solo pueden comprenderse a partir del cambio que supuso este pronunciamiento, puesto que consisten en su mayoría en adaptar la regulación de los Estatutos de Autonomía a la realidad actual: la desactivación del principio dispositivo por la jurisdicción constitucional.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- AGUADO RENEDO, César. 2016. «El recurso previo de inconstitucionalidad frente a proyectos de estatutos de autonomía y de su modificación». *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 38: 683-699.
- . 2007. «De nuevo sobre la naturaleza jurídica del Estatuto de Autonomía, con motivo de los procesos de reforma». *Asamblea: Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, n.º 17: 283-306.
- . 1997a. «El principio dispositivo y su virtualidad actual en relación con la estructura territorial del Estado». *Revista de Estudios Políticos*, n.º 98: 137-158.
- . 1997b. «Acerca de la naturaleza jurídica del Estatuto de Autonomía». *Revista española de derecho constitucional*, n.º 17: 169-195.
- AGUDO ZAMORA, Miguel. 2019. *Reforma constitucional y Estado autonómico*. Madrid: Tecnos.
- ALBERTÍ ROVIRA, Enoch. 2005. «El blindaje de las competencias y la reforma estatutaria». *Revista catalana de dret públic*, n.º 31: 475-523.
- ÁLVAREZ JUNCO, José, RUBIO LLORENTE, Francisco, eds. 2006. *El informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional: texto del informe y debates académicos*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-Consejo de Estado.
- APARICIO PÉREZ, Miguel Ángel. 2011. «Posición y Funciones de los Estatutos de Autonomía en la Sentencia del Tribunal Constitucional 31/2010». *Revista d'estudis autonòmics i federals, (Ejemplar dedicado a: Especial sobre la Sentència de l'Estatut d'Autonomia de Catalunya)*, n.º 12: 16-43.
- ARAGÓN REYES, Manuel. 1992. «La reforma de los Estatutos de Autonomía». *Documentación administrativa. Ejemplar dedicado a: El estado autonómico, hoy*, n.º 232-233: 97-222.

- . 2006. «La construcción del Estado autonómico». *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, n.º 54-55: 75-95.
- . 2014. «Problemas del Estado autonómico». *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, n.º 31: 13-34.
- ARDOZ MARÍN, Xavier. 2010. «Una visión general». En *Especial sentencia 31/2010 del Tribunal Constitucional, sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006*, *Revista Catalana de Dret públic*, editado por Barceló, Mercè, Bernadí, Xavier y Vintró, Joan, 29-32.
- ARANDA, Elviro, DE MIGUEL, Josu, ROMÁN, José María, TAJADURA, Javier, coords. 2013. «Cinco propuestas para la reforma constitucional en clave federal». *Revista Cuadernos Manuel Giménez Abad*, n.º 5: 52-57.
- Bacigalupo SAGUESSE, Juan Luis ARAGONÉS, Gaspar ARIÑO ORTIZ, Ignacio BORRAJO INIESTA, Ismael CLEMENTE ORREGO, Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Julio FUENTES GÓMEZ, Santiago HURTADO IGLESIAS, Maximino LINARES GIL, Luis Fabián MÁRQUEZ SÁNCHEZ, Juan MARTÍNEZ CALVO, David MELLADO RAMÍREZ, José Luis PIÑAR MAÑAS, Jose Antonio RODRIGUEZ ÁLVAREZ, Luis RODRÍGUEZ RAMOS, Salvador RUIZ GALLUD, Ángel SÁNCHEZ NAVARRO, Manuel SILVA SÁNCHEZ, Santiago SOLDEVILA FRAGOSO, Joaquín TORNOS MÁZ, Juan VELÁZQUEZ SÁIZ, Elena VELEIRO COUTO, (2018). Informe del Grupo FIDE: «Reflexiones para una reforma constitucional: la reforma de la organización territorial del Estado». Disponible en: <https://thinkfide.com/wp-content/uploads/2020/10/Fide-Doc.-Reflexiones-Grupo-Reforma-Constitucional.pdf>
- BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. 1991. *Fuentes del Derecho*. Madrid: Tecnos.
- BARCELÓ I SERRAMALERA, Mercè, Bernadí Gil, Xavier y Vintró i Castells, Joan. 2010. «Balance y perspectivas». *Revista catalana de dret públic. Especial Sentencia 31/2010 del Tribunal Constitucional, sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006*, editado por Barceló, Mercè, Bernadí, Xavier y Vintró, Joan, 494-501.
- BASTIDA FREIJEDO, Francisco José y REQUEJO PAGÉS, Juan Luis. 1991. *Cuestionario comentado de Derecho Constitucional: el sistema de fuentes y la jurisdicción constitucional*. Barcelona: Ariel.
- BASTIDA FREIJEDO, Francisco. 2018. «La Corona y la República». En *Cuatro décadas de una Constitución normativa (1978-2018): Estudios sobre el desarrollo de la Constitución Española*, coordinado por Punset Blanco, Ramón, Álvarez Álvarez, Leonardo, 363-383.
- BLANCO VALDÉS, Roberto. 2018. Diario de sesiones del Congreso de los Diputados, 21 de febrero de 2018, n.º 445.
- CAAMAÑO DOMÍNGUEZ, Francisco. 2014. *Democracia federal. Apuntes sobre España*. Madrid: Turpial.
- CARRERAS SERRA, Francesc. 2006. «La inclusión de la denominación de las Comunidades Autónomas en la Constitución». En *El informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional: texto del informe y debates académicos*, editado por Rubio Llorente, Francisco, Álvarez junco, José, 653-663. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Consejo de Estado.
- Carrillo i López, Marc. 2016. «La reforma del Estado de las Autonomías». *Revista Teorder*, n.º 19: 104-115.

- CASCAJO CASTRO, José Luis. 2009. «Observaciones sobre la denominada función constitucional de los Estatutos de Autonomía». *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 23: 133-147.
- CASTELLÀ ANDREU, Josep M.^a. 2020. «¿Estatutos de autonomía aprobados exclusivamente por las Comunidades Autónomas?: Los futuros estatutos en el sistema de fuentes». En *España: El federalismo necesario*, coordinado por Punset Blanco, Ramón y Tolivar Alas, Leopoldo, 95-122. Madrid: Editorial Reus.
- COLLER PORTER, Xavier, GÁLVEZ MUÑOZ, Lina, HARGUINDÉGUY, Jean Baptiste, RUBIO MARIN, Ruth, RUIZ-RICO RUIZ, Gerardo, ZAFRA VÍCTOR, Manuel. 2018. Informe «Propuestas para un debate sobre la reforma territorial desde las Universidades Andaluzas». Universidad Pablo de Olavide. Disponible en: <https://www.upo.es/investiga/ptyp/es/publication/propuestas-para-un-debate-sobre-la-reforma-territorial-desde-las-universidades-andaluzas/>
- COSCULLUELA MONTANER, Luis. 2015. «La reconstrucción del Estado Autonómico». *Cronista del Estado social y de Derecho*, n.º 51: 16-31.
- CRUZ VILLALÓN, Pedro. 2009. «La dificultad del Tribunal Constitucional como garante del Estado de Autonomía», *RJUAM*, n.º 19: 101-111.
- 2006^a. *La curiosidad del jurista persa y otros estudios sobre la Constitución*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- 2006b. «La reforma del Estado de las autonomías». *Revista d'Estudis Autònoms i Federals*, n.º 2: 77-100.
- 1991. «La constitución territorial del Estado». *Revista catalana de dret públic*, n.º 13: 61-70.
- DE CARRERAS SERRA, Francesc. 2009. «Reformar la Constitución para estabilizar el modelo territorial». En *La reforma constitucional: ¿hacia un nuevo proceso constituyente?* Actas de las XIV Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, 47-113. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-Tribunal Constitucional.
- DE LA QUADRA SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Tomás. 2015. Sobre la reconstrucción del Estado autonómico, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 51 (*Ejemplar dedicado a: Sobre la reconstrucción del Estado Autonómico: X Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*), pp. 56-83.
- DE LA QUADRA SALCEDO JANINI, Tomás. (2005) «La reforma de los Estatutos de Autonomía y sus límites constitucionales». *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 24: 175-202.
- DE MIGUEL BÁRCENA, Josu. 2018. «Estatutos de Autonomía: evolución y reformas». En *España constitucional (1978): trayectorias y perspectivas, Tomo V*, coordinado por Rubio Núñez, Rafael, González Hernández, Esther y dirigido por Pendás García, Benigno, 4289-4301. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- DE OTTO PARDO, Ignacio. 1987. *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*. Barcelona: Ariel.
- FREIXES SAN JUAN, Teresa. 2018. Diario de sesiones del Congreso de los Diputados, 21 de febrero de 2018, n.º 445.

- LÓPEZ PINA, Antonio. 2012. «Encuesta sobre la reforma de la Constitución». *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 29: 11-88.
- FOSSAS ESPADALER, Enric. 2008. *El principio dispositivo en el Estado Autonomico*, UNED. *Revista de Derecho Político*, n.º 71-72: 151-173.
- . 2011. «El Estatuto tras la sentencia». *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 27: 291-314.
- FERRERES COMELLA, Víctor. 2010. «El Tribunal Constitucional ante el Estatuto». *Revista catalana de Dret public. Especial Sentencia 31/2010 del Tribunal Constitucional, sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006*, editado por Barceló, Mercè, Bernadí, Xavier y Vintró, Joan, 69-78.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. 1985. *Estudios sobre Autonomías territoriales*. Civitas: Madrid.
- GARCÍA ROCA, Francisco Javier. 2000. «¿A qué llamamos, en Derecho, hechos diferenciales?» *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 11: 74-108.
- . 2014. «Pautas para una reforma constitucional: un informe para el debate». Madrid: Aranzadi.
- . 2012. «La reforma constitucional en clave federal». Conferencia pronunciada en Zaragoza, Fundación Giménez Abad y Konrad Adenauer Stiftung. Disponible en: <https://www.fundacionmgimenezabad.es/es/documentacion/reforma-constitucional-en-clave-federal>
- . «Reflexiones para una reforma constitucional: la reforma de la organización territorial del Estado». Disponible en: <https://thinkfide.com/>
- MUÑOZ MACHADO, Santiago. 2015. «El Estado Autonomico y el futuro político de Cataluña». *Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, n.º 51: 44-55.
- . 1982. *Derecho público de las Comunidades autónomas*. Madrid: Civitas.
- . 2005. «El mito del Estatuto-Constitución y las reformas estatutarias», en *La reforma del Estado Autonomico*, coordinado por Isaac Martín Delgado, Luis Ignacio Ortega Álvarez, 731-823.
- . 2010. «El dogma de la Constitución inacabada», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 90: 245-266.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago, Aja Fernández, Eliseo, Carmona Contreras, Ana, De Carreras Serra, Francesc, Fossas Espadaler, Enric, Ferreres Comella, Víctor, García Roca, Francisco Javier, López Basagüren, Alberto, Montilla Martos, José Antonio, Tornos Mas, Joaquín. 2017. «Ideas para una reforma». Disponible en: <https://www.ucm.es/data/cont/media/www/pag-31775//ideas%20para%20una%20reforma%20constitucional.pdf>
- ORTEGA ÁLVAREZ, Luis. 2010. «La posición de los estatutos de autonomía con relación a las competencias estatales tras la sentencia del tribunal constitucional 31/2010, de 28 de junio, sobre el estatuto de autonomía de Cataluña». *Revista española de Derecho Constitucional*, n.º 90: 267-285.
- PÉREZ ROYO, Francisco Javier. 1984. *Fuentes del Derecho*. Madrid: Tecnos.
- . 2011. «La STC 31/2010 y la contribución de la jurisprudencia constitucional a la configuración de un estado compuesto en España: elementos de continuidad y ruptura, e incidencia en las perspectivas de evolución del estado autonómico». *Revista catalana de dret públic*, n.º 43: 121-149.

- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María. 2021. *Sistema de fuentes del Derecho administrativo*. Madrid: Marcial Pons.
- RUBIO LLORENTE, Francisco. 1989. «El bloque de constitucionalidad». *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 27: 9-37.
- . 2009. «Rigidez y apertura en la Constitución, *La reforma constitucional: ¿hacia un nuevo pacto constituyente?»* Actas de las XIV Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, 17-40. Madrid: Asociación de Letrados y Tribunal Constitucional.
- SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, Juan José. 2019. *Pensamiento federal y otros estudios autonómicos*. Zaragoza: Fundación Manuel Giménez Abad.
- . 1998. *Las bases constitucionales del estado autonómico*. Madrid: McGraw-Hill Interamericana de España.
- . (1985) «Sobre los supuestos jurídicos de la cobertura institucional del pluralismo territorial en el Estado autonómico español», *REP*, núm. 46-47.
- TOMÁS Y VALIENTE, Francisco. 1988. *El reparto competencial en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Madrid: Tecnos.
- TORNOS MAS, Joaquín. 2020. «La construcción del Estado autonómico». En *Cuatro décadas de jurisprudencia constitucional: los retos*, 189-247. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-Tribunal Constitucional-Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional.
- . 2010. «El Estatuto como norma jurídica». En *Revista catalana de Dret públic. Especial Sentencia 31/2010 del Tribunal Constitucional, sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006*, editado por Barceló, Mercè, Bernadí, Xavier y Vintró, Joan, 96-100. Barcelona: Instituto de Estudios Autonómicos.
- TAJADURA TEJADA, Javier. 2006. «Inclusión de las Comunidades autónomas en la Constitución», en *El informe del Consejo de Estado sobre la reforma constitucional: texto del informe y debates académicos*, editado por Álvarez Junco, José y Rubio Llorente, Francisco. XXV Jornadas de la Asociación de Letrados de Tribunal Constitucional, 627, 651. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-Consejo de Estado.
- TAJADURA TEJADA, Javier, ARANDA ÁLVAREZ, Elviro, DE MIGUEL BÁRCENA, Josu, ROMÁN GURRERO, José María. 2012. En «Cinco propuestas para la reforma constitucional en clave federal», coordinado por Tajadura Tejada, Javier. Ciudadanía y Valores Fundación.
- TUDELA ARANDA, José. 2018. «La asimetría, que no los hechos diferenciales, como nota distintiva del Estado Autonómico». *UNED. Revista de Derecho Político*, n.º 101: 431-46.
- . 2011. «¿Reforma constitucional en clave federal? (Sistematización de problemas generados por las reformas y posibles soluciones)». *Revista de Estudios Políticos*, n.º 151: 231-279.
- VIVER PI-SUNYER, Carles. 2010. «Los efectos jurídicos de la sentencia sobre el Estatuto». En *Revista catalana de dret públic. Especial Sentencia 31/2010 del Tribunal Constitucional sobre el Estatuto de Autonomía de Cataluña de 2006*, editado por Barceló, Mercè, Bernadí, Xavier y Vintró, Joan, 68-70. Barcelona: Instituto de Estudios Autonómicos.

LA FRAGILIDAD DEL DERECHO FUNDAMENTAL A
LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES DEL
MENOR ANTE LA EXPOSICIÓN DE SU VIDA
PERSONAL Y FAMILIAR EN LA RED: DE LA
NECESIDAD DE NUEVOS MECANISMOS Y
GARANTÍAS LEGALES

*The fragility of the fundamental right to the protection of
minors' personal data when faced with the exposure of their
personal and family life on the internet: The need for new
mechanisms and legal safeguards*

Estela Brion Berdote
Profesora de Derecho Civil
Universidad de Deusto

<https://doi.org/10.18543/ed.2646>

Recibido: 13.09.2022

Aceptado: 11.12.2022

Publicado en línea: diciembre 2022

Resumen

La protección jurídica del menor cuando los progenitores comparten datos personales del mismo en redes sociales se presenta como un reto para el Derecho del siglo XXI. La actual inmersión en la Sociedad de la información incita a las personas a compartir, cada vez con mayor frecuencia, aspectos de la vida privada en estas plataformas *online*. En este nuevo contexto, advertimos la existencia de un determinado número de padres y madres *influencers* cuya actividad profesional consiste en compartir –con alcance global– en Internet y redes sociales fragmentos sobre su vida con el fin de promocionar productos y servicios, antes bien, un gran número de los mismos, revelan la vida de sus hijos e hijas menores de edad a cambio de un determinado

beneficio económico. Más aún, cabe contemplar, que un determinado número de progenitores permiten que el propio menor ejerza tal ocupación. Así las cosas, nos preguntamos si el ordenamiento jurídico contempla mecanismos a efectos de proteger al menor y salvaguardar sus derechos para el caso en el que los progenitores no actúen en atención al interés superior de este.

Palabras clave

Influencer, protección de datos personales, interés superior del menor, privacidad.

Abstract

The legal protection of minors when parents share their personal data on social networks is a challenge for 21st century law. The current immersion in the Information Society encourages people to share, with increasing frequency, aspects of their private lives on these online platforms. In this new context, we notice the existence of a certain number of parents who are influencers whose professional activity consists of sharing –with global reach– on the Internet and social networks fragments of their lives in order to promote products and services, or rather, a large number of them expose the lives of their minor children in exchange for a certain economic benefit; furthermore, it is worth noting that a certain number of parents allow the minor to carry out this occupation. This being the case, we wonder whether the legal system contemplates mechanisms to protect minors and safeguard their rights in the event that the parents do not act in the best interests of the minor.

Keywords

Influencer, personal data protection, best interests of the child, privacy.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. NUEVAS OCUPACIONES CARACTERÍSTICAS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN: LOS *INFLUENCER* O LÍDERES DE OPINIÓN. III. EL MENOR COMO TITULAR DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y LA CAPACIDAD PROGRESIVA PARA EJERCITARLOS DE MANERA AUTÓNOMA. IV. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR COMO LÍMITE A LA EXPOSICIÓN DE SU VIDA PRIVADA EN REDES SOCIALES. 1. La excesiva revelación de información personal del menor como base de la actividad profesional del líder de opinión. 2. Algunas de las fricciones que plantea la actividad *online* de los *influencer* respecto a la protección de datos personales de sus descendientes menores de edad. 3. La necesidad de garantías legales para la salvaguarda del interés superior del menor ante la sobreexposición de su privacidad en redes sociales. V. CONCLUSIONES. VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

I. INTRODUCCIÓN

El pasado 8 de febrero de 2022, una conocida *youtuber*, que regenta un canal en YouTube con aproximadamente 1,4 millones de seguidores, revolucionaba las redes sociales al compartir una publicación en formato de vídeo en la que mostraba el alumbramiento completo de su octava hija. Las críticas no se demoraron, en ellas, el público no tardó en acusar a la *influencer* de emplear a sus hijos con el fin de generar ingresos en redes sociales¹. En ese sentido, la aludida *youtuber*, acostumbra a compartir con asiduidad vídeos detallados de su día a día rodeada de sus ocho descendientes.

La aparición de nuevas ocupaciones ejercidas a través de plataformas *online*, tales como las redes sociales, se constituye como una realidad difícil de soslayar en plena era de la sociedad de la información. Entre las infinitas posibilidades económicas que Internet puede brindar, la ocupación de *influencer* cobra especial protagonismo en el ámbito de las redes sociales. En efecto, la sociedad ya no se muestra ajena a estas personas, que de modo verdaderamente sofisticado, han conseguido llamar la atención de millones de internautas que se materializan en miles de seguidores de sus perfiles. Aprovechando la nueva relevancia de estas personas para los ávidos consumidores de contenidos *online*, las empresas anunciantes han visualizado nuevas posibilidades a la hora de publicitar sus productos a través de estas.

¹ La Real Academia Española define el término *influencer* como persona con capacidad de influir sobre otras, principalmente a través de redes sociales. De este modo, el organismo apunta que, el anglicismo puede traducirse al español como persona “influyente” en redes sociales, acceso el 1 de diciembre de 2021. <https://www.rae.es/observatorio-de-palabras/influencer>

No obstante, no se debe olvidar, que esta nueva actividad profesional, desde el punto de vista del derecho genera interrogantes que precisan de una solución normativa. En particular, si bien la actividad de estas personas, produce ostensibles fricciones con diversas ramas del derecho², nos preguntamos si la protección jurídica de los derechos íntimamente relacionados con la privacidad de los descendientes de *influencers* –como el derecho a la intimidad y el derecho a la protección de datos personales–, así como los casos más extremos en los que el propio mejor ejerce de tal, evoluciona de modo acorde al vertiginoso avance en la puesta en práctica de esta popular ocupación en el mundo *online*.

Así las cosas, debemos señalar, que las decisiones que afecten al menor, deberán tomarse, en todo caso, en interés superior de este. Sin embargo, cabe cuestionarse si la sobreexposición de estos jóvenes en redes sociales a cambio de determinado beneficio económico respeta aquel interés. En ese sentido, la protección del menor debe constituir una necesidad de primer orden, tanto para sus progenitores, como para el legislador, que en diversas ocasiones ha aprobado legislaciones tendentes a reforzar dicha salvaguarda.

II. NUEVAS OCUPACIONES CARACTERÍSTICAS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN: LOS *INFLUENCER* O LÍDERES DE OPINIÓN

El éxodo hacia lo digital de las actividades más habituales de nuestro día a día se presenta como una realidad no discutida en pleno siglo XXI. En efecto, en plena era digital, gozan de habitualidad comportamientos como, la búsqueda de pareja *online*, la comunicación con familiares y seres queridos que residen en distintas zonas del planeta o incluso la contratación de un gran elenco de bienes y servicios *online*, etc. Así las cosas, nuestros hábitos se encuentran completamente condicionados por Internet y las redes sociales. De conformidad con HERRÁN ORTÍZ, las nuevas formas digitales de relación y comunicación constituyen un avance fundamental en el desarrollo social, económico y profesional (Herrán 2020, 39).

En consecuencia, en las últimas décadas, las redes sociales se han erigido como el principal espacio de comunicación, ocio y entretenimiento para los usuarios. Personas de todas las edades acceden a estas plataformas con un fin común: entretenerse. En este contexto, el usuario de Internet, ha pasado de considerarse un usuario consumidor de contenido de las plataformas digitales a convertirse, a su vez, en productor de dichos contenidos. Ciertamente,

² Así, la fricción que mayor visibilización ha recibido es la posibilidad de que estas personas lleven a cabo publicidad encubierta. Para mayor profundización sobre la publicidad encubierta practicada por *influencers*, véase (Martínez Otero, Juan, pp. 21-25).

el usuario asume en este ámbito un doble papel que recibe el calificativo de *prosumidor*: ello se debe a que, por una parte, genera contenido a través de sus publicaciones constantes, por otra parte, continúa consumiendo, tanto el contenido que otras personas comparten, como los anuncios y publicidad que la plataforma ofrece en sus espacios a los usuarios (Agustinoy y Monclús 2021, 19). Efectivamente, la publicidad se configura como otro de los sectores que también ha protagonizado una migración al ámbito digital. Mientras que no hace tantos años, la publicidad y anuncios buscaban al público a través de anuncios de televisión, prensa escrita o radiofónica, vallas publicitarias, etc., en la actualidad, estos medios comienzan a sustituirse por la publicidad *online*. Concretamente, según afirma la Agencia Española de Protección de Datos (en adelante, AEPD) en la Guía sobre el uso de cookies de 2020, la inversión en publicidad transmitida a través de Internet alcanza un 46,7% de toda la inversión realizada en medios³.

Este nuevo escenario, en el que el usuario crea, comenta, participa, pero también consume, ha propiciado la aparición de nuevas ocupaciones vinculadas exclusivamente a las redes sociales, tales como las que desempeñan personas que reciben el calificativo de *Influencer*. La ocupación de estas personas consiste, principalmente, en compartir diariamente en redes sociales contenidos, no en pocas ocasiones sobre su vida privada (tales como rutinas, opiniones, viajes, temas que dominan...) colaborando en ese iter en la publicación de marcas, productos y servicios con empresas anunciantes.

Así, el *influencer* busca la atención de las personas en la red social para que, mientras estas se entretienen visualizando los contenidos que los *influencer* comparten, reciban publicidad de productos y servicios que estos incorporan en sus publicaciones. Ahora bien, la doctrina considera más adecuado referirse a los influyentes como líderes de opinión, puesto que, la definición proporcionada por la Real Academia Española (en adelante, RAE) traída a colación en el apartado precedente obvia la especial conexión que media entre estas personas y las redes sociales (Tato Plaza 2019, 2). La finalidad resulta clara, las empresas anunciantes buscan la atracción de consumidores por medio de la figura de una persona, que digitalmente, dará a conocer los productos o servicios publicitados a sus seguidores en redes sociales⁴.

³ AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS. Guía sobre el uso de las cookies, julio de 2020 acceso el 28 de febrero de 2022. <https://www.aepd.es/sites/default/files/2020-07/guia-cookies.pdf>

⁴ Este nuevo modo de publicitar recibe el calificativo de *influence marketing*, consistente en la práctica en las colaboraciones de estos *influencers* con las marcas para la publicación de contenidos que se llevará a cabo mencionando productos o servicios en sus mensajes, vídeos, tweets, etc., al fin de difundir contenidos relacionados con el producto o servicio para conseguir su promoción. Código de conducta sobre el uso de influencers

En un intento de definir la ocupación de estas personas, OTERO COBOS señala que, se podría considerar como *influencer* a toda persona que posee un perfil en una o varias redes sociales, empleados con una finalidad principalmente comercial, donde goza de influencia sobre sus usuarios, y recibe una contraprestación a cambio de promocionar productos o servicios en las mismas (Otero Cobos 2021, 304). Efectivamente, estas personas reciben una contraprestación a cambio de la publicidad difundida en sus contenidos digitales. La misma, acostumbra a configurarse mediante la entrega de cantidades de dinero, pero también a través del acuerdo de una retribución en especie, que tiende a materializarse a través de la entrega de productos de la marca publicitada.

Así pues, a día de hoy el número de *influencers* comienza a resultar difícil de cuantificar. La popularidad de este empleo ha crecido hasta tal extremo que, ha llegado a presentarse como el trabajo deseado de la generación *digital baby*, hecho que no debe sorprender, habida cuenta que, el crecimiento de estos jóvenes ha ocurrido condicionado por el pleno manejo de Internet y redes sociales prácticamente desde su nacimiento⁵. En este orden de cosas, la popularidad de esta nueva ocupación ha llevado a la aparición de diferentes tipos de *influencer* por sector, sin embargo, creemos conveniente enfatizar, no en la gran variedad de temáticas que los *influencers* pueden abarcar, sino en el modo en el que comparten dicha información en la plataforma social a efectos de atraer a los usuarios. Ciertamente, la base de la actividad de estas personas reside en compartir experiencias, vivencias, información propia y personal en la red social con el fin de atraer a los usuarios de la misma. Concretamente, la publicidad que realiza el *influencer*, se integra como parte natural del contenido editorial que genera, lo que mitiga el riesgo de que las personas destinatarias de dicha publicidad rechacen o recelen de la publicidad realizada al considerarla menos molesta o intrusiva (Tato Plaza 2021, 3). En efecto, en esta forma de mercadotecnia, el *influencer* presenta, menciona o recomienda determinados bienes o servicios en su perfil, con el propósito de hacerlos atractivos y deseables para sus seguidores y, en última instancia, influir en sus decisiones de consumo (Martínez Otero, 2019, 21).

Antes bien, un gran número de estos líderes de opinión, rentabilizan sus cuentas a costa de mostrar no solamente información y datos concernientes a

en la publicidad elaborado por la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial (AUTOCONTROL), Año 2020, acceso el 2 de diciembre de 2021. <https://www.autocontrol.es/wp-content/uploads/2020/10/codigo-de-conducta-publicidad-influencers.pdf>, p. 2.

⁵ La doctrina emplea el término *digital baby* para referirse a aquellos jóvenes nacidos desde el año 1995 en adelante. Sin embargo, la primera vez que se empleó dicho término fue de la mano de Mark Prensky.

su vida privada, sino también a la de sus descendientes menores de edad, que con asiduidad protagonizan las escenas de sus grabaciones diarias. Tal es la frecuencia con la que ocurren estos comportamientos en los que se comparten datos de menores que, incluso ha recibido el calificativo de *sharing*, fenómeno que se define como la exposición en redes sociales de todo tipo de información personal de menores, especialmente fotografías y vídeos, por parte de sus progenitores (García García, 2021, 457).

Más aún, existen *influencers* cuya temática principal radica tanto en narrar la vida diaria de sus hijos menores de edad en redes sociales, como exponer a estos de manera habitual en las plataformas *online* realizando diversas actividades. Sirva como ejemplo de lo expuesto, el canal de “Las ratitas”, con 11 millones de suscriptores en la plataforma YouTube protagonizado por dos hermanas de seis y siete años, las cuales aparecen en los vídeos que sus progenitores (responsables del canal de Youtube) comparten, jugando a maquillarse o cocinando. Lejos de tratarse de un caso aislado, determinadas líderes de opinión comparten con gran detalle el día a día de sus ocho hijos menores de edad al fin de publicitar artículos⁶. No obstante, véase que, estos líderes de opinión, tienden a compartir aspectos verdaderamente privados tanto de sus vidas, como de sus hijos menores de edad. Efectivamente, las publicaciones poseen un variado carácter, entre las que destacan: el desvelo a gran detalle de sus hogares, la celebración de eventos familiares de diversa índole como bautizos, bodas, cumpleaños, viajes familiares, etc., momentos de intimidad en el hogar o fuera de él y que no en pocas ocasiones protagonizan sus hijos e hijas.

Véase que, la difusión que dicha información personal de los menores puede alcanzar resulta verdaderamente elevada. Así, podemos hallar *influencers* cuyos seguidores se sitúan en 2000 seguidores (2K), pero también encontramos un número considerable de los mismos con más de 1 millón de seguidores (1M)⁷. De este modo, el público ante el cual se desvela la privacidad de los jóvenes por sus progenitores alcanza cifras verdaderamente preocupantes desde el punto de vista de los derechos fundamentales en relación con la privacidad de estos menores. Adicionalmente, cabe apuntar que, el *influencer* resulta capaz de “viralizar” contenidos, lo que conduce a multiplicar la difusión y propagación a gran velocidad de la información ante un

⁶ Véase el canal de Youtube de la *influencer* y concretamente a modo de ejemplo, el video rubricado «Mi rutina como madre de 7 hijos, 100% real y actualizada», ¿Cómo es la vida con un adolescente? Acceso el 21 de marzo de 2022. <https://www.youtube.com/watch?v=F-OeGPuRQC8>.

⁷ Sirva como ejemplo, que algunas *influencer* madres de menores suman 2,3 millones de seguidores. Véase en su perfil público disponible en: <https://www.instagram.com/mariapombo/?hl=es> acceso el 28 de febrero de 2022.

público extenso (que no se limita únicamente a sus seguidores). Sin embargo, la información compartida la componen datos concernientes a personas especialmente vulnerables al concernir a menores de edad.

III. EL MENOR COMO TITULAR DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y LA CAPACIDAD PROGRESIVA PARA EJERCITARLOS DE MANERA AUTÓNOMA

La nueva era de la sociedad de la información en la que nos encontramos inmersos, coadyuva a la aparición de nuevas amenazas para la privacidad de las personas. En efecto, el empleo masivo de servicios *online*, así como de las redes sociales ha derivado en la necesidad de reinterpretar los derechos fundamentales íntimamente ligados a la privacidad. A decir verdad, de conformidad con HERRÁN ORTIZ, los nuevos hábitos del usuario de Internet y redes sociales, han forzado la necesidad de reinterpretar los derechos de las personas desde los nuevos parámetros que las tecnologías perfilan (Herrán Ortiz, 534).

Concretamente, el entorno digital supone una amenaza para los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18.1 de la Constitución Española, en adelante CE) pero también sitúa en una posición vulnerable el derecho a la protección de datos personales (art. 18.4 CE), entre otros (Gete-Alonso y Calera, 2019). Ello se debe a que, el objetivo principal de estos espacios reside en incitar a los usuarios a compartir información personal propia, así como concerniente a terceras personas, posea esta, carácter íntimo o no⁸. Ahora bien, para aquellos casos en los que, los líderes de opinión muestren facetas de la vida de sus hijos menores de edad, así como aquellos progenitores que regentan una cuenta de red social para que sus descendientes ejerzan de *influencer*, la información compartida con un gran número de seguidores, atañe a personas en tránsito hacia su madurez, necesitadas de una especial protección.

En este sentido, cabe preguntarse si los menores de edad, ostentan la titularidad de los derechos inherentes a la privacidad expuestos hace escasas líneas, así como la capacidad que estos poseen para ejercitarlos de manera autónoma. Si bien hasta el siglo XX, se ha privado al menor de la titularidad de derechos, en la actualidad la situación resulta manifiestamente diferente, dado que, se le considera una persona capaz salvo para aquellas cuestiones que la norma le prohíba expresamente (Lacruz 2010, 119-121). Dicho

⁸ A causa de estas nuevas amenazas, entre la doctrina ya median voces que reclaman una cuarta generación de derechos fundamentales. Esto es, aquellos derechos que nacen como consecuencia del empleo masivo de la tecnología (León 2020, 228-234). En ese sentido, el derecho fundamental a la protección de datos personales se erige como uno de esos nuevos derechos mediados por la era digital.

cambio de paradigma, auspiciado por la promulgación de la Convención de los Derechos del Niño de 1989, reconoce al menor como sujeto titular de derechos fundamentales y además, le dota de una capacidad progresiva para ejercitarlos.

De igual modo, en el ámbito nacional, la CE reconoce en el art. 39.4 la titularidad de derechos fundamentales por parte del menor de edad. Por otra parte, la Ley 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, de 15 de enero (en adelante, LOPJM), acoge igualmente dicha premisa, afirmando que los menores de edad ostentan la titularidad de los derechos fundamentales sobre su persona, además de poseer una capacidad evolutiva para ejercitarlos. No obstante, la mayor dificultad no reside en el reconocimiento de la titularidad de derechos por parte del menor, sino en determinación de la capacidad que posee para su ejercicio de manera autónoma.

Así las cosas, el ámbito del Derecho privado, ha desarrollado ampliamente la capacidad progresiva del menor para ejercitar por sí mismo los derechos de los que resulta titular, sentando que el menor podrá ejercitarlos siempre que demuestre determinada capacidad natural y madurez, circunstancia que ocurre a medida que cumple años (Ramos Chaparro 1995, 183). Por el contrario, en caso de no poseer madurez suficiente, los representantes legales del mismo habrán de ejercitar dichos derechos en representación del menor.

Sin embargo, en el ámbito de los derechos fundamentales, la CE guarda silencio sobre la capacidad de ejercicio de los menores respecto de los derechos fundamentales de los que es titular. Pese a ello, el artículo 162.1 del Código Civil (en adelante, CC), dispone que el menor podrá ejercitar por sí mismo los derechos fundamentales de los que ostenta la titularidad, siempre que demuestre madurez suficiente para ejercitarlos por sí mismo. Así, los derechos inherentes a la personalidad, como, el derecho al honor, intimidad y propia imagen, así como el derecho a la protección de datos personales fuertemente vinculados al mundo *online*, podrán ejercitarse por el propio menor siempre que su madurez resulte suficiente para ello y el ordenamiento jurídico no disponga de restricciones a dicho ejercicio en aras de su protección. Sobre esto último volveremos más adelante, dado que el derecho fundamental a la protección de datos personales presenta una restricción cronológica para su ejercicio autónomo por parte del menor.

Por ello, puede ocurrir que el menor no demuestre la madurez suficiente para ejercitar dicho derecho en primera persona, o que medie determinada restricción impuesta por el ordenamiento jurídico a determinado ejercicio a efectos de su protección. En ambos casos, la solución resulta mayormente compleja, dado que el artículo 162 CC, excluye la representación legal de los progenitores en el ejercicio de los derechos inherentes a la personalidad del menor. Sin embargo, los representantes legales asumirán dicho ejercicio en

beneficio del menor, no como representantes legales del mismo, sino como consecuencia del deber de asistencia que poseen para con sus hijos⁹. No debe sorprender, además, que el ejercicio de estos derechos inherentes a la personalidad, especialmente relevantes dada su vinculación con la dignidad de las personas, llevado a cabo por los progenitores o representantes legales deba ejercerse en todo caso en interés superior del menor (Alaez 2003, 113).

En el entorno de las redes sociales, serán los progenitores quienes ejerciten los derechos al honor, intimidad e imagen personal y familiar, así como el derecho a la protección de datos personales de los menores, en el que nos centraremos principalmente, bajo la observancia del interés superior de este. Constituye así una necesidad de primer orden, determinar el significado y alcance de lo que por interés superior del menor ha de entenderse. Ello se debe a que, en gran medida, el consentimiento prestado por los progenitores al tratamiento de datos personales del menor de edad por parte del proveedor de la red social solamente debería concederse de mediar tal interés, y por el contrario, abstenerse de su concesión de no apreciarse el mismo.

Así las cosas, en relación al interés superior del menor, poseen especial relevancia tanto el artículo 3.1 del Convenio de los Derechos del niño de 1989, como el artículo 2.1 de la LOPJM. Los mencionados preceptos, disponen que, el interés superior del menor deberá anteponerse ante cualquier acto concerniente a menores.

De este modo, el estudio del concepto de interés superior del menor, entraña una dificultad añadida dada su consideración como concepto jurídico indeterminado (Rivero 2002, 61). Antes bien, dado que de la correcta configuración del mismo dependerá la eficaz protección de los derechos fundamentales del menor de edad, el análisis del mismo se practica desde dos vertientes. La primera de ellas, trata de aportar claridad a la ostensible indeterminación del concepto, afirmando que, las decisiones que afecten al menor deben venir justificadas por el interés más necesitado de protección, debiendo este someterse a juicio de ponderación en cada caso y circunstancias concretas¹⁰. Así, el fin se halla en precisar lo que más conviene al menor de acuerdo con una situación concreta. No debe sorprender que, el interés superior del menor deberá anteponerse frente al resto de intereses en juego que puedan mediar en la toma de determinada decisión concerniente al menor de edad. La segunda, en cambio, considera el interés superior del menor como un derecho subjetivo digno de tutela y protección, para lo que procura la protección de los derechos fundamentales de los menores, de forma prioritaria y

⁹ Dicho deber de asistencia se establece en el artículo 39 de la Constitución Española, así como en el artículo 154 del Código Civil.

¹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo, de 12 de febrero de 2014, (STS 1129/2014), en concreto, véase el fundamento de derecho 2º.

preferente a los demás derechos implicados¹¹. En definitiva, consiste en que, aquella decisión que afecte a los derechos fundamentales del menor de edad, se adopte de manera que respete el interés superior de este, previa ponderación de las circunstancias y derechos en juego¹².

En la práctica, la decisión tomada debe identificarse como aquella que resulte más respetuosa con lo que conviene al menor en cada caso concreto. Por ende, en el ámbito de las redes sociales y, especialmente, en el caso de padres y madres *influencers* e incluso menores que en primera persona ejercen de *influencer*, el consentimiento al tratamiento de datos personales por parte de los progenitores cuando el menor no pueda proceder autónomamente, se corresponde con el ejercicio del derecho fundamental a la protección de datos personales. Sin embargo, ¿respeto el interés superior del menor consentir el tratamiento de datos personales de menores en el contexto descrito?

IV. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR COMO LÍMITE A LA EXPOSICIÓN DE SU VIDA PRIVADA EN REDES SOCIALES

1. *La excesiva revelación de información personal del menor como base de la actividad profesional del líder de opinión*

En el actual escenario en el que las personas sacian sus necesidades de entretenimiento a través de la navegación en redes sociales, estos proveedores de plataformas digitales han hallado el modo de extraer un provechoso rendimiento a las nuevas costumbres de entretenimiento. Ciertamente, los proveedores de redes sociales rentabilizan sus negocios mediante la cesión de espacios publicitarios a las empresas que deseen emplazar sus productos y servicios. Así, Facebook ingresó 70.000 millones de dólares en 2019 a través de publicidad, seguida de YouTube con un ingreso que alcanza los 15.200 millones; en una cifra inferior a estas, pero destacable igualmente, se posiciona Twitter con un ingreso de 3.000 millones de dólares¹³.

En ese devenir, el papel del usuario que a su vez es *influencer*, deviene imprescindible para atraer al público, pues promociona dichos servicios y

¹¹ Sentencia del Tribunal Supremo, de 28 de septiembre de 2016, (STS 4281/2016).

¹² A día de hoy, la LOPJM establece una serie de criterios cuyo fin reside en facilitar la determinación del interés superior del menor en cada caso concreto. Véase concretamente el artículo 2.2 de la LOPJM.

¹³ RISBERG, Erik. 2020. «Las cinco redes sociales más poderosas en ingresos publicitarios», *Semana*. De 2 de julio de 2020. Acceso el 28 de febrero de 2022. <https://www.semana.com/empresas/articulo/cuales-son-las-redes-sociales-con-mas-ingresos-publicitarios/291323/>.

productos a través de sus interacciones en la red social. Precisamente, las empresas anunciantes buscan explotar la especial capacidad de influencia que los líderes de opinión ejercen sobre sus seguidores, así como cualquier persona que acceda a sus perfiles sin tratarse de seguidores de la misma. Por otra parte, también se muestran interesadas en vincular el producto proporcionado con los valores y estilo de vida que practica el *influencer*, para lo que este integra de forma natural en sus publicaciones las menciones publicitarias. Tal y como afirma MARTÍNEZ OTERO, la publicidad por medio de *influencers* en redes sociales presenta numerosas ventajas para el anunciante entre las que destacan: el ofrecimiento de públicos segmentados a quienes dirigir la campaña; aprovecha la capacidad de influencia del líder de opinión entre sus seguidores; atrae la atención del usuario de una manera más amable que la publicidad tradicional al no resultar tan intrusiva; incrementa la credibilidad de los mensajes, etc. (Martínez Otero 2019, 22).

No obstante, la publicidad se transmite al usuario de la red social de un modo realmente sofisticado, pues muchos de los productos o servicios promocionados reciben dicha difusión en vídeos como, por ejemplo, Instagram *stories*¹⁴, que no guardan relación con un anuncio al uso. Esto es, el líder de opinión integra dicha publicidad en los videos sobre su vida diaria que los usuarios acostumbran a visualizar para entretenerse. En el contexto descrito, salta a la vista que, a pesar de la potencial lesividad de dicha información expuesta al público, radica en el interés del proveedor de la red social que el *influencer* comparta contenidos cada vez más atractivos para los usuarios a efectos de mantenerlos activos en la red social. Ello se debe a que, cuanto más tiempo invierta el usuario en la red social, mayormente rentable resultará dicho usuario para la plataforma pues la probabilidad de que consuma publicidad aumenta. En ese afán por complacer a sus seguidores, los *influencer* tienden a compartir, cada vez con mayor detalle, contenido en sus perfiles, dado que, a mayores visualizaciones, también aumentarán sus ingresos. A este respecto, las ganancias que un *influencer* puede percibir pueden alcanzar cantidades verdaderamente elevadas¹⁵. Ahora bien, ello ha conducido a un

¹⁴ Las Instagram *Stories* o “historias de Instagram” en español, consisten en unos breves vídeos o fotografías que el usuario comparte con sus seguidores, y que, transcurridas 24 horas dejan de permanecer visibles.

¹⁵ A modo de ejemplo, podemos señalar una horquilla de diversos ingresos que este tipo de líderes de opinión embolsan. En particular, encontramos *influencers* con 2 millones de seguidores, que ingresan entre 3.450 y 5.750 euros por publicación; otros con 2,9 millones de seguidores, reciben una contraprestación que oscila entre 4.930 y 8.220 euros. Por último, otros líderes de opinión con 3,5 millones de seguidores, ingresan entre 6.000 y 10.000 euros por publicación promocional. Información obtenida de la noticia publicada en *El Herald*, «Lo que cobran las “influencers” españolas por cada publicación de Instagram» de 21 de julio de 2021, Acceso el 21 de marzo de 2022, <https://www.heraldo.es/>

inevitable aumento en la revelación de la información personal propia, pero no en pocas ocasiones, también la de sus descendientes menores de edad.

Efectivamente, persuadidos por la dinámica que plantea su ocupación, los líderes de opinión publican constantemente informaciones sobre aspectos de su vida privada, en la que se incluye la de sus descendientes. Antes bien, los contenidos publicados poseen variado carácter, incluso íntimo y privado en torno al desenvolvimiento de la vida familiar. Sirva como ejemplo que, los seguidores de los perfiles de los *influencers*, pueden realizar un seguimiento diario de la vida de estos menores, a saber: las rabietas que pueden tener, las malas calificaciones obtenidas en el colegio, los videos a la hora del baño, etc. A mayor abundamiento, por la información desvelada por sus progenitores en la red social, se puede averiguar si están enfermos (dependiendo de los alimentos que ingieran en los vídeos), hasta se puede llegar a conocer el perfil psicológico de estos menores por las actitudes mostradas en el material *online* compartido por sus progenitores, etc. En consecuencia, preocupan los contenidos que estas personas comparten en la red sobre sus descendientes menores de edad, ya que, la revelación tan íntima de informaciones sobre sus hijos e hijas no debería ocurrir con el fin de salvaguardar su privacidad.

Como cabe esperar, la explotación de las redes sociales con fines publicitarios se encuentra sometida al régimen propio de la normativa publicitaria. Concretamente, resultarán aplicables la Ley 34/1988 General de Publicidad, de 11 de noviembre (en adelante, Ley General de Publicidad) y la Ley 3/1991 de Competencia Desleal, de 10 de enero (en adelante, Ley de Competencia Desleal). Centrándonos en la primera de las normas citadas, el art. 2 de la Ley General de Publicidad dispone que por publicidad ha de entenderse toda aquella forma de comunicación practicada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional cuyo fin reside en promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones. Ante la más que evidente amplitud de la definición normativa, *a priori*, nada parece impedir que la publicidad practicada por *influencers*, reciba tal consideración y en consecuencia deba respetar la normativa aplicable.

No obstante, cabe matizar que, al amparo del art. 8 de la Ley General de Publicidad, se considerarán como medios de publicidad a las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas que, de manera habitual y organizada, se dediquen a la difusión de publicidad a través de los soportes o medios de comunicación social cuya titularidad ostenten. Así las cosas, no ha lugar a dudas de que, las redes sociales se consideran medios de comunicación, por

noticias/sociedad/2021/07/21/cuanto-cobran-influencers-espanolas-por-cada-publicacion-1507666.html

cuanto que gestionan la plataforma tecnológica que permite la generación y distribución de contenidos publicitarios. La dificultad reside, quizás, en considerar un perfil de un usuario particular (*influencer*) como medio publicitario. En ese sentido, de conformidad con AGUSTINOY GUILAYN y MONCLÚS RUIZ, tal consideración como medio publicitario se alcanzará igualmente cuando el usuario particular transmita de forma clara mensajes publicitarios en el sentido establecido por la Ley General de Publicidad (Agustino y Monclús 2020, 95).

En relación al presente trabajo, podemos afirmar que, los *influencer* se consideran medios de publicidad, puesto que, su actividad principal radica en la transmisión de mensajes publicitarios a través de sus perfiles de redes sociales. En consecuencia, tanto la plataforma social, como los *influencer*, deberán respetar una suerte de principios que la Ley General de Publicidad impone en la consecución de esta actividad. Así, el artículo 3.b) de la destacada norma, aboga por la protección de los menores en el ámbito publicitario prohibiendo cualquier publicidad que trate explotar la incredulidad de estos jóvenes o aquella que induzca a error sobre las características de los productos, seguridad, o sobre la capacidad y aptitudes necesarias en el menor para utilizarlas sin producir daño para sí o terceros. Antes bien, nada detalla la norma sobre la protección de aquellos menores que aparezcan en publicidad, ni mucho menos, los menores que aparezcan en la publicidad de sus progenitores *influencers*. Ciertamente, la normativa se centra exclusivamente en la protección del menor en relación al contenido publicitario, pero no prevé, que eventualmente, sea el menor el que aparezca en el medio de publicidad regentado por sus progenitores. En consecuencia, el ordenamiento jurídico no prevé mecanismos que protejan tanto la imagen, como los datos personales del menor en el contexto señalado, no impidiendo la excesiva publicación de contenidos, de carácter incluso íntimo de modo masivo en la red.

Lo cierto es que la publicidad llevada a cabo por los *influencer*, no ha recibido acomodo en la normativa aplicable, pero posee un pionero Código de Conducta elaborado en 2020 por AUTOCONTROL sobre el uso de *Influencers* en la publicidad, citado anteriormente. Sin embargo, mientras que el código se centra, principalmente, en visibilizar la publicidad que estas personas practican en sus perfiles a efectos de evitar la práctica de publicidad encubierta e incluso desleal, el documento se erigía como el idóneo para instaurar una práctica de publicidad respetuosa con la protección del menor en el ámbito descrito. Lamentamos que el Código de conducta permanezca ajeno a problemáticas incipientes en relación a esta nueva actividad desarrollada plenamente en redes sociales y con fines no en pocas ocasiones publicitarios. A nuestro juicio, el momento resultaba el idóneo para invitar a los *influencer* a reflexionar sobre la privacidad de sus hijos e hijas menores de edad.

En relación a la protección del menor, el Proyecto de Ley General de Comunicación Audiovisual, de 17 de diciembre de 2021, que transpone la Directiva de servicios de comunicación audiovisual de 15 de abril de 2010, se centra mayormente en la protección del menor con respecto a los contenidos audiovisuales que este recibe. En efecto, ambas normativas solamente prevén la problemática que suscita el acceso a los contenidos por parte de menores de edad, pero olvida la protección de la privacidad del menor cuyas imágenes o vídeos se comparten en redes sociales, tanto por ellos mismos, como por terceros (Herrera de las Heras y Paños, 2022, 27). Ahora bien, salvando las voces críticas, con las que nos mostramos conformes, que lamentan la no inclusión de la publicidad en redes sociales llevada a cabo por *influencers* en el Proyecto de ley¹⁶, cabe señalar que, la protección al menor que se pretende proporcionar se centra, al igual que la normativa sobre publicidad, en el contenido difundido que los jóvenes no deben visualizar en las comunicaciones audiovisuales, pero no se prevén medidas de protección específica de menores que se exponen de manera reiterada en los contenidos de sus progenitores *influencers* o en la que ellos mismos desempeñan tal actividad.

Sobre este particular, cabe destacar que el gobierno francés, de forma pionera, ha aprobado un proyecto de Ley del *Youtuber* Infantil cuyo fin reside en la protección del menor de edad *influencer*, así como la protección de la explotación de la imagen del menor en redes sociales por parte de sus progenitores. Entre las obligaciones previstas, destaca aquella que obliga los progenitores a recabar autorización administrativa para los casos en los que se exponga la imagen principal de menores de 16 años al fin de monetizarlo¹⁷. Concretamente, la autorización habrá de recabarse en caso de concurrir dos situaciones detalladas en la norma, a saber: cuando el tiempo dedicado a la difusión de contenidos supere determinado umbral establecido por el gobierno, por otra parte, cuando se rebase un concreto umbral de ingresos derivados de

¹⁶ En ese sentido, la aplicación de la normativa sobre contenidos audiovisuales a los *influencer* no se presenta como una cuestión pacífica. Efectivamente, la Comisión Nacional de Mercados y Competencia (en adelante, CNMC) destacó en el informe presentado en relación al Anteproyecto de Ley General de Comunicación Audiovisual de 18 de diciembre de 2020, que debían aplicarse a los *influencers* las normas sobre comunicación audiovisual con el fin de que la actividad de estos quedara sometida a las normas sobre protección del menor, así como de la competencia que esta contempla. Obtenido de: https://www.cnmc.es/sites/default/files/3309300_9.pdf (última consulta el 7 de marzo de 2022). En sentido crítico se manifiesta, igualmente OTERO COBOS, MARÍA TERESA, “El *influencer* como medio de comunicación audiovisual”, p. 310-312.

¹⁷ Ley 1266/2020, de 19 de octubre de 2020, sobre la explotación comercial de la imagen de menores de dieciséis años en las plataformas en línea, aprobada por el Gobierno francés, accesible en <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/LEGIARTI000042440573/2021-04-20/>

la actividad. En adición, en orden a evitar que las empresas y los progenitores se enriquezcan a costa de los menores en el ámbito señalado, se exige, que a partir de una cantidad concreta de ingresos, estos se depositen hasta que los menores la mayoría de edad. De conformidad con HERRERA DE LAS HERAS y PAÑOS PÉREZ, parece una medida razonable a efectos de garantizar que los progenitores en ningún caso pretendan enriquecerse con la actividad online de sus hijos menores de edad (Herrera de las Heras y Paños, 2022, 131).

Lamentamos que el gobierno español no acoja en el ordenamiento jurídico la regulación de este empleo, que incluya, a su vez, los diversos aspectos que puedan resultar conflictivos en su puesta en práctica, entre los que destaca, la protección jurídica del menor en este ámbito.

2. Algunas de las fricciones que plantea la actividad online de los influencer respecto a la protección de datos personales de sus descendientes menores de edad

Lo cierto es que, las personas denominadas *influencer*, comparten con un público amplio un sinfín de datos personales sobre sus descendientes, y no solamente en la consecución de publicidad. Sus perfiles acumulan un gran número de seguidores, interesados simplemente en conocer la información que estos desvelan segundo a segundo.

En virtud de lo expuesto en apartados precedentes, cabe afirmar que el menor ostenta la titularidad del derecho fundamental a la protección de datos personales (art. 18.4 CE). Por ello, se deberá garantizar que el menor de edad puede ejercer un control sobre su información personal tal y como propugna el mentado derecho fundamental. No obstante, el derecho fundamental a la protección de datos personales no siempre gozó de autonomía en nuestro ordenamiento jurídico, al encontrarse imbricado en el artículo 18 CE que busca la protección de la intimidad, ocasionando que durante décadas la protección de las personas frente al avance de la informática ocurría desde el prisma de la protección de la intimidad. Tal consideración cambia finalmente cuando la Sentencia del Tribunal Constitucional 290/2000, de 30 de noviembre reconoce del derecho a la protección de datos personales como autónomo e independiente de la intimidad, y dota este derecho fundamental de contenido esencial en la Sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000, de 30 de noviembre disponiendo que, el contenido esencial del derecho a la protección de datos personales reside en proporcionar a las personas un haz de facultades con el fin de garantizar que esta controlan la información personal que les concierne. Huelga señalar que, los menores se encuentran provistos de dichas facultades al fin de proteger su información personal.

Así las cosas, de conformidad con TRONCOSO REIGADA, el contenido nuclear de este nuevo derecho fundamental se halla en el control de la

información, y en concreto, en la facultad de decidir sobre el uso y destino de los propios datos, impidiendo su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad del afectado. Es más, la capacidad de control de las personas debe garantizarse, aunque los datos se recabaran con su consentimiento (Troncoso Reigada 2010, 134-135). Con el fin de lograr dicho propósito, los titulares de este derecho deben poseer la facultad de exigir el consentimiento para el tratamiento de datos personales, el derecho a ser informado y los derechos de acceso, oposición, rectificación, portabilidad y supresión. Sobre esta última facultad nos pronunciaremos más adelante.

Podemos advertir, que el consentimiento se configura como el primer mecanismo o facultad tendente a garantizar al interesado un control sobre su información personal. Ahora bien, cuando el titular de dicho derecho no alcanza la mayoría de edad, en aras de su protección, el ordenamiento jurídico se decanta por la imposición de una restricción cronológica al ejercicio del derecho a la protección de datos personales de manera autónoma. Así, el Reglamento General de Protección de Datos Personales europeo (en adelante, RGPD), dispone en su art. 8 que el menor que no alcance los 16 años de edad, no podrá consentir el tratamiento de datos personales, debiendo en esos casos recabar el consentimiento de sus representantes legales.

A pesar de ello, la norma europea permite a los Estados miembro rebajar dicha edad a los 13 años; así, el estado español establece la edad mínima en 14 años de edad por medio del art. 7 de la Ley Orgánica de Protección de datos Personales y Garantías Digitales (en adelante, LOPDGDD). En definitiva, los menores de edad se encuentran habilitados para prestar el consentimiento al tratamiento de datos personales autónomamente a partir de los 14 años de edad. Por el contrario, aquellos menores que no alcancen los 14 años, no podrán ejercitar por sí mismos el derecho a la protección de datos personales. En esos casos, los representantes legales del mismo habrán de consentir dicho tratamiento siempre que ello respete el interés superior del menor (Serrano Pérez 2021). En definitiva, los progenitores o representantes legales deberán prestar el consentimiento para el acceso a la red social cuando el menor no alcance la edad señalada (Gente-Alonso y Calera, 2019). Idéntica premisa ha de aplicarse al consentimiento para la publicación de contenidos.

Sin embargo, en el ámbito de *influencers* que ejercen su actividad en las redes sociales, debemos diferenciar dos situaciones diferentes: por una parte, que sea el propio menor de 14 años quien ejercerá de *influencer* en la red social; por otra parte, que los progenitores sean quienes poseen tal ocupación, para la que exponen a sus descendientes en las publicaciones. Así las cosas, para el primero de los casos, la edad mínima establecida para el acceso al servicio, se establece en 14 años de edad –coincidente con la edad mínima para consentir el tratamiento de datos personales autónomamente–. Por tanto, deberán los representantes legales de consentir el tratamiento de los

datos de aquellos menores *influencer* de 14 años. En efecto, los progenitores o representantes legales deberán valorar, si consienten el tratamiento de datos y por ende el acceso a la plataforma para que este ejerza de *influencer*.

En cambio, el segundo de los planteamientos, nos conduce a determinar si los progenitores deben recabar el consentimiento para compartir datos de terceros en sus publicaciones. Véase que, en esta segunda circunstancia, el menor aparece en las publicaciones de sus progenitores con asiduidad, y por tanto, puede considerarse tercera persona cuyos datos se comparten en la plataforma. A la luz de lo expuesto en el Dictamen 5/2009, sobre redes sociales en línea del Grupo de Trabajo del Artículo 29, se considerarán responsables del tratamiento –sometidos a las obligaciones que un responsable debe asumir– a aquellos usuarios de redes sociales que empleen la plataforma en orden a colaborar con una asociación o una empresa, a los usuarios que configuren sus perfiles de modo público, así como aquellos que posean un elevado número de seguidores¹⁸. Así, entendemos que los *influencer* pueden considerarse responsables del tratamiento, para lo que deberán recabar el consentimiento de las personas cuyos datos publiquen en sus perfiles, aunque estos se traten de sus descendientes.

En cualquier caso, al encontrarse ambas situaciones condicionadas por la eventual prestación de un consentimiento que el menor no puede otorgar por sí mismo, los representantes legales deben proceder al ejercicio del derecho a la protección de datos personales titularidad de este en ambos casos. De esta manera, la toma de una correcta decisión, debe tomar en consideración algunas de las fricciones que la actividad de los *influencer* plantea para la protección de datos personales de sus descendientes.

En este orden de consideraciones, no constituye objeto de preocupación únicamente la ingente cantidad de datos compartida sobre una persona en tránsito a su madurez, sino el amplio público que accede a la misma. A decir verdad, la excesiva exposición de estos jóvenes en los perfiles de las plataformas sociales conduce a una merma considerable a su privacidad. Queda en evidencia que, mediante la revelación de información constante, tanto la intimidad como la protección de datos personales de estos menores queda en entredicho de modo constante.

No obstante, no se trata solamente de ello, a medida que transcurren los años, los perfiles de sus progenitores se convierten en una suerte de relato biográfico del menor al que no solo la totalidad de los usuarios de la plataforma posee acceso, sino también la totalidad de la red¹⁹. Así, la gran

¹⁸ Dictamen 5/2009, sobre redes sociales en línea, de 12 de junio de 2009, WP 163, p.6.

¹⁹ Ello se debe a que los líderes de opinión acostumbran a configurar sus cuentas de modo público, lo que permite el acceso de la totalidad de la red a su contenido. Ciertamen-

cantidad de datos compartidos, contribuyen al incremento de la huella digital de dichos menores, pues las interacciones de sus progenitores revelan detalladamente aspectos privados de sus hijos de modo prácticamente indefinido en la red. Lamentablemente, esta perpetua disponibilidad de la información, se constituye como un riesgo que, a día de hoy no preocupa en exceso a las generaciones cuyo crecimiento ha coincidido con la irrupción de Internet. A pesar de ello, mientras que la normativa sobre protección de datos personales aboga por el derecho a la supresión o al olvido digital²⁰, especialmente cuando los menores alcanzan la mayoría de edad, la posibilidad de eliminar por completo millones de datos sobre su persona deviene prácticamente imposible. Efectivamente, a diferencia del mundo analógico, en el que muchas de las informaciones, eventos o sucesos tienden a olvidarse, la información puede permanecer en Internet de modo prácticamente indefinido. En el sentido descrito, resultan esclarecedoras las palabras de TERWAGNE cuando apunta que, en Internet, al contrario de lo que acontece con las personas, la memoria es la regla; mientras que el olvido, la excepción (Terwagne 2012, 54). En ese sentido, puede ocurrir que, aquellos vídeos en los que se exponía al menor en plena rabieta, enfermo o en situaciones que de adulto puedan avergonzarle, quedarán expuestas en la red de modo perpetuo.

En el ámbito de las redes sociales, incluso cabe afirmar la imposibilidad de garantizar dicha eliminación, pues los usuarios de estas plataformas pueden almacenar imágenes, vídeos, historias, etc., en sus propios terminales, basando para ello capturar la pantalla del terminal móvil. Coincidimos con SIMÓN CASTELLANO cuando afirma que la eliminación total y efectiva de los datos compartidos en redes sociales deviene imposible, dado que, durante un tiempo los datos se han mantenido expuestos y susceptibles de descarga y almacenamiento por diferentes usuarios a nivel global (Simón 2012, 159-160).

te, dicha configuración favorece el incremento de seguidores de los perfiles, ya que, cualquier usuario de la red puede consultar el contenido y si resulta de su interés, convertirse en seguidor de la cuenta.

²⁰ El reconocimiento del derecho a la supresión u olvido digital, nace a raíz de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 13 de mayo de 2014, en la que, el tribunal europeo se posiciona a favor del reconocimiento de un derecho al olvido en el ámbito digital cuando la introducción del nombre y apellidos de una persona en un buscador online muestra determinados resultados que, pueden haber quedado manifiestamente obsoletos con el transcurso de tiempo. En efecto, años antes del destacado pronunciamiento, la Unión Europea ya mostraba su preocupación por la eficaz eliminación de los datos personales en el ámbito online, y en especial, en redes sociales. En consecuencia, el derecho al olvido se mencionaba por primera vez en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, sobre un enfoque global de la protección de datos personales en la Unión Europea, de 4 de noviembre de 2010.

Consecuentemente, en el ámbito expuesto, la protección de los datos personales no resulta garantizada.

Consciente de esta situación, el RGPD contempla que el derecho a la supresión o el olvido digital, debe operar especialmente, en los casos en los que el consentimiento se presta durante la minoría de edad –momento en el que los menores pueden no comprender los riesgos a los que se expone su privacidad– y a *posteriori*, alcanzada la mayoría de edad, desea retirar el mismo²¹. Antes bien, en la situación que se plantea, la concesión del consentimiento se lleva a cabo por las personas responsables de velar por su información personal, lo que, a nuestro juicio, reviste mayor gravedad. Es más, para cuando los menores pudieran ejercitar dichos derechos autónomamente en defensa de sus datos personales, el daño a su información personal ya habría acontecido desde hace años, lo que dificulta considerablemente garantizar un olvido digital de la misma con garantías. En definitiva, existe una manifiesta falta de control sobre la información personal de estos jóvenes.

En adición, cabe preguntarse si los menores de edad, una vez alcanzada la mayoría de edad hubieran deseado que su vida quedara ampliamente expuesta en redes sociales, ya que, de resultar la respuesta negativa, los progenitores no habrían ejercitado la patria potestad de manera acorde a la personalidad del menor y respetando los derechos de este a pesar de configurarse como una premisa de obligado cumplimiento a la luz del art. 154 CC. Ello se debe a que, mientras que los progenitores decidieron ejercitar el derecho a la protección de datos personales de su descendiente en un sentido (consintiendo el tratamiento de datos personales a los proveedores de redes sociales), el alcance de la madurez y autonomía propias del hijo o hija se habría desarrollado de un modo más respetuoso con su privacidad e información personal. Por ello, creemos que los progenitores deberían reflexionar previo a compartir dichos datos si, resultaría de su agrado que circulara sobre su persona el tipo de información que comparten sobre sus descendientes. Por ejemplo, ¿resultaría de mi agrado que se encontrara disponible en la red información tan privada e incluso sensible sobre mi persona? Paradójicamente, los descendientes menores de 14 años de progenitores *influencer*, no poseen mecanismo alguno a

²¹ Así, el Considerando 65 del RGPD, aboga por brindar la posibilidad a los titulares de los datos personales de suprimir los mismos (pretender su olvido digital) especialmente cuando el consentimiento se proporcionó durante la minoría de edad y, a posteriori se desee retirar el mismo. El texto europeo entiende que, los menores pueden no comprender los riesgos que implica el tratamiento de datos dada su falta de madurez, especialmente en Internet, razón por la que, el olvido digital debe proporcionarse con especial mimo en el ámbito señalado. Por otra parte, el artículo 17 RGPD, positiviza por primera vez este nuevo derecho al olvido digital, derecho que, además, se ha desarrollado por el legislador español en los arts. 93 y 94 de la LOPDGDD.

efectos de proteger su privacidad de la actividad de sus progenitores. La razón de ello reside en que, éstos, a pesar de ser los principales garantes de la misma, consienten el tratamiento de datos personales de sus hijos a efectos de continuar desempeñando su actividad profesional.

Por otra parte, para los casos en los que los propios menores de edad ejercen de *influencer* con el beneplácito de sus progenitores, cabe señalar que la falta de madurez de estos jóvenes les impide comprender las consecuencias lesivas que dicho comportamiento puede acarrear para sus derechos fundamentales. Ello motiva mayormente, que sus representantes legales protejan dichos derechos inherentes a la privacidad al amparo del artículo 39 CE. Sin embargo, la realidad resulta la opuesta, los progenitores gestionan dichos perfiles y canales de sus descendientes. En efecto, los progenitores consienten el tratamiento de datos personales de sus descendientes *influencer*, incluso cuando poseen edades manifiestamente inferiores a 14 años de edad.

3. *La necesidad de garantías legales para la salvaguarda del interés superior del menor ante la sobreexposición de su privacidad en redes sociales*

Así las cosas, preocupa considerablemente el derecho a la protección de datos personales de estos jóvenes que por sí mismos no han ostentado la oportunidad de ejercitar al no alcanzar los 14 años de edad y que como consecuencia de ello, sus progenitores (*influencers*) o aquellos que gestionan la cuenta del menor *influencer*, ejercitan sin detenerse a valorar si ello repercute en el mejor interés de sus hijos. Sin lugar a dudas, mientras que el ordenamiento jurídico muestra su preocupación por la protección de la privacidad del menor en el entorno *online*, todavía no acoge en su seno este nuevo problema creciente en nuestra sociedad: que los propios garantes en primera instancia de la protección de los derechos fundamentales relacionados con la privacidad del menor, sus progenitores, pongan en riesgo los mismos. De forma similar se manifiesta FLORIT FERNÁNDEZ cuando afirma que, siendo los progenitores los que detentan la patria potestad sobre el menor, son los principales responsables de su intimidad y seguridad en la red, por lo que en ningún caso pueden ser ellos los que precisamente produzcan el riesgo para la seguridad del menor (Florit Fernández 2021, 3).

Cabe señalar, que tal y como dispone el Tribunal Supremo, una correcta ponderación del interés del menor puede precisar la vulneración de derechos fundamentales del menor de edad si las circunstancias lo requieren, sin embargo, dicha vulneración solamente recibe amparo de practicarse en observancia de lo que mayormente conviene al menor de edad²². De manera

²² Sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de diciembre de 2015, (STS 6401/2015). En la señalada sentencia, una madre accede al teléfono móvil de su hija menor de edad ante

evidente, la exposición del menor en redes sociales de *influencers* no se configura como una de las situaciones que justifican la vulneración de derechos fundamentales relacionados con el mundo *online*, dado que, esta debe ocurrir al fin de proporcionar a este una protección eficaz de dicho derecho, no vulnerarlo. En efecto, cuando los padres y madres comparten una elevada cantidad de datos personales de sus hijos o permiten que sus descendientes se conviertan en *influencers*, ellos mismos, como principales garantes de estos derechos fundamentales, propician la vulneración de los derechos inherentes a la privacidad de sus hijos.

Así, la normativa destinada a la salvaguarda del derecho a la protección de datos personales del menor, se centra exclusivamente en conceder una mayor protección a los jóvenes a través de sus representantes legales, por cuanto que, en caso de que no alcancen la edad señalada por la normativa (14 años de edad) la protección de estos, se articula mediante la concesión de dicho consentimiento por quienes ostenten su representación legal²³. Cuando se expone al menor en redes sociales por sus progenitores *influencers* o él mismo practica dicha actividad con su beneplácito, este sistema de protección no parece idóneo. Ciertamente, la sociedad no posee conciencia suficiente sobre las consecuencias que el comportamiento *online* puede acarrear en sus vidas, y más concretamente en sus derechos fundamentales como la protección de datos personales. Para el caso de los líderes de opinión, ellos se posicionan como los primeros en desconocer la lesividad de las descritas conductas, por tanto, no pueden proteger a sus hijos e hijas de aquello que no perciben como un peligro para sí mismos.

A este respecto, recordamos que la observancia del interés superior del menor debe conducir a que los derechos fundamentales concernientes a menores de edad, reciban una protección prioritaria y preferente a los restantes derechos implicados. Véase que, en este contexto, el menor, como titular del derecho a la protección de datos personales, también merece que se le garantice el control sobre su información personal, sin embargo, los principales responsables en proporcionarle dicha salvaguarda, no valoran las circunstancias expuestas. En efecto, mientras que garantizar el control sobre la

la sospecha de que esta sufría acoso. En efecto, tras la lectura de varios mensajes, la madre constata que, efectivamente su hija estaba siendo víctima de un delito de acoso *online*. Tras suscitarse que la madre hubiera vulnerado la privacidad de la menor al acceder a su teléfono móvil, el TS alega que, en determinados supuestos, con el fin de proteger al menor de edad, se deben vulnerar sus derechos fundamentales (en este caso intimidad).

²³ Sobre este particular, recuérdese que, tanto el art. 7 LOPDGDD, como el art. 8 RGPD, emplean fórmulas similares en las que la validez del tratamiento de datos personales se considerará lícito, únicamente, si el consentimiento lo dio o autorizó el titular de la patria potestad o tutela sobre el niño, y solo en la medida en que se dio o autorizó.

información del menor debería conducir a los progenitores a no adoptar conductas tendentes a divulgar excesivamente datos de los menores, la actividad del *influencer* radica en el comportamiento contrario. La protección de la información personal de sus hijos, de forma prioritaria y preferente, no recibe especial atención. Por otra parte, para aquellos progenitores *influencer* que exponen continuamente a los hijos e hijas menores de edad en los perfiles de redes sociales o canales de Youtube, la protección de la privacidad y datos personales de sus descendientes tampoco constituye una prioridad en la toma de la decisión más respetuosa con la privacidad de los mismos. Consecuentemente, la actividad económica de sus progenitores parece anteponerse a la protección de derechos fundamentales básicos en el ámbito *online* de sus hijos e hijas²⁴.

Con todo, la valoración de dicho interés en el ámbito digital se presenta como un verdadero reto. Ciertamente, esta actividad profesional conlleva a comprometer cantidades verdaderamente elevadas de datos personales de manera prácticamente constante frente a un público realmente elevado tal y como ha quedado de manifiesto. Por ello, cuando dicho comportamiento supone la exposición constante de menores de edad, la protección de los derechos relacionados con la privacidad de dichos menores difícilmente recibe protección suficiente por quienes se presentan como garantes de los mismos en virtud de los arts. 39.3 CE y 154 CC. Véase que, prácticamente desde que nacen, la vida de estos menores queda expuesta y revelada al público de modo constante. Desde luego que, es posible que la decisión no haya recibido la valoración y atención requeridas en relación a los riesgos y consecuencias que dicho comportamiento puede conllevar, a futuro, para los menores de edad.

Destacamos así, las palabras de DIEZ PICAZO cuando afirma que, la cláusula en beneficio de los hijos, refiriéndose al interés superior del menor, constituye una regla que, en caso de conflicto entre los intereses de los progenitores y los hijos, el interés de los primeros deberá sacrificarse y ceder en beneficio de los segundos (Diez Picazo 1984). En efecto, el interés superior de menor debe primar ante los restantes intereses en juego. Invitamos así, a reflexionar a los progenitores sobre el verdadero alcance de sus comportamientos en relación a los derechos fundamentales inherentes a la privacidad de sus descendientes. En particular, los progenitores que permiten que sus

²⁴ Huelga volver a señalar que, se trata de una buena medida la contemplada por la norma francesa sobre el menor *youtuber* consistente en instaurar la obligación a los representantes legales de que formalicen un depósito con las cantidades de dinero ingresadas a causa de esta actividad cuando se rebasen determinados umbrales con el fin de evitar sentirse persuadidos a priorizar la obtención de ingresos a la privacidad de sus descendientes.

descendientes *influencer* se sobreexpongan en plataformas sociales, deberían reconsiderar la idoneidad en la prestación de dicho consentimiento al tratamiento de datos personales. Por otra parte, para los casos en los que los progenitores ejercen tal profesión, aquellos cuya actividad radica en la exposición continua de sus descendientes, deberían sopesar con mayor intensidad la idoneidad de dicho comportamiento.

Todo ello, sin perjuicio de que, el diluido concepto de privacidad que los progenitores poseen, conduzca a los poderes públicos a la necesidad de proteger al menor cuando es objeto de exposición en plataformas sociales como descendiente de *influencer* o él mismo recibe tal consideración al amparo del art. 39.2 CE. De conformidad con ALÁEZ CORRAL, los progenitores se constituyen como los primeros destinatarios de las obligaciones y facultades legales tendentes a garantizar el proceso evolutivo del menor, correspondiendo al Estado únicamente una función de supervisión en el presente contexto (ALÁEZ 2003, 68). En consecuencia, el ordenamiento jurídico debe prever mecanismos que garanticen la protección del menor para el caso en el que los progenitores no aporten la suficiente. Lamentablemente, se ha constatado que, la normativa destinada a tal efecto, todavía no protege al menor en el ámbito descrito. Esto es, no contempla medidas específicas a efectos de lograr su protección en los casos en los que, los progenitores *influencer* no brinden la suficiente. Concretamente, HERRERA DE LAS HERAS Y PAÑOS afirman con manifiesto acierto, que nos encontramos ante una falta de legislación específica sobre menores *influencers*, así como ante una falta de control por parte del Ministerio Fiscal cuando los menores son utilizados por sus progenitores para la obtención de rendimientos económicos (Herrera de las Heras y Paños, 2022, 128).

En ese sentido, la normativa sobre protección de datos personales, se decanta por la protección de los datos del menor a través de los progenitores cuando éste no posee la edad preceptiva; sin embargo, los progenitores se presentan como las personas mayormente interesadas en desvelar la privacidad de sus descendientes a causa del lucro que dicha actividad genera. Por otra parte, la Ley de General de Publicidad y sobre todo, la Ley sobre Contenido Audiovisual, no deberían permanecer ajenas a la práctica de esta ocupación que lleva ocurriendo desde hace varios años. Nótese que, dicha ausencia normativa, genera inseguridad jurídica, pues no existen medidas que encaucen la práctica de esta ocupación. De manera desafortunada, estos proyectos tampoco han contemplado la protección jurídica del menor en el contexto descrito.

Es cierto que, la propia LOPDGDD contempla en su articulado (art. 84.2) la posibilidad de que el Ministerio Fiscal intervenga cuando se produzca una utilización o difusión de imágenes o información personal de menores en las redes sociales y servicios de la sociedad de la información equivalentes que

puedan implicar una intromisión ilegítima en sus derechos fundamentales encontrándose habilitado para instar medidas cautelares y de protección previstas en la LOPJM. La propia LOPJM, por su parte, establece en su preámbulo que, se prohíbe la difusión de datos o imágenes referidos a menores de edad en los medios de comunicación cuando vaya en contra de su interés, incluso cuando conste el consentimiento del menor. De este modo, la norma pretende proteger al menor, que puede ser objeto de manipulación incluso por sus propios representantes legales o grupos en que se mueve.

Aunque no abunden ejemplos nacionales en los que se intervenga este tipo de comportamientos, el pasado 2019, el Consell de L'Àudiovisual de Catalunya solicitó a la Fiscalía de Menores de Barcelona la investigación del canal de "Las Ratitas" mencionado al inicio del presente artículo. En ese sentido, se solicita al Ministerio Fiscal la protección de estas menores a efectos de su protección al quedar excesivamente expuestas en redes sociales (Pérez Díaz, 2020). En definitiva, comienza a percibirse una incipiente preocupación por este tipo de comportamientos, sin embargo, los mecanismos jurídicos disponibles para poder responder con garantías a estas situaciones de desprotección de la privacidad no son suficientes a día de hoy.

A nuestro juicio, la intervención debería garantizarse *ex ante*, y no tanto a *posteriori*, cuando la vulneración de sus derechos ya ha tenido lugar. Por ello, apostamos por un sistema que prevenga este tipo de situaciones, tal y como ha establecido el gobierno francés y no aquel que intervenga con carácter posterior cuando la violación de la información personal del menor ya ha acontecido. En ese sentido, la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y a la adolescencia, afirma en su preámbulo que, tras casi 20 años de vigencia de la LOPJM, se han producido cambios sociales de importancia que inciden en la situación de los menores y que demandan una mejora de los instrumentos de protección jurídica con el fin de proporcionar un cumplimiento efectivo del art. 39 CE y tratados internacionales. La premisa expuesta debe servir de guía y orientación en el establecimiento de un sistema normativo garante con los nuevos riesgos que las TIC generan para los más jóvenes, proporcionando a estos una protección integral que, en este caso, salvaguarde sus derechos estrechamente relacionados con la privacidad –como la protección de datos personales– que pueden sufrir una merma considerable a causa de la ocupación de *influencer*.

V. CONCLUSIONES

Internet y las redes sociales han copado prácticamente todas y cada una de nuestras actividades cotidianas. Este nuevo contexto plenamente influenciado por la tecnología, ha ocasionado la aparición de nuevos

riesgos para los derechos fundamentales relacionados con la privacidad. Concretamente, el nuevo modo de publicitar bienes y servicios en redes sociales, a través de la figura del *influencer*, ha incitado a la revelación—cada vez mayor—de información personal propia, pero también de descendientes menores de edad. Cabe señalar incluso la existencia de menores que ejercen de *influencer*.

Sin perjuicio de que, se pueda comprender el atractivo de estas personas para las empresas anunciantes de productos y servicios, no se debe obviar que los menores, dada su particular situación de tránsito hacia su madurez, se consideran un colectivo vulnerable, cuya protección en el ordenamiento jurídico debe reforzarse e interpretarse a la luz del interés superior del menor, y no al paraguas de intereses de terceros. En ese sentido, cualquier decisión que afecte a estos, debe tomarse, en todo caso, en interés superior de este. En el contexto descrito, los progenitores *influencer* o aquellos que permiten que sus hijos e hijas ejerzan tal profesión, deben encauzar una reflexión profunda, que conduzca a la toma de decisiones en las que prime la privacidad de sus descendientes. El objetivo reside en garantizar el control sobre su información personal, pues estos jóvenes, no poseen modo de salvaguardar la misma de modo autónomo ante la ausencia de normas específicas que velen por la protección jurídica del menor cuando este se sobreexpone en redes sociales a causa de esta actividad.

Sin lugar a dudas, se debe encauzar una reflexión profunda sobre los riesgos que este empleo conlleva para la privacidad de los más jóvenes, lo que a su vez debe conducir a la apertura de un debate profundo sobre el empleo de la imagen y datos personales de menores de modo masivo en redes sociales. Consideramos que, la falta de cultura sobre la privacidad de la que sufre la sociedad a causa del manejo constante de este tipo de plataformas, no permite una correcta valoración de los derechos e intereses en juego. En efecto, personas como los líderes de opinión, habituadas a desvelar su privacidad con asiduidad, no perciben la merma a la que se exponen los derechos relacionados con la privacidad, y en especial la protección de datos personales, de modo que, la procura de su protección se antoja compleja. Ante la descrita circunstancia, los poderes públicos deberán trabajar con intensidad en procurar la protección jurídica del menor en aquellos casos en los que, los primeros garantes de la misma, sus progenitores, no procedan a ello.

Lamentablemente, el legislador español podía haber procurado dicha protección en los últimos proyectos legislativos desarrollados como, por ejemplo, en el Proyecto de Ley General de Comunicación Audiovisual. Sin embargo, a diferencia del legislador francés, el ordenamiento jurídico español continúa ajeno, tanto a la normativización de esta nueva ocupación ejercida plenamente a través de redes sociales, como a la protección jurídica específica del menor en este ámbito.

VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Libros y artículos doctrinales

- AGUSTINOY GUILAYN, Albert y Jorge MONCLÚS RUIZ. 2021. *Aspectos legales de las redes sociales*, Madrid: Boch.
- ALAEZ CORRAL, Benito. 2003. *Temas clave de la Constitución Española. Minoría de edad y Derechos Fundamentales*, Madrid: Tecnos.
- DIEZ PICAZO, Luis. 1984. «Principio de protección integral de los hijos (Tour pour l'enfant)». La Tutela de los derechos del menor. I Congreso Nacional de Derecho Civil celebrado en Córdoba.
- FLORIT FERNÁNDEZ, Carmen. 2021. Kidfluencers: menores de edad emancipados autónomos en internet, *Actualidad Civil*, nº2.
- GARCÍA GARCÍA, Ainhoa. 2021. «La protección digital del menor: El fenómeno del sharenting a examen», *Revista de Derecho UNED*, nº 27: 455-492.
- GETE-ALONSO Y CALERA, M^a del Carmen. 2019. «Los derechos del menor y personas discapacitadas en el entorno digital» en Internet y los derechos de la personalidad, coordinado por Patricia Escribano Tortajada, 277-308. Valencia: Tirant lo Blanch.
- HERRÁN ORTIZ, Ana Isabel. 2010. Las redes sociales digitales: ¿hacia una nueva configuración de los derechos fundamentales en Internet?, *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 87-88: 521-566.
- . 2020. «¿Nuevos tiempos, nuevos derechos?: A propósito del difícil olvido en Internet» en 39-66. Valencia: Tirant lo Blanch.
- HERRERA DE LAS HERAS, Ramón y Alba PAÑOS PÉREZ. 2022. *La privacidad de los menores en redes sociales. Especial consideración al fenómeno Influencer*, Barcelona: Atelier.
- LACRUZ VERDEJO, Jose Luis. 2010. *Elementos de Derecho civil I. Parte general*, Madrid: Dykinson.
- LEÓN CAMACHO, Julián. 2020. «Evolución desarrollo de los Derechos Humanos. Hacia una cuarta generación», *El derecho público y privado ante las Nuevas Tecnologías* Coordinado por Miranda Gonçalves Ruben y Fabio Da Silva Veiga, 221-235. Madrid: Dykinson.
- MARTÍNEZ OTERO, Juan. 2019. «Nuevas normas de publicidad encubierta en las plataformas digitales de Internet», *Revista de Derecho Mercantil*, nº 314: 1-42.
- OTERO COBOS, María Teresa. 2021. «El influencer como medio de comunicación audiovisual», *ADI*, nº. 41: 303-319.
- PÉREZ DÍAZ, Raquel. 2020. «Los menores de edad en la nueva Ley de Protección de Datos Personales». *Derecho y Nuevas Tecnologías*, coordinado por Luis Antonio Fernández Villazón, 155-180. Cizur Menor: Aranzadi.
- PRENSKY, Mark. 2001. «Digital Natives, Digital Immigrants», *MCB University Press*, vol. 9, nº. 5, Maryland.
- RAMOS CHAPARRO, Enrique. 1995. «Niños jóvenes en el derecho civil y constitución», *Derecho Privado y Constitución*, nº. 7 septiembre-diciembre: 167-229.
- RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco. 2002. *El interés del menor*, Madrid: Dykinson.

- SERRANO PÉREZ, María Mercedes. 2021. «El consentimiento de los menores de edad para el tratamiento de datos personales (comentario art. 7 LOPDGDD)». Comentario al Reglamento General de Protección de Datos y a la ley Orgánica de Protección de datos personales y Garantía de los Derechos digitales, dirigido por Antonio Troncoso Reigada, 989-1012. Madrid: Civitas.
- SIMÓN CASTELLANO, Pere. 2012. *El régimen constitucional del derecho al olvido digital*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- TATO PLAZA, Anxo. 2019. «Aspectos jurídicos de la publicidad a través de líderes de opinión en redes sociales (“influencers”)», *Revista de Derecho Mercantil*, nº331: 1-22.
- TERWAGNE, Cecille. 2012. «Privacidad en Internet y el derecho a ser olvidado/derecho al olvido», *Revista de Internet, Derecho y Política*, nº 13: 53-65.
- TRONCOSO REIGADA, Antonio. 2010. *La Protección de Datos Personales: en busca del equilibrio*, Valencia, Tirant lo Blanch.

Webgrafía

- AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS. Guía sobre el uso de las cookies, julio de 2020 obtenido de <https://www.aepd.es/sites/default/files/2020-07/guia-cookies.pdf> (última consulta el 28 de febrero de 2022)
- Código de conducta sobre el uso de *influencers* en la publicidad elaborado por la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial (AUTOCONTROL), Año 2020, obtenido de: <https://www.autocontrol.es/wp-content/uploads/2020/10/codigo-de-conducta-publicidad-influencers.pdf> (última consulta el 2 de diciembre de 2021)
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Significado palabra *influencer* obtenido de: <https://www.rae.es/observatorio-de-palabras/influencer> (última consulta el 1 de diciembre de 2021).
- RISBERG, Erik. «Las cinco redes sociales más poderosas en ingresos publicitarios», de 2 de julio de 2020. *Semana*. Acceso el 28 de febrero de 2022. <https://www.semana.com/empresas/articulo/cuales-son-las-redes-sociales-con-mas-ingresos-publicitarios/291323/>.

Documentos organismos oficiales

- Dictamen 5/2009, sobre redes sociales en línea, de 12 de junio de 2009, WP 163.
- Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, sobre un enfoque global de la protección de datos personales en la Unión Europea, de 4 de noviembre de 2010, COM/2010/0609 final.
- Informe de la Comisión Nacional de Mercados y Competencia en relación al Anteproyecto de Ley General de Comunicación Audiovisual, de 18 de diciembre de 2020.

LOS LÍMITES FORMALES Y MATERIALES A LA REVISIÓN DE LA CONSTITUCIÓN ITALIANA

Formal and Substantive limits in the revision of the Italian Constitution

Daniel Capodiferro Cubero¹

Profesor Contratado Doctor
Departamento de Derecho Constitucional
Universidad Nacional de Educación a Distancia

<https://doi.org/10.18543/ed.2647>

Recibido: 27.11.2022

Aceptado: 01.12.2022

Publicado en línea: diciembre 2022

Resumen

La revisión de la Constitución italiana de 1947 resulta ser un tema particularmente complejo. Apenas son dos los preceptos que lo regulan, con algunas pautas procedimentales y un límite material que aseguran cierto grado de rigidez, pero su desarrollo y las aportaciones de la Corte Constitucional han dado lugar a un procedimiento particularmente complejo, con muchas cuestiones abiertas. A ello se suma una aplicación práctica donde incluso han tenido cabida intentos de reforma al margen de las reglas establecidas. Todo dentro de un contexto de permanente cuestionamiento de su idoneidad, ligado a una situación de crisis institucional casi endémica del país cuya superación parece complicada a la vista del actual desajuste entre los requisitos que impone la Constitución para su modificación y la coyuntura política. Este artículo busca describir de modo crítico la cuestión a través del análisis detallado de su regulación, la jurisprudencia y las múltiples contribuciones doctrinales que existen.

¹ Este trabajo se ha realizado dentro del proyecto de investigación “La neutralidad institucional en el Estado constitucional” (Ref. PID2019-106043GB-I00).

Palabras clave

Revisión constitucional, Italia, rigidez constitucional, cláusulas de intangibilidad, referéndum.

Abstract

The revision of the Italian Constitution of 1947 is a particularly complex issue. Although it is regulated by only two provisions, with some procedural guidelines and a material limit ensuring a certain degree of rigidity, its development and the contributions from the Constitutional Court have created a particularly complex procedure, with many open questions. Additionally, practice has even shown some reform attempts outside the established rules. All this within a context of permanent questioning of its adequacy, linked to a situation of almost endemic institutional crisis in the country, which resolution seems difficult regarding the current mismatch between the requirements of the Constitution for its amendment and the political situation. The aim of this paper is to critically describe the issue through the detailed analysis of its regulation, case law and the existing doctrinal contributions.

Keywords

Constitutional revision, Italy, constitutional rigidity, intangibility clauses, referendum.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. RASGOS GENERALES DEL PROCEDIMIENTO DE REVISIÓN CONSTITUCIONAL EN ITALIA. III. LA INICIATIVA PARA LA REVISIÓN CONSTITUCIONAL. IV. LA TRAMITACIÓN EN SEDE PARLAMENTARIA. V. EL REFERÉNDUM CONSTITUCIONAL. VI. LOS LÍMITES MATERIALES EXPLÍCITOS E IMPLÍCITOS. 1. La cláusula de intangibilidad del art. 139 CI. 2. La admisibilidad de la revisión total de la Constitución. 3. La alteración del procedimiento de revisión. VII. REFLEXIONES FINALES. VIII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La existencia de procedimientos especiales para asegurar la rigidez de una Constitución es, en sí misma, un mecanismo de garantía de su supremacía, una forma de defensa del sistema democrático frente a posibles amenazas al servicio del mantenimiento de los valores fundamentales legitimadores del sistema político (Díaz Revorio 2018, 270-271). Porque la finalidad de este tipo de cláusulas no es otra que asegurar la permanencia y supervivencia de aquellas opciones ideológicas y valorativas que sirven para identificar el concreto régimen político que compone la Constitución en la que se insertan (García-Atance García 1992, 326). Así, en el Ordenamiento italiano, como en el resto de los construidos en la Europa de posguerra, la “revisión” de la Constitución de 1947 emerge como uno de los instrumentos más relevantes a tal efecto, pensado para asegurar la continuidad del sistema republicano en los términos básicos en los que fue concebido (Cervati 2001, 27). Siempre bajo la premisa de que se trata de una actividad sustancialmente autónoma a la de modificación de las leyes como consecuencia de la supremacía jerárquica de que ostenta aquella (Mortati 1972, 8-9).

El Texto constitucional precedente, el Estatuto Albertino de 1848, no preveía ningún procedimiento para su reforma. En sus primeros años de vigencia esto fue interpretado como una garantía de inmutabilidad, pero tras 1870 fue sinónimo de flexibilidad absoluta. En línea con la propia evolución del sistema político de la monarquía hacia un modelo parlamentario puro, se asumió sin problemas que podía ser modificable por el Legislador ordinario (Pace 2016, 3). Sin embargo, fue precisamente este rasgo, unido a la considerable ambigüedad de sus previsiones, una de las causas que impidieron que el Estatuto pudiera operar como una barrera efectiva frente a la mutación que se operó durante la época fascista. En especial a partir de la Ley nº 2263, de 24 de diciembre de 1925, que implicó una alteración sustancial del modelo al concentrar los poderes del Estado en el Jefe del Gobierno, sin necesidad de derogarlo formalmente. Esta experiencia resultó determinante para el Constituyente italiano en el momento de concebir la Constitución vigente. En

contraposición al precedente, ésta se pensó como un texto rígido, para ser verdaderamente estable y no sólo formalmente vigente gracias, en primer lugar, a la previsión de un procedimiento específico de revisión (Iadicicco 2018, 12).

Sin embargo, la rigidez de la Constitución de 1947 no ha derivado en su petrificación, a pesar de las recurrentes críticas que se han planteado sobre su supuesta incapacidad de adaptación. Desde 1963 hasta 2022, ha sufrido un total de 18 modificaciones. Algunas de carácter puntual y otras de mayor calado, como las operadas con las Leyes Constitucionales 3/2001, que alteró sustancialmente el modelo territorial, 1/2012, que incorporó el principio de equilibrio presupuestario, o 1/2020, que redujo el número de parlamentarios. A estas se sumarían otras iniciativas de reforma sustancial, en 2006 y 2016, que fueron rechazadas en referéndum. De hecho, tras una primera época en la que la Constitución apenas experimentó correcciones puntuales por razones coyunturales, acompañadas eso sí de ciertas alteraciones tácitas (Groppi 2006, 2726), su funcionalidad entró en crisis a partir de finales de los años 80 del siglo XX. Se abrió así un debate inacabable sobre la reforma constitucional que ha evolucionado en tres fases diferenciadas (Olivetti 2018, 51 y s.): una primera, hasta los años 1992-1994 centrada en las relaciones entre las dos Cámaras del Parlamento que acaba con una reforma del sistema electoral; la segunda, consecuencia precisamente de ese nuevo sistema y de la desaparición de los partidos tradicionales, caracterizada por diversas propuestas no consensuadas de grandes reformas institucionales que duró hasta 2006; y la última, desde entonces, donde la cuestión institucional sigue abierta y la agenda pivota alrededor de la ley electoral, el sistema bicameral y el modelo territorial como grandes cuestiones.

Considerando que se trata de una cuestión permanentemente abierta, el objeto de este artículo es exponer el contenido y la interpretación de las reglas procedimentales y las restricciones materiales a la revisión de la Constitución italiana, tanto en la jurisprudencia constitucional como, eminentemente, en la doctrina. Sin entrar, eso sí, en el contenido o las implicaciones de cada una de las modificaciones efectivas realizadas o las tentativas que no llegaron a término por diversas razones, ya que eso implicaría otro tipo de análisis. Todo con el fin de intentar aclarar la realidad de un procedimiento mucho más complejo de lo que puede parecer con la simple lectura de los preceptos que lo regulan.

II. RASGOS GENERALES DEL PROCEDIMIENTO DE REVISIÓN CONSTITUCIONAL EN ITALIA

Las reglas procedimentales que articulan la reforma de la Constitución de 1947 se recogen en su art. 138. Son de aplicación común tanto para las

“revisiones”, estrictamente hablando, del texto constitucional como para la aprobación de las demás “leyes constitucionales”, una fuente particular destinada a integrar directamente ciertos preceptos constitucionales o desarrollar cuestiones de especial relevancia (De Vergottini 2004,- 178-179). Junto con éste, el art. 139 incorpora una cláusula de intangibilidad. Estos preceptos se complementan principalmente, en lo que respecta al trámite parlamentario, con los arts. 97 a 100 del Reglamento de la Cámara de Diputados (RCD) y 121 a 124 del Reglamento del Senado (RS), sin perjuicio de otras disposiciones que pueden aplicarse puntualmente. Y en cuanto a la celebración del eventual referéndum para confirmar la decisión del Parlamento, con los arts. 1 a 26 de la Ley nº 352, de 25 de mayo de 1970, reguladora de los referéndums previstos en la Constitución y de la iniciativa legislativa popular².

En cuanto a la competencia, el constituyente descartó la opción de atribuir esta función a un órgano especial (Olivetti 2018, 40). En su lugar, optó por un procedimiento donde el poder Legislativo interviene en primera instancia, actuando en su composición ordinaria, mientras que el cuerpo electoral lo hará de modo directo y explícito únicamente *a posteriori*. Y no para integrar la decisión parlamentaria, sino como ocasión de manifestar un eventual rechazo de la decisión que ya ha sido deliberada (Panizza 2020, 554). Además, sólo se pronunciará á en determinadas circunstancias y de un modo bastante limitado, puesto que resulta condicionado tanto por el contenido de la decisión de las Cámaras como por las reglas que impone la normativa aplicable. Por tanto, en lo que respecta a la titularidad del “poder de reforma” puede afirmarse que el pueblo y el Parlamento no se sitúan en un plano de igualdad (Giuffrè 2014, 180-182). Ni siquiera en caso de interpretar que la decisión de las Cámaras es el trasunto de una intervención tácita e indirecta de la ciudadanía que sustituye a su pronunciamiento expreso en los casos en los que ésta no procede o, pudiendo acontecer, no es requerida. Dicho de otro modo, de la previsión normativa se puede concluir que en Italia la competencia sobre la aprobación de la revisión constitucional corresponde al Parlamento, mientras que el cuerpo electoral tiene una legitimación sólo indirecta. Esto equivale a decir que esta cuestión queda en manos de los partidos políticos, por lo que cabe preguntarse si en el caso particular italiano, sumido en una situación de desafección política crónica, este hecho no acaba por

² Publicada originalmente en la Gaceta Oficial nº 147, de 15 de junio de 1970. Los artículos relativos al referéndum de reforma constitucional han sufrido varias modificaciones desde entonces: en 1975 (art. 12.1), 1995 (arts. 8, 21 y 22), 1999 (nuevamente el art. 8), 2000 (derogando el art. 18), 2002 (arts. 7 y 8), 2020 (art. 15), y 2021 (art. 8). En cualquier caso, se trata de cambios menores que afectan principalmente a cuestiones de trámite o de gestión operativa del procedimiento que no resultan en una alteración sustancial ni de su dinámica ni de su significado.

suponer también un distanciamiento excesivo de los ciudadanos respecto de las propias reglas constitucionales. Ciertamente así existe el riesgo de abrir una puerta a alternativas alejadas de las máximas del constitucionalismo liberal. Pero, por otro lado, confiar la revisión constitucional a una mayor intervención popular puede derivar fácilmente en fórmulas plebiscitarias que no llevarían a un resultado muy diferente. Equilibrar ambos extremos no es sencillo, y el constituyente italiano optó en este punto, igual que con carácter general, por confiar a los partidos y a la competencia entre ellos la garantía del equilibrio y la pervivencia del sistema político.

La Corte Constitucional también ha sido clara al señalar que las decisiones fundamentales que afectan al “pacto constitucional” resultan reservadas a la representación política, de modo que no cabe otra intervención popular que la prevista en el art. 138 CI, bajo la forma de “instancia de freno, de conservación y de garantía”. Por tanto, su función es sólo confirmar posteriormente una voluntad parlamentaria de revisión que ya ha sido perfeccionada y que podría desplegar efectos jurídicos aun sin la expresa aprobación del cuerpo electoral. Esto es así porque el pueblo, en lo que respecta a su intervención mediante el referéndum, “no está configurado por la Constitución como impulsor de la innovación constitucional”, ni puede actuar de modo libre, sino dentro de un procedimiento que “carga la decisión política del máximo de racionalidad del que, por su parte, es capaz”, con el fin de “reducir el riesgo de que tal decisión esté vinculada a situaciones contingentes” (Sentencia 496/2000, de 27 de octubre, FJ 4.1 y 4.2). En la misma línea, el carácter indivisible de la soberanía excluye la posibilidad de que un referéndum de nivel regional, incluso de carácter consultivo, pueda versar sobre cuestiones de rango constitucional, y mucho menos alterar los rasgos esenciales del sistema político definidos en la Norma Fundamental (Sentencia 118/2015, de 29 de abril, FJ 6 y 7). Así, se niega que el pueblo, o en este caso una fracción del mismo, esté en condiciones de modificar de modo directo los preceptos de la Constitución al margen de las reglas del Título VI sobre la premisa de una pretendida e ilusoria voluntad democrática.

Tampoco, a juicio de la Corte expresado en la Sentencia 470/1992, de 10 de noviembre, se puede apelar a una consulta popular como forma de reforzar o legitimar en mayor medida una iniciativa regional de reforma constitucional (Conte 2015, 759). No obstante, hay quien afirma que esta posibilidad tendría cabida en el procedimiento tal y como está regulado, como forma de obtener el consentimiento expreso de los ciudadanos de una Región, si se insertara en una fase previa y autónoma a la presentación de una iniciativa de revisión constitucional por parte de ésta que, eso sí, respetara los límites formales y materiales establecidos (Ferraiuolo 2015, 10). Ahora bien, tal cosa parece difícilmente compatible con la idea de unidad de la soberanía y el carácter integrador que debe revestir toda decisión de nivel constitucional.

Estaríamos ante una forma subrepticia de intentar condicionar el resultado del proceso mediante una invocación a la voluntad popular, frente a la que el Parlamento no debería posteriormente oponerse so pena poner en duda su legitimidad. Sería muy sencillo aquí caer en el razonamiento populista y asumir que los poderes estatales deberían de algún modo plegarse o quedar implícitamente condicionados por lo expresado por lo que no es más que una fracción de una fracción de la población que ha decidido votar en un sentido concreto en una consulta en sólo una parte del territorio. En suma, una minoría a la que se pretende atribuir capacidad de condicionar las reglas generales.

Parece claro por tanto que la revisión constitucional es principalmente una expresión de la voluntad del Parlamento nacional, pero no manifestada de cualquier manera. El procedimiento previsto se erige como un elemento de particular relevancia. Con él se busca asegurar que los cambios estarán respaldados por un cierto grado de consenso, más allá del simple apoyo de la mayoría de gobierno, sin que las minorías gocen de poder de bloqueo efectivo sobre la decisión mayoritaria, aunque puedan tener disponible la opción de solicitar el referéndum (Groppi 2006, 2709). Por esta razón, aunque la revisión constitucional aparece como una variante del trámite legislativo ordinario, está sujeta a la obtención de mayorías agravadas en el Parlamento. Además, el sistema de doble deliberación y votación en ambas Cámaras, con un tiempo preceptivo mínimo entre la primera y la segunda intervención, desemboca en un procedimiento largo, específicamente pensado para asegurar el máximo de racionalidad y reflexión en la decisión final. Todo ello sin olvidar que se trata del único caso en el Ordenamiento italiano en el que se prevé el referéndum como eventual paso final para la aprobación de una norma.

El problema es que la coyuntura y la dinámica políticas ya no son las mismas que existían en el momento en el que se aprobó la Constitución. Entonces, el entorno político y social era muy heterogéneo, con un sistema electoral basado en una fórmula proporcional (Panunzio 2001, 81-82) que actualmente ya no es la vigente. Este hecho genera un desajuste entre el diseño del procedimiento y las condiciones en las que se va a aplicar que no sólo dificulta la “normalidad” de la reforma, haciendo casi inviable su materialización, sino que incluso altera en la práctica alguno de sus rasgos teóricos.

En sus primeros años de vigencia el régimen constitucional se movía en los parámetros de una lógica de tipo consensual, basada en un compromiso entre los partidos políticos en el sentido de entender que la Constitución no podía ser modificada unilateralmente ni como resultado de la simple voluntad de la mayoría (Gallo 2013, 471). Esto claramente se beneficiaba del hecho de contar con un partido político hegemónico de tendencia ideológica moderada, la Democracia Cristiana, que no dudaba en recurrir a pactos diversos cuando las circunstancias lo exigían. Su debilitamiento y posterior

desaparición fueron determinantes, junto con la introducción del sistema electoral mayoritario en los años 90, que en parte causó la caída del resto de los partidos que fundaron el sistema. Ambos factores derivaron en una alteración de la manera de entender la revisión constitucional en el plano político. Los actores principales del entramado constitucional, cuya lealtad era un complemento necesario de las reglas jurídicas, desaparecieron. Y la consecuencia fue que se pasó de la inicial idea de consenso necesario a una concepción individualista de la Constitución y su reforma, donde cada fuerza política la ve como una posibilidad de afirmar su propia y unilateral visión del sistema y de las soluciones a los problemas que percibe (De Martino 2017, 18).

La particular evolución del sistema de partidos italiano desde los años 90 también ha agravado esto. Ya en 1998 se hablaba de un sistema político fragmentado donde era complicado alcanzar un consenso suficiente como para operar cambios en la Constitución a pesar de la existencia de cierto acuerdo general sobre su oportunidad y necesidad (Rolla 1998, 461). En los últimos años la situación no se ha reconducido precisamente, ya que desde 2008 el sistema de partidos en Italia se presenta como desestructurado y tripolar. Pese a no existir formaciones abiertas y claramente antisistema, está compuesto por bloques ideológicos estancos integrados por partidos de vida y trayectoria inciertas cuyas reglas de interacción son mutables y no responden a pautas conocidas o previsibles, además del importante peso que en la vida de las coaliciones de gobierno adquiere el poder de chantaje de los partidos menores sobre la continuidad del Ejecutivo (Pasquino 2020, 29 y 37). Evidentemente, una fotografía así no parece encajar bien con la naturaleza deliberativa y de tendencia al consenso que destila la regulación de la reforma constitucional italiana, pensada, como ya se ha apuntado, para ser aplicada por actores leales agrupados en torno a uno principal. Por ello se genera una disfunción que, en la práctica, transforma cualquier tema de discusión en un conflicto político irresoluble. Más aún si se trata de debatir las reglas institucionales básicas, lo que lleva a pensar que no hay más opciones que la imposible unanimidad ante cualquier reforma o la petrificación de la Constitución para evitar males mayores (Morrone 2016, 34). Por último, a esto se suma un electorado descontento en general con la oferta política y muy condicionado por los medios y las campañas que se desarrollan en ellos, de manera que resulta relativamente sencillo para ciertos intereses particulares influir en el resultado de un referéndum constitucional en contra del interés general (Pizzorusso 1996, 162).

La existencia de una persistente situación de bloqueo parece por tanto un rasgo particular del procedimiento de revisión constitucional italiano, aunque sea de naturaleza política y no jurídica. Pero lejos de contribuir a la estabilidad, casi genera una rigidez excesiva *de facto* que fácilmente podría

terminar desembocando en la quiebra constitucional. La dinámica parece repetirse sin solución. Se aprecia de manera generalizada un mal funcionamiento del sistema y de ciertos mecanismos institucionales; e incluso situaciones de inaplicación práctica de los preceptos constitucionales, o modificaciones tácitas y adaptativas de los mismos, favorecidas por la ambigüedad de su redacción (Iadicicco 2018, 30 y s.). Frente a esto, se elaboran propuestas variadas que fracasan porque se impone la conservación del sistema, muchas veces por motivos coyunturales, mientras el debate continúa y se reinicia de manera permanente (Olivetti 2018, 78-79). Pero antes que buscar la negociación y el diálogo, la forma común de intentar superarlo ha sido recurrir a soluciones para modificar la Constitución al margen de las reglas del art. 138 CI. Como más adelante se verá, fue el caso de las Leyes Constitucionales 1/1993 y 1/1997, cuyas previsiones por diversas causas no resultaron en un cambio efectivo del Texto, o del proyecto de Ley Constitucional nº 813 Sen de 2013, que, si bien tampoco llegó a tramitarse, contenía tal modificación permanente de la Constitución, soslayando las reglas al respecto, que no podía calificarse sino de uso ilegítimo del poder de revisión constitucional (Pace 2013, 3).

III. LA INICIATIVA PARA LA REVISIÓN CONSTITUCIONAL

Formalmente, el art. 138 CI no contempla ninguna peculiaridad en cuanto a la iniciativa de reforma constitucional (o de las leyes constitucionales) respecto de la propia de las leyes ordinarias. La Corte Constitucional ha interpretado este silencio de la norma como ausencia de regla especial al respecto, de modo que se atribuiría a los mismos sujetos que pueden iniciar el procedimiento legislativo ordinario ante el Parlamento nacional. Así, ha señalado que los Consejos Regionales tienen capacidad para plantear iniciativas de reforma constitucional como expresión de su potestad general de iniciativa legislativa a nivel estatal conforme al art. 121 CI, aunque siempre vinculadas de algún modo a los intereses propios, que se corresponden a su marco institucional y al sistema de relación con el Estado; esto se afirmó en primer lugar en relación a una Región con estatuto especial (Sentencia 256/1989, de 16 de mayo, FJ 6º), aunque la doctrina fue reiterada posteriormente ya sin duda con alcance general para las de régimen común (Sentencia 496/2000, de 27 de octubre, FJ 3º). Más adelante, la Corte confirmó que esta posibilidad se extiende al resto de sujetos titulares de la iniciativa legislativa general conforme al art. 71 CI, puesto que éste no establece límite alguno en función de la “fuerza del acto que se propone”, ni siquiera implícitamente (Sentencia 470/1992, de 10 de noviembre, FJ 2º).

La misma conclusión se puede deducir a la vista de los trabajos preparatorios de la Constitución. En las principales propuestas que se manejaron sobre

la cuestión se ve que, dentro de la Comisión constituyente, la idea más extendida era la de limitar la iniciativa de reforma constitucional al Gobierno y al Parlamento, cualquiera que fuese el procedimiento finalmente definido, asumiendo que eran quienes mejor podían representar la sensibilidad del cuerpo electoral. Y así aparecía en la primera versión del art. 130 del Proyecto. La incorporación expresa de la iniciativa popular en la reforma constitucional se descartó por el riesgo de instrumentalización que suponía y lo poco ágil que resultaría (Pesole 2016, 133-134). Incluso se planteó la posibilidad de privar de la potestad de iniciativa al Ejecutivo por entender que eso supondría conceder a la mayoría de gobierno el control sobre la reforma constitucional, lo que desincentivaría la búsqueda del consenso que subyace en la propia naturaleza del procedimiento de revisión (Geninatti Satè 2018, 79).

No obstante, la enmienda aprobada por la Asamblea Constituyente que dio forma definitiva al art. 138 CI eliminó la especificidad de la iniciativa para el caso de la reforma constitucional³. Y esto se hizo sin una razón clara, porque en la justificación esgrimida por su proponente no se encuentra argumento alguno que respalde esta decisión en particular, cuyo efecto expansivo quizá no fuera percibido por los miembros de la Asamblea (Volpi 2016, 16). El resultado final fue, en consecuencia, un art. 138 CI cuyo silencio a este respecto conduce a que a la revisión constitucional resulte de plena aplicación lo previsto en el art. 71 CI, que atribuye la iniciativa legislativa con carácter general al Gobierno, a cualquier miembro de la Cámara de Diputados o del Senado, y a 50.000 ciudadanos. Y también los arts. 99 y 121 CI, que amplían esta potestad al Consejo Nacional de Economía y Trabajo (CNEL) y a las Asambleas legislativas de las Regiones respectivamente.

La propuesta, que en todo caso debe ser un texto articulado, puede presentarse indistintamente ante cualquiera de las dos Cámaras, que será la que inicie la tramitación interviniendo en primer lugar en ambas deliberaciones. El bicameralismo perfecto también opera en esta situación. En lo que respecta al control de las propuestas, éste se moverá en el plano esencialmente político. No se prevé de modo alguno la intervención de la Corte Constitucional en esta fase, algo que, por otro lado, supondría un agravamiento del proceso de revisión no previsto expresamente en la Constitución (Giuffrè 2014, 188).

En cuanto al Gobierno, la Ley n° 400, de 23 de agosto de 1988, reguladora de la actividad de Gobierno y de ordenación de la Presidencia del Consejo de Ministros, no prevé especialidades en cuanto a la aprobación de las iniciativas de revisión constitucional. Éstas se debaten igualmente en el Consejo de

³ En la intervención de Tomaso Perassi, proponente de la enmienda, en la sesión vespertina de la Asamblea Constituyente de 3 de diciembre de 1947, donde se debatió esta cuestión, en ningún momento se hace mención alguna a los motivos que le llevaron a plantear la supresión del primer párrafo del art. 130 del Proyecto de Constitución.

Ministros (art. 2.3 de la Ley), presentándose a las Cámaras a través de su Presidente (art. 5) con autorización última del Presidente de la República (art. 87 CI). A diferencia de lo que sucede en España, donde la iniciativa gubernativa no parece suscitar inconvenientes en nuestra escasa experiencia de reformas constitucionales, la doctrina italiana ha planteado dudas sobre la idoneidad del ejercicio de esta facultad por parte del Ejecutivo. Ello a pesar de que del art. 71 CI no se deduce ninguna razón para ello y de que, en la práctica, el Gobierno tiene una gran presencia tanto como iniciador de los procedimientos de reforma constitucional como en el resto de sus fases con independencia de quien haya ejercido la iniciativa (De Martino 2018, 12). Seguramente, la cuestión sea en el fondo un problema de oportunidad política, de temor a que la intervención del Gobierno sea identificada con su tendencia ideológica y esto polarice el debate, algo especialmente delicado considerando la coyuntura partidista actual y su lógica. En todo caso, no se debe olvidar que el inicio del procedimiento por parte del Ejecutivo no obsta para que sea siempre conveniente la búsqueda del consenso amplio, especialmente cuando se trata de reformas orgánicas (Catelani 2020, 302-305), por lo que seguramente esos temores estén más relacionados con la actitud mostrada recurrentemente por los distintos Ejecutivos antes que con la regla en sí misma.

La iniciativa parlamentaria plantea muchos menos problemas. Al igual que en el procedimiento legislativo ordinario, ésta corresponde a cada uno de los miembros de la Cámara de Diputados o el Senado individualmente, circunstancia que la facilita considerablemente de inicio, sin perjuicio de cómo se ejerza la disciplina interna dentro de los Grupos Parlamentarios. El caso de estos es particular, porque si bien no se mencionan en la Constitución como titulares de la iniciativa legislativa, sí tienen reconocida esta potestad de modo indirecto. En el Caso del Senado, el art. 79 RS establece que el Presidente de un Grupo podrá declarar que pertenecen a éste como tal aquellas iniciativas suscritas por al menos la mitad de sus miembros. Para la Cámara de Diputados se contempla igualmente que los Grupos puedan hacer suyas las iniciativas planteadas por sus integrantes, mediante declaración formal de su respectivo Presidente en el momento de su presentación ante el Pleno (art. 76.3 RCD).

Por su parte, la inclusión de la iniciativa popular para la revisión constitucional podría interpretarse como una asunción en último término de la idea, expresada en los debates constituyentes, de que era necesario contar con una fórmula que permitiera plantear ante el Parlamento propuestas de reforma que no hubieran sido consideradas por los partidos políticos (Pesole 2016, 134). Esta posibilidad genera una mínima anomalía en un procedimiento de revisión fundamentalmente parlamentario. Y en un momento dado, teniendo en cuenta la trascendencia de la decisión, también en el conjunto de la

construcción constitucional que, como se ha dicho, se sustenta en un fundamento esencialmente partitocrático y es poco favorable a intervenciones autónomas del cuerpo electoral en los procesos políticos. Más si se tiene en cuenta que la iniciativa popular goza de una ventaja puntual en su tramitación, aunque no reduce el margen de actuación del Parlamento en la tramitación y conformación de la revisión constitucional. Porque hecho de versar sobre materia constitucional no altera los rasgos básicos del instituto. Se trata de un mecanismo de democracia directa que, si bien permite a los ciudadanos intervenir en la función legislativa, no supone asumirla plenamente. La iniciativa popular se agota mediante la propuesta de un texto articulado ante el Parlamento, que es quien tiene en exclusiva el poder último de decisión al respecto (Rodean 2014, 116), sin que se prevea ninguna obligación de tramitación o toma en consideración, lo que evidencia su debilidad en comparación con la que pueden ejercer el resto de los entes legitimados para iniciar el procedimiento normativo (Herman Rodríguez 2016, 93).

Conforme a las reglas generales de los arts. 48 y 49 de la Ley 352 de 1970, la propuesta de revisión constitucional debe venir planteada en este caso por 50.000 ciudadanos “inscritos en las listas electorales” de un ayuntamiento o de residentes en el extranjero, que deberán presentar ante la presidencia de cualquiera de las dos Cámaras un proyecto redactado en artículos acompañado de un informe explicativo de la finalidad de la propuesta. Para la recogida de las firmas se prevé un plazo de 6 meses respecto de la fecha de entrega en el Parlamento, de modo que no se admitirán aquellas que consten en hojas visadas con anterioridad. En cuanto a la tramitación, una vez recibida la iniciativa, la Cámara procederá a revisar las firmas, siguiendo en caso de aceptación unos pasos que no se diferencian apenas de los de cualquier otro proyecto normativo (Herman Rodríguez 2016, 91). La ventaja mencionada anteriormente es el hecho de que las iniciativas populares en tramitación al finalizar una legislatura no caducan; tampoco las referentes a la revisión constitucional, ya que no se hace ninguna salvedad al respecto, de modo que al inicio de un nuevo mandato parlamentario aquellas serán remitidas como regla general a la Comisión competente para proseguir su examen (arts. 107.4 RCD y 74.2 RS).

Como se ha apuntado anteriormente, ni se prevé en la norma un referéndum consultivo ni propositivo sobre estas iniciativas, mucho menos en materia constitucional. Ni tal cosa resulta admisible a juicio de la Corte Constitucional, aunque en algunas Regiones sí se contemple esta figura con alcance limitado al Ordenamiento propio y ciertas restricciones materiales⁴.

⁴ Aunque existe a nivel estatal, la figura del referéndum propositivo se ha adoptado en tres territorios con estatuto especial, la Provincia Autónoma de Bolzano, la Región del Valle de Aosta y la Región de Cerdeña, y de una Región de estatuto común, Campania.

Y posiblemente tampoco tendría sentido. Por analogía con lo expresado por la Corte con relación al eventual referéndum regional en materia constitucional, incorporar una consulta directa a los electores como parte del trámite de la iniciativa popular de revisión constitucional supondría otorgar al cuerpo electoral la oportunidad de pronunciarse dos veces sobre el mismo objeto: primero en el referéndum de propuesta y luego en el final sobre el texto aprobado por el Parlamento en caso de celebrarse (Groppi 2006, 2710). Ello por no decir que, si bien algo así resulta atractivo pensando en la posible legitimación de la propuesta, lo cierto es que su implementación vaciaría o debilitaría las garantías del art. 138 CI (Della Morte 2012, 99), particularmente las orientadas a lograr la mayor racionalidad posible en el resultado.

En la primera, el art. 47 del Estatuto provincial y el art. 2.3 y el Capítulo II de la Ley provincial n° 22, de 3 de diciembre de 2018 regulan esta posibilidad, que en ningún caso puede plantearse sobre materia tributaria, los salarios de los empleados y miembros de los órganos de la provincia o previsiones que regulen los derechos de los grupos lingüísticos y de las minorías étnicas y sociales. En lo que respecta a la reforma estatutaria, la intervención popular se ha articulado de manera indirecta, realizando lo que podría considerarse una mutación de las previsiones normativas: en la Provincia de Bolzano se instituyó una convención para la reforma del Estatuto de la Región de Trentino-Alto Adigio en 2015, con la Ley Provincial n° 3, de 23 de abril, encargada de realizar los trabajos previos a la propuesta formal de revisión, cuya iniciativa conforme al Estatuto no puede ser ejercida por los ciudadanos, sino que corresponde al Consejo Regional a propuesta de los Consejos de las Provincias Autónomas de Trento y de Bolzano y con la posterior conformidad del Consejo regional (art. 103).

¹Para el Valle de Aosta, está contemplado en los arts. 12 a 15 de la Ley regional n° 19, de 25 de junio de 2003, con mayores límites: no se permite para la legislación tributaria y contable, las leyes que tutelan minorías lingüísticas, las relativas a la autonomía funcional del Consejo regional, urbanismo o tutela del medio ambiente, ni sobre disposiciones que sean “vinculantes” por mandato de normas constitucionales, estatutarias, del Ordenamiento comunitario o de obligaciones internacionales; además, hay que tener en cuenta que el art. 50 del Estatuto restringe la iniciativa para su reforma al Consejo regional. En el caso de Cerdeña, el referéndum propositivo se menciona en el art. 15 del Estatuto y se desarrolla mediante la Ley Regional Estatutaria n° 1, de 10 de julio de 2008, cuyo art. 4.5 lo excluye respecto de la reforma del propio Estatuto (“materias propias del Estatuto especial”), las leyes estatutarias, cuestiones tributarias y presupuestarias, normas de desarrollo del Derecho comunitario o Internacional y régimen jurídico de los órganos y oficinas regionales. Finalmente, el art. 15 del actual Estatuto de Campania, no permite plantear el referéndum aprobatorio para las leyes de presupuestos, tributarias o financieras, de gobierno del territorio, de tutela del medio ambiente, sobre el régimen jurídico de los consejeros regionales, las relativas a relaciones internacionales o con la Unión Europea ni sobre el propio Estatuto o las leyes de revisión estatutaria. Se observa por tanto cómo, por regla general, aunque se regule la aprobación directa de leyes por parte del cuerpo electoral o su intervención referendaria en la fase propositiva, su competencia no se extiende a la revisión de la norma de cabecera del sistema en el que se reconoce este instrumento, siguiendo la misma lógica que la excluye de la revisión constitucional.

En cuanto a los Consejos Regionales, la capacidad de iniciativa legislativa a nivel estatal viene atribuida directamente por el segundo párrafo del art. 121 CI, que no precisa ningún aspecto sobre cómo debe tramitarse. Tampoco las Leyes Estatutarias, que se limitan a reconocer esta posibilidad de modo genérico en referencia a la previsión constitucional. Finalmente, e igualmente de manera abierta, el CNEL goza de capacidad para presentar directamente propuestas legislativas en virtud de los arts. 99 CI y 10.1.i) de su actual Ley⁵. Esto no sucedía con su primera regulación de 1957⁶, donde expresamente se privaba a este órgano de la posibilidad de presentar propuestas de leyes constitucionales (art. 10), una solución que de mantenerse habría sido incompatible con la jurisprudencia constitucional posterior anteriormente citada. En la actualidad, no sólo está habilitado para presentar iniciativas de revisión constitucional, sino que tampoco está sujeto a restricciones por razones materiales al hacer uso de esta potestad. Es decir, sus iniciativas no están limitadas a las cuestiones económicas y sociales de las que se ocupa *prima facie*, y esto es algo llamativo teniendo en cuenta que se trata de un órgano de naturaleza consultiva con competencia limitada a un ámbito muy específico (política económica, contratación laboral, negociación colectiva...).

IV. LA TRAMITACIÓN EN SEDE PARLAMENTARIA

El art. 138 CI concreta las especialidades del procedimiento que debe seguir toda revisión constitucional respecto del procedimiento legislativo ordinario. Como regla general, implica un agravamiento frente a éste, aunque no se plantee ninguna particularidad en función de la materia concreta que sea objeto de revisión, ni de la parte de la Constitución a la que afecte. Esto supone someter todos los preceptos constitucionales al mismo régimen jurídico, siempre que sean modificables por no resultar amparados por la cláusula de intangibilidad del art. 139 CI. Tampoco se distingue entre revisión total o parcial de la Constitución. Tales cuestiones fueron objeto de debate durante los trabajos de la Asamblea, donde incluso se llegó a considerar la inclusión de un procedimiento particular, con disolución de las Cámaras, para la revisión total o para las modificaciones de aspectos relevantes. Pero esto acabó por descartarse. No tanto porque no se creyera conveniente blindar en mayor medida los contenidos orgánicos de la Constitución o dificultar los cambios amplios, sino por lo complejo y gravoso que resultaría la

⁵ Ley nº 936, de 30 de diciembre de 1986, de normas sobre el Consejo Nacional de Economía y Trabajo.

⁶ Ley nº 33, de 5 de enero de 1957, sobre ordenación y atribuciones del Consejo Nacional de Economía y Trabajo, derogada en su totalidad por la anterior.

fórmula procedimental que, sin considerar alternativas, se estaba planteando para ello (Pesole 2016, 138-140).

Como primera especialidad, se establece que las propuestas de reforma constitucional y el resto de las leyes constitucionales deberán someterse a dos deliberaciones en cada Cámara, que en este caso se sitúan también en total igualdad, con un intervalo mínimo de 3 meses entre ellas. Con la salvedad de las particularidades que se irán indicando, en la primera de las deliberaciones se aplican las pautas propias del procedimiento legislativo ordinario, tal y como expresamente reconocen los arts. 97.1 RCD y 127.1 RS respectivamente, pero únicamente en la medida en que sean compatibles con el procedimiento y su finalidad (Piccirilli 2018, 27). Además, se contemplan algunas especialidades procedimentales muy concretas. Unas pensadas para permitir un debate más pausado, y por tanto reforzar el carácter “racional” de la revisión constitucional, como puede ser la ampliación de los tiempos de las intervenciones a 45 minutos, prorrogables por decisión del Presidente, en la Cámara de Diputados (art. 39.5 RCD). U otras para asegurar la mayor publicidad del procedimiento y el conocimiento general de la postura de cada fuerza política, como la obligación de emplear el sistema nominal con escrutinio simultáneo en la votación final en el Senado (art. 120.3 RS).

Formalmente, las iniciativas deberán ser presentadas ante la presidencia de cualquiera de las Cámaras acompañadas de un informe, procediéndose a su envío a la Comisión competente por razón de la materia, que será la de Asuntos Constitucionales en ambos casos. Ésta, tras examinar el texto artículo por artículo, debatir las enmiendas presentadas y recibir las comparencias de expertos, aprobará la versión que deberá ser remitida al Pleno para su votación (Olivetti 2018, 41). Porque conforme al cuarto párrafo del art. 72 CI, los proyectos de ley “en materia constitucional” deberán tramitarse mediante el “procedimiento normal de examen y aprobación”, y eso incluye los referidos por el art. 138 CI según precisó en su momento la Corte Constitucional (Sentencia nº 168/1963, de 12 de diciembre, FJ 2º). Por tanto, la revisión constitucional sigue la fórmula de las normas “de pleno” cuya aprobación definitiva no puede delegarse en las Comisiones legislativas, ni siquiera en la primera deliberación. Tampoco cabe la delegación legislativa al Gobierno para aprobar una reforma constitucional, máxime después de todo lo dicho respecto del carácter esencialmente parlamentario que reviste ésta y las dudas que, desde la perspectiva puramente política, plantea el mero hecho de la intervención del Ejecutivo en la revisión constitucional.

También está vedada la aplicación del procedimiento de urgencia durante la tramitación en la Cámara de Diputados (art. 69.3 RCD), pero no así en el Senado, cuyo Reglamento no limita esta opción. Más interrogantes suscita la posibilidad de vincular la aprobación de una reforma constitucional a una cuestión de confianza a la vista del silencio de la Constitución y los

Reglamentos al respecto. No obstante, no parece una posibilidad razonable en la medida en que este último instrumento está vinculado a un juicio sobre la dirección política del Gobierno y el cumplimiento del programa electoral, mientras que la revisión constitucional es un mecanismo de garantía que debería operar de manera ajena a factores contingentes como estos (Groppi 2006, 2711).

En el primer paso por las Cámaras no se exige una mayoría particular para aprobar la iniciativa, de modo que está abierta la posibilidad de salvarla con mayoría simple. Pero sí es preceptiva al menos mayoría absoluta en ambas sedes en la segunda votación, siempre sobre el mismo texto, lo que sitúa a ésta como el momento clave del procedimiento, al ser donde se manifestará la mayoría amplia que asegura el necesario grado de consenso. Si la Cámara que interviene en segundo lugar incorpora modificaciones sobre el documento recibido, la primera deberá reexaminarlo, en un debate limitado a los cambios operados (arts. 97.3 RCD y 121.3 RS)⁷. Uno de los problemas de esta fase parlamentaria es que la Constitución no resuelve si la deliberación de la segunda Cámara debe producirse sólo cuando la primera haya resuelto ambas votaciones o si deben alternarse en su actuación (Bellodi 2015, 5), lo que condujo a que en sus primeros años de vigencia se dudara sobre cómo articular temporalmente el procedimiento. De hecho, entre 1948 y 1957 el Reglamento de la Cámara de Diputados adoptó la primera de las interpretaciones, previendo el envío del texto al Senado una vez realizada la segunda deliberación y votación, regla que se aplicó únicamente en la aprobación de la Ley Constitucional nº 1 de 195, reguladora de la Corte Constitucional, (Piccirilli 2018, 13-14). Desde la III Legislatura la solución que se ha impuesto es la de la alternancia (Groppi 2006, 2710-2711). Así lo prescriben actualmente los Reglamentos de la Cámara de Diputados y del Senado, que en ambos casos establecen que tras realizar la primera deliberación/votación, el texto será remitido a la otra Cámara (arts. 97.2 RCD y 121.2 RS).

En cuanto al plazo de 3 meses, empezará a contar de manera independiente para cada Cámara desde el momento de la aprobación del texto de común acuerdo (arts. 98 RCD y 122.1 RS). Su finalidad es, por un lado, dar al Parlamento una “pausa de reflexión” para examinar más detenidamente una decisión tan trascendente, otra concesión a la ya mencionada búsqueda de racionalidad. Y por otro, permitir el conocimiento y debate de la propuesta entre la opinión pública (Olivetti 2018, 43), algo que podría aportar una información interesante a las Cámaras sobre el parecer del cuerpo electoral al

⁷ A este respecto, el Reglamento del Senado, no así el de la Cámara de Diputados, admite la posibilidad de presentar nuevas enmiendas en este momento siempre que guarden relación directa con los cambios introducidos previamente por la Cámara de Diputados.

respecto con vistas a la segunda votación (Giuffrè 1997, 51). Esto, obviamente, puede condicionar en último término la decisión.

Una vez transcurrido ese plazo mínimo, las Cámaras estarían en condiciones de llevar a cabo la segunda deliberación, que debe producirse dentro de la misma Legislatura. Como ya se ha apuntado, en el caso de las iniciativas de procedencia popular, parece que serían de aplicación las disposiciones generales de los arts. 107.4 RCD y 74.2 RS, que disponen que, con carácter general, no se requiere volver a presentar en la nueva Legislatura aquellas que ya iniciaron su tramitación en la precedente. Por lo demás, los Reglamentos parlamentarios detallan particularmente este paso, diferenciándolo del procedimiento legislativo ordinario de un modo no exento de controversias. La segunda deliberación comienza con un examen de conjunto del texto por parte de la Comisión de Asuntos Constitucionales de cada Cámara antes de enviarlo al respectivo Pleno para una votación de totalidad, sin que se admitan en ningún caso enmiendas de modificación o supresión, ni cuestiones prejudiciales o suspensivas. Únicamente cabe la posibilidad de solicitar un aplazamiento de la votación, sobre el que decidirá en último término el Presidente de la Cámara, o de emitir declaraciones de voto (arts. 99 RCD y 123 RS)⁸. A este respecto, se ha apuntado que el lapso de 3 meses debe respetarse con relación a la deliberación y votación en el Pleno, por lo que nada obstaría a que las Comisiones iniciaran su examen con anterioridad (Olivetti 2018, 42-43).

A pesar de la importancia esencial que reviste la segunda votación de las propuestas de revisión constitucional, los Reglamentos parlamentarios configuran esta segunda fase del procedimiento como un trámite accesorio y limitado en cuanto a la integración de su contenido. De hecho, es la primera donde se va a dar verdaderamente forma a éste, tanto por el tiempo que se le puede dedicar como por las posibilidades del debate. La finalidad de la segunda deliberación, tal y como está articulada reglamentariamente, es la de mera ratificación o confirmación de lo acordado en primera instancia, cuya utilidad reside en asegurar que se trata de una decisión meditada y que las mayorías que la aprobaron entonces no eran meramente coyunturales (Bellodi 2015, 3-4). En su brevedad, la Constitución no precisa el desenvolvimiento o función de esta segunda fase. Más si se tiene en cuenta que en la versión inicial del art. 138 CI se hablaba de “dos lecturas”, y que fue en el último momento cuando esto se cambió por “dos deliberaciones”. Con esto,

⁸ El Reglamento de la Cámara de Diputados es más explícito al señalar que tras el debate sobre “las líneas generales” del proyecto se pasará a su votación final “sin proceder al debate de los artículos”. El Reglamento del Senado se limita a apuntar que “tras el debate general” el texto será sometido únicamente a “votación final para la aprobación del conjunto”.

el Constituyente pareció querer diseñar un procedimiento donde las dos manifestaciones de cada Cámara constituyesen “ciclos legislativos autónomos” y no dos fases de uno solo (Mortati 1972, 36).

De este modo, de inicio quedaba abierta la posibilidad de articularla como un “ciclo legislativo completo” donde cupieran también enmiendas al articulado y un debate en detalle (Piccirilli 2018, 16). Por ello, se ha llegado a plantear la eventual inconstitucionalidad de la regulación reglamentaria, aduciendo que la solución adoptada no responde a la lógica interna del art. 138 CI. Éste plantearía una segunda deliberación indiferenciada de la primera precisamente para garantizar una reflexión íntegra y completa del Parlamento sobre la reforma en un momento diferente a la primera que, de no permitirse, coarta en última instancia la libre expresión de las Cámaras sobre el su objeto (Rivosecchi 2010, 1252-1254). Esta postura no está exenta de cierta lógica, ya que la revisión constitucional es una decisión compleja en cuyos detalles concretos influye sin duda el factor tiempo, pero lo cierto es que en los Reglamentos parlamentarios se ha optado por configurar la segunda votación como un mecanismo de evaluación política del proyecto de revisión antes que como sede para valorar cuestiones técnicas o de legitimidad. Quizá sólo buscando la celeridad e impedir maniobras obstruccionistas, aunque eso suponga limitar los derechos de las minorías parlamentarias (Groppi 2006, 2712). En cualquier caso, la verdad es que ninguna de las dos soluciones evita que factores coyunturales incidan en la evolución del proceso, sobre todo si la lógica mayoritaria se impone al consenso en el debate parlamentario. Basta pensar en una situación en la que la coalición de gobierno se rompa justo entre las dos deliberaciones. La mayoría con la que el Ejecutivo contaba de inicio para aprobar su proyecto desaparecería, lo que supondría su fracaso o, en el mejor de los casos, el sometimiento de la revisión a referéndum, siempre con incierto resultado.

Finalmente, la reforma de la Constitución estará aprobada si obtiene en la segunda votación mayoría absoluta tanto en la Cámara de Diputados como en el Senado. De no alcanzarla, se entenderá rechazada, sin que se pueda volver a presentar una nueva propuesta que reproduzca esencialmente su contenido hasta pasados al menos 6 meses desde la votación (arts. 100.3 RCD y 124.3 RS, que remiten a la regla general al respecto). Aprobado el texto por mayoría absoluta cabría la posibilidad, que no la obligación, de someterlo a referéndum si así se solicita expresamente en los 3 meses siguientes, en los términos que luego se detallarán. Para esto, el segundo párrafo del art. 138 CI establece que se procederá a su publicación con carácter provisional, para general conocimiento. Complementariamente, el art. 3 de la Ley nº 352 de 1970 establece que la publicación del texto en la Gaceta Oficial se realizará en este caso de manera diferenciada, sin asignación de número de orden y sin fórmula de promulgación, explicando que se trata de una ley constitucional

aprobada por mayoría absoluta en segunda votación y advirtiendo de la posibilidad de que sea sometida a referéndum.

Si, por el contrario, se logra el voto favorable de los 2/3 de los miembros de ambas Cámaras, el último párrafo del art. 138 CI excluye en todo caso el referéndum. Se descarta por tanto la intervención directa del cuerpo electoral como consecuencia del amplio consenso parlamentario, que permitiría entender que existe una aceptación “presunta” por parte de aquel que hace innecesaria la consulta expresa (Giuffrè 2014, 181). De cualquier modo, el Presidente de cada Cámara debe comunicar al Gobierno la mayoría obtenida en la votación para proceder como corresponda (arts. 138 CI y 1 y 2 de la Ley nº 352 de 1970).

Por tanto, el perfeccionamiento de la reforma constitucional puede producirse de tres formas distintas: con mayoría absoluta en las Cámaras y el transcurso del plazo para solicitar el referéndum sin que tal cosa se produzca; con mayoría absoluta y la aceptación expresa del cuerpo electoral en referéndum; u obteniéndose mayoría de 2/3 en la segunda votación de la Cámara de Diputados y del Senado. En cualquiera de los tres casos se podrá proceder en los términos del art. 73 CI. El Presidente de la República la promulgará en el plazo de 1 mes desde la aprobación y se procederá a su publicación, entrando en vigor a los 15 días salvo que la propia norma establezca otra cosa. Si la revisión constitucional hubiera sido declarada de urgencia, cosa posible únicamente por parte del Senado, la promulgación deberá producirse en los términos establecidos en la propia declaración.

La principal duda en este punto es saber si en este caso el Presidente de la República puede hacer uso de la facultad que le reconoce el art 74 CI, la devolución motivada a las Cámaras de una norma ya aprobada por éstas para forzar una nueva deliberación sobre ella. Durante la elaboración de la Constitución se descartó incluir una limitación expresa al reenvío presidencial respecto de la revisión constitucional, por asumir que era más conveniente dejar la cuestión a la “práctica constitucional”. Y la doctrina mayoritaria niega esta posibilidad, mientras que algunos autores entienden que se trataría de una actuación ligada a la función de guardián de la Constitución que corresponde al Jefe del Estado, destinada a asegurar el equilibrio del Ordenamiento. Aunque de la letra de la Constitución no se extrae una prohibición al respecto, lo cierto es que una intervención así del Presidente de la República bien podría ser de dudosa conveniencia política, si bien tampoco se debe olvidar que no se trata de un veto definitivo. Más problemático sería el caso en el que el reenvío se solicitase cuando la reforma haya sido aprobada mediante referéndum (Groppi 2006, 2713). Se trata de un supuesto complicado de aceptar, en parte porque el acto objeto de devolución ya no es puramente parlamentario y en parte porque siempre se podría reivindicar la legitimación popular directa de su contenido frente a una potestad del Presidente que no deja de

tener algo de extraordinario. En cualquier caso, si las Cámaras aprobaran nuevamente el texto devuelto, entendiendo que para la revisión constitucional lo que se repetiría es sólo la segunda votación, la promulgación ya es obligatoria. Cuestión distinta es la complejidad de los escenarios que pueden surgir a partir de aquí, en particular cómo proceder respecto al referéndum si cambian las mayorías obtenidas en las votaciones antes y después de la devolución (de absoluta a 2/3 y viceversa).

V. EL REFERÉNDUM CONSTITUCIONAL

Conforme al art. 138 CI, la celebración del referéndum sobre la revisión constitucional ya aprobada en sede parlamentaria está sujeta a una doble condición. Por un lado, sólo podrá tener lugar si el texto no ha alcanzado la mayoría de 2/3 en ambas Cámaras en la segunda votación. Y por otro, debe ser requerido expresamente, en un plazo de 3 meses desde la publicación provisional de la reforma en la Gaceta Oficial, por la quinta parte de los miembros de la Cámara de Diputados o del Senado, 500.000 ciudadanos o 5 Consejos Regionales. En caso de no ser solicitado, una vez transcurrido el periodo estipulado la reforma se entenderá aprobada de manera definitiva y podrá ser promulgada sin mayor trámite. La naturaleza eventual de la única consulta popular que se prevé en la revisión constitucional se justificó en su momento sobre la premisa de que la decisión mayoritaria de un Parlamento con múltiples partidos elegido mediante un sistema proporcional reflejaría fielmente las preferencias de los electores, por lo que no sería necesaria su intervención directa en cada ocasión en la que se planteara una reforma (Volpi 2016, 19-20). Comparándolo con las constituciones coetáneas, es la misma solución que adoptó la Constitución francesa de 1946 en su art. 90, pero muy diferente a la del art. 79 de la Ley Fundamental de Bonn, donde no se contempla el referéndum en ningún caso.

La previsión de una intervención directa de la población *a posteriori* en el procedimiento normativo no es algo en sí mismo extraño en el sistema italiano, donde existe la figura del referéndum abrogatorio para normas en vigor (art. 75 CI). Más allá de las diferencias que este último presenta en cuanto a su puesta en práctica⁹, lo excepcional de la reforma constitucional es, por un lado, la ubicación de la consulta como colofón de la tramitación. Y, por otro,

⁹ El referéndum constitucional sólo puede ser solicitado por sujetos concretos, distintos de los que pueden pedir el abrogatorio, el objeto de la consulta es diferente (una ley vigente en el caso del referéndum abrogatorio, un proyecto de revisión de la constitución que aún no ha entrado en vigor en el caso del constitucional), y no está sujeto a un examen de admisibilidad por parte de la Corte Constitucional ni a un quórum de participación que determine su validez.

sus efectos. A diferencia del resto de procedimientos legislativos, se trata del único supuesto en el que, de requerirse su manifestación, la voluntad popular condiciona la aprobación de la norma. Pero también cabe la posibilidad de que una reforma constitucional sea aprobada legítimamente sin que el pueblo exprese directamente su parecer al respecto. Por esta razón, el referéndum constitucional se presenta como un mecanismo de tutela de las minorías que, formalmente, cumpliría una función de oposición frente a la mayoría parlamentaria, dando al cuerpo electoral la capacidad de contradecir a sus representantes (Romboli 2007, 96-97). Conforme a esta tesis que defiende la naturaleza “opositiva” del referéndum constitucional, éste serviría básicamente para impedir reformas en la Norma Fundamental en las que la ciudadanía y el Parlamento no coinciden en su voluntad (Giuffrè 2014, 183), por ser el resultado de mayorías que, aunque suficientes numéricamente, resultan escasas en términos políticos.

Esto es coherente con el hecho de entender la revisión constitucional como un acto perfeccionado en sede parlamentaria, frente a la que el pueblo actúa sólo como instancia de freno, conservación y garantía (Sentencia 496/2000, FJ 4.2, cit.) en la medida en que el art. 138 CI no le atribuye potestad decisoria directa ni autónoma al respecto. No obstante, el carácter vinculante del resultado y la propia práctica de los últimos años ha conducido a una relectura del referéndum constitucional en clave plebiscitaria, algo netamente inconveniente y peligroso pensando en la legitimidad que necesita el procedimiento de revisión. Se ha dado a entender que su activación resulta necesaria como forma de legitimar de manera expresa la decisión de las Cámaras, donde las propuestas de reforma han sido apoyadas por mayorías muy ajustadas (Pesole 2016, 153-154). Tampoco ayuda en este sentido el hecho de que las propias normas empleen el término “confirmativo” para calificarlo. Eso es lo que han hecho los Decretos del Presidente de la República que han convocado los referéndums constitucionales desde 2001, ya sea en el título de la norma (2001 y 2006) o en el propio cuerpo (2016 y 2020), algo que no sólo tiene difícil encaje con la normativa aplicable, sino que insinúa una función de este instrumento que no es la que generalmente se le atribuye por parte de la doctrina (Panizza 2020, 555-556).

En cualquier caso, quizá se esté confundiendo en última instancia la función de la consulta con el sentido del resultado. Porque lo que resulta indudable es que el referéndum constitucional actúa como garantía, como “cámara de compensación” entre el sentir popular y la decisión que adoptan los parlamentarios -o más bien los miembros de la mayoría- en ejercicio de su libertad de mandato. En consecuencia, este instituto cumpliría una función simplemente “neutral” (Bellodi 2015, 7). Y esto es especialmente relevante ante cambios que alteran elementos sustanciales de la Constitución, donde el consenso, si bien no aparece como jurídicamente exigible, si resulta deseable

considerando que la lógica que subyace en el procedimiento de reforma no es la mayoritaria (Campana 2006, 165). El mejor ejemplo de esto pueden ser las revisiones constitucionales fallidas de 2006 y 2016, donde el referéndum, y su resultado negativo en último término, bloqueó lo que habrían sido alteraciones sustanciales en la forma de gobierno del país. Todo con el agravante de que se trató de propuestas del Ejecutivo que fueron incapaces de lograr un mínimo apoyo por parte de la oposición (Bagni 2017, 104).

Respecto al desarrollo del referéndum constitucional, su disciplina no se articuló hasta la aprobación de la Ley n° 352 de 1970. Esto hizo imposible su convocatoria antes de ese año, por lo que las tres reformas constitucionales promulgadas antes de esa fecha, dos en 1963 y una en 1967, así como una buena cantidad de leyes constitucionales, tuvieron que aprobarse con mayoría de 2/3 en el Parlamento por pura necesidad práctica. El primer referéndum constitucional no se celebró hasta 2001, con resultado afirmativo. Desde entonces han tenido lugar otros tres: 2006 y 2016, rechazando ambos la propuesta de revisión, y 2020 aprobándola. Bajando ya a las reglas operativas (arts. 4 a 26 de la Ley), la petición por parte de los legitimados debe presentarse en todo caso ante la Secretaría de la Corte de Casación, donde se constituye una Oficina Central para el referéndum compuesta por los tres Presidentes de Sala más antiguos del Tribunal y los tres miembros más antiguos de cada Sala, encargada de los trámites de admisión. Este órgano central estará complementado por Oficinas provinciales, también de extracción judicial, responsables del recuento en cada circunscripción. A diferencia del referéndum abrogatorio, no existe un sistema de control previo de las peticiones que asegure la coherencia y racionalidad del procedimiento (Rivosecchi, 2017, 18). Esta tarea bien podría encomendarse a la Corte Constitucional como garante última no sólo de la idoneidad formal de la consulta, sino del respeto a los límites materiales de la propia revisión constitucional. Así se evitaría que fueran sometidas a referéndum alteraciones que vulneren los fundamentos del sistema o el principio democrático (Romoli 2007, 134). No obstante, también en este punto, parece que hay cierto interés en mantener a la Corte lo más alejada posible de las revisiones constitucionales.

Si se trata de una petición de origen popular, el procedimiento se inicia con una solicitud firmada por al menos 10 promotores. Después, comienza el periodo de recogida de firmas, autenticadas por un notario, Juez de Paz o Secretario judicial, debiendo presentarlas igualmente ante la Corte de Casación en el periodo de 3 meses estipulado. En cuanto a los Consejos Regionales, la solicitud debe ser inicialmente aprobada por mayoría simple por aquel que ejerza de promotor de la iniciativa, tras lo cual se comunicará al resto. Y si al menos cuatro más adoptan la misma decisión por idéntica mayoría, los delegados de todos ellos suscribirán la petición de referéndum que se

presentará ante la Corte junto con el acta de las respectivas votaciones y el nombramiento de los delegados.

Una vez verificado en el plazo de 30 días la adecuación formal de la propuesta y notificada la eventual existencia de defectos para su subsanación por parte de los promotores, la resolución de admisión del referéndum se comunica a los órganos centrales del Estado. Y se convocará formalmente, previa deliberación del Consejo de Ministros, en el plazo de 60 días mediante Decreto del Presidente de la República, para su celebración un domingo de los comprendidos entre el 50º y el 70º día posteriores al dictado del Decreto. Esta regla fue objeto de una adaptación excepcional, como consecuencia de la pandemia, en el referéndum correspondiente a la revisión constitucional de 2020, para el que puntualmente el Decreto-Ley nº 18 de 2020 amplió el plazo de convocatoria a 240 días contados desde la admisión de su solicitud (art. 81)¹⁰.

Más allá de esto, la Ley permite juntar en el mismo día dos referéndums de revisión constitucional o de aprobación de una ley constitucional siempre y cuando para ello no haya que retrasar la celebración del primero convocado más de 6 meses con relación al plazo normal, decisión que compete al Presidente de la República. No se prohíbe que el referéndum constitucional coincida con cualquier convocatoria electoral o consulta de otro tipo, pero indudablemente se trata de una circunstancia que puede influir de manera determinante tanto en la forma en la que se desarrolla la campaña (publicidad, objeto de los debates, atención de los medios...) como en el resultado final. Existe un considerable riesgo de condicionamiento por razones políticas accesorias que desvían la atención de un momento político relevante, razón por la que es conveniente evitarlo (Rossi 2021, 129-132). Incluso, cabría pensar en una reforma de la Ley para prohibir expresamente esta posibilidad como mejor opción.

A diferencia del referéndum abrogatorio, ni la Constitución ni la Ley exigen quorum alguno para considerar válida la celebración de la consulta constitucional. Esto es coherente con su naturaleza opositiva, ya que opera como un refuerzo de la rigidez de la norma (Romboli 2007, 109-111), evitando además así la instrumentalización de la abstención (Olivetti 2018, 46). La votación tendrá lugar por sufragio universal con voto libre, directo y secreto, tras la cual la Oficina Central realizará el cómputo global, resolverá las posibles

¹⁰ La petición de referéndum, promovida desde el Parlamento, fue aceptada por la Oficina Central el 23 de enero de 2020 fijándose su celebración inicialmente para el 29 de marzo. Sin embargo, la situación de emergencia sanitaria llevó primero a la revocación de la convocatoria por parte del Presidente de la República el día 5 de marzo y, posteriormente, a la aprobación del mencionado Decreto Ley el 17 de marzo. El referéndum se celebró finalmente los días 20 y 21 de septiembre.

reclamaciones y proclamará el resultado definitivo, que reviste carácter vinculante, sin que exista ningún mecanismo político para alterarlo o revocarlo. En caso de ser favorable, el Presidente de la República promulgará la reforma con expresa mención al respecto; de rechazarse la propuesta, el Ministro de Justicia ordenará la publicación del resultado en la Gaceta Oficial.

Pese a lo detallado de la regulación, no son pocas las cuestiones que quedan abiertas. En primer lugar, la aparente falta de efectos suspensivos o dilatorios de un resultado negativo del referéndum sobre las propuestas concretas de revisión constitucional sometidas al mismo. La norma no resuelve si el Parlamento puede retomar para su tramitación la misma iniciativa rechazada en referéndum antes del transcurso de 6 meses que establecen los arts. 72 RCD y 76 RS (Groppi 2006, 2715). Y si bien estos preceptos parecen de aplicación únicamente a iniciativas votadas en contra en las Cámaras, hay quien interpreta que deberían operar también en caso de manifestación en contra del cuerpo electoral. Por el contrario, otros autores entienden que la propuesta no puede ser considerada “rechazada” a estos efectos por ser el referéndum una condición para la eficacia de la reforma, pero no para su aprobación. De cualquier modo, el fracaso de éste abriría para el Parlamento la posibilidad de plantar una nueva iniciativa de revisión desde ese mismo momento y sobre la misma materia, cambiando únicamente la forma de articularla. Porque el referéndum constitucional no está sujeto a la prohibición de presentar en 5 años una nueva consulta sobre el mismo objeto que sí se prevé para el abrogatorio (Giuffrè 1997, 51).

Quizá la cuestión más delicada sea la configuración de la pregunta, respecto de la que el art. 16 de la Ley nº 352 de 1970 plantea dos opciones diferenciadas en función de que el referéndum verse sobre una “ley de revisión constitucional” o de una “ley constitucional”. En el primer caso, se deben enumerar los artículos de la Constitución objeto de reforma, pero también describir de manera somera su contenido, mientras que en el segundo la pregunta se limitará a identificar la Ley y su objeto (Carnevale 2016, p. 100). Esta regla, aparentemente simple, resulta problemática no sólo en lo que respecta a la forma de redactar la pregunta en el primer caso, que se puede formular de modo tan complejo que llegue a generar confusión en el electorado. También en el momento en el que la norma aprobada por el Parlamento contiene conjunta e inseparablemente cambios en el articulado de la Constitución y disposiciones con rango de ley constitucional que no se integran en ella, porque entonces no está claro cómo debe ser pregunta si se somete a referéndum (Piccirilli 2016, 4 y s.). Ésta no es una cuestión intrascendente, ya que la falta de precisiones en este sentido puede facilitar la manipulación del resultado.

En cualquier caso, la pregunta del referéndum debe plantearse de modo que los ciudadanos respondan afirmativa o negativamente, sin que la Ley permita otras alternativas u opciones. La doctrina se inclina por entender que

la consulta debe contener una única pregunta sobre el conjunto de la revisión entendida como una unidad, con independencia de su alcance o complejidad, sin que sea posible someter al parecer del cuerpo electoral sólo una parte o únicamente disposiciones concretas. Lo contrario otorgaría a éste la posibilidad de aprobar una reforma diferente de la votada en el Parlamento, lo que en último término alteraría la primacía axiológica que el procedimiento de revisión le reconoce tal y como está regulado (Di Folco 2021, 98). Más aún si la participación es pequeña y sólo se aprueban algunos de los cambios planteados, con lo que no se aseguraría el mínimo de coherencia interna, armonía y previsibilidad que exige la revisión constitucional (Fontana 2016, 23). Porque una cosa es que una minoría de la población impida la consumación de una modificación en la Constitución, que es lo que faculta el art. 138 CI, y otra muy distinta que esa misma minoría decida qué modificación se operará, además sin desarrollar una deliberación que garantice la lógica interna de los cambios. De este modo el veto popular, de producirse, tiene que afectar necesariamente al acto normativo en bloque (Panunzio, 2001, 161). Este factor juega a favor de la realización de reformas constitucionales puntuales antes que extensas o muy diversas, considerando además que la pregunta objeto de votación debe ser clara y lo más simple posible, ya que a mayor generalidad o inconcreción se acentúa el carácter plebiscitario, y por tanto no racional-democrático, de la consulta (Romboli 2007, 103).

VI. LOS LÍMITES MATERIALES EXPLÍCITOS E IMPLÍCITOS

1. *La cláusula de intangibilidad del art. 139 CI*

El único límite explícito que menciona la Constitución italiana con relación a su posible revisión se encuentra en su último artículo, que de manera muy somera establece que la forma republicana “no puede ser objeto de revisión constitucional”. Se trata de una cláusula de blindaje, en su literalidad dirigida a preservar el modelo que se adopta para la Jefatura del Estado, que resulta típica en aquellos textos del constitucionalismo de posguerra que instituyen un sistema republicano. Es lo que aparece en el art. 79.3 (en referencia al art. 20) de la Ley Fundamental de Bonn; o lo que se podía encontrar, con una redacción prácticamente idéntica, en el art. 95 de la Constitución francesa de 1946 (“La forma republicana de gobierno no puede ser objeto de una proposición de revisión”), que la de 1958 reproduce de modo muy similar en el último párrafo de su art. 89 (“No podrá la forma republicana de gobierno ser objeto de reforma”). También los textos constitucionales europeos de los años 70 que instauran repúblicas, como el griego (art. 110.1) o el portugués (art. 288.b), incorporan cláusulas de intangibilidad en este sentido, protegiendo de manera absoluta la opción del constituyente.

En el caso italiano, el art. 139 no deja de ser la traslación a la Constitución del resultado del referéndum celebrado junto a las elecciones a la Asamblea Constituyente, el 2 de junio de 1946, cuyo resultado a favor de la opción republicana condicionó las opciones de aquella en cuanto a sus posibilidades de actuación. Así, de inicio, se estableció un límite expreso que, como oposición directa con el sistema político precedente, impide el restablecimiento tanto de la monarquía como del régimen fascista. Se asegura de este modo la pervivencia de la decisión popular adoptada en el referéndum (Apostoli 2018, 6) y que no se atribuirá poder decisorio alguno a órganos no electos (Pace 2002, 236).

La cuestión entonces es determinar si ese núcleo se restringe al hecho de vetar una jefatura del Estado de carácter hereditario o si tiene un alcance mayor, que abarque la protección de los preceptos que contienen los elementos definitorios del sistema democrático. Inicialmente, buena parte de la doctrina se posicionó a favor de interpretar la cláusula de intangibilidad de modo restringido, asimilándola al concepto formal de república, sin atender a su legitimación constitucional. Con ello, se llegaba a admitir que el art. 139 CI pudiera ser objeto de un referéndum abrogatorio en algún momento futuro que, en caso de tener éxito y legitimado en su naturaleza de consulta popular, permitiera a continuación la recuperación de la monarquía por la vía del art. 138 CI (Gambino 2010, 61-62). Sin embargo, la Corte Constitucional adoptó la segunda postura, siguiendo un criterio de interpretación sistemático que pone en relación la forma republicana con los valores esenciales del Ordenamiento democrático. Así, ha entendido que el objeto de protección es la “república democrática” con todo lo que eso implica con relación al modelo político y social (De Vergottini 2004, 175). Por ello, frente al sistema político inmediatamente anterior, y como forma de expresar la ruptura con él, en Italia la forma republicana se erige en último término como sinónimo de democracia.

En su Sentencia 1146/1998, de 15 de diciembre, la Corte dictaminó que la Constitución italiana contiene “algunos principios supremos que no pueden ser subvertidos o modificados en cuanto a su contenido esencial ni siquiera mediante leyes de revisión constitucional u otras leyes constitucionales”, como son la forma republicana y “los principios que, a pesar de no estar expresamente mencionados entre aquellos no sometidos al procedimiento de revisión constitucional, forman parte de la esencia de los valores supremos sobre los que se fundamenta la Constitución italiana”. Con esto, la Corte no hacía sino asumir la idea de Mortati (1972, 14-17 y 30) de la existencia de un núcleo esencial del texto constitucional, y por tanto del sistema político. Un núcleo ligado a la forma republicana de modo inescindible y que constituiría un límite implícito a su modificación, ya que alterarlo supondría ir más allá de lo que se entiende por revisión constitucional. Incluso siguiendo

el procedimiento establecido, puesto que daría origen a un régimen político distinto, cosa que sólo puede ser el resultado de un proceso revolucionario.

Se entiende por tanto que existen unos principios supremos del Ordenamiento que se sitúan por encima del resto de normas o leyes de rango constitucional, lo que en última instancia permite a la Corte emplearlos como parámetro para enjuiciar la validez de estas últimas (FJ 2.1). Precizando esta afirmación para el caso específico del derecho a la comunicación libre y secreta, la Sentencia 366/1991, de 11 de julio, señaló que su contenido esencial “no puede ser objeto de revisión constitucional, en cuanto incorpora un valor de la personalidad” de carácter básico en el sistema democrático establecido por el constituyente (FJ 3º). A partir de aquí, se puede deducir que, en términos generales, el contenido esencial de los derechos recogidos en la Constitución resulta indisponible para el poder de revisión a partir de la proclamación de su inviolabilidad y su garantía en el art. 2 CI. El resto de los “principios supremos” no han sido sistematizados por la Corte, lo cual no obsta para que se puedan encontrar menciones dispersas que ayudan a identificar algunos. Tal sería el caso de la unidad del Estado (Sentencia 118/2015, de 29 de abril, FJ 7.2), o de la “tutela de la vida y de la libertad personal” y la “salvaguarda de la integridad constitucional de las instituciones de la República” (Sentencia 1/2013, de 4 de diciembre de 2012, FJ 16). También han encontrado respaldo jurisprudencial como principios supremos la soberanía popular, la unidad de la jurisdicción constitucional, la tutela judicial efectiva, o la autonomía e independencia de la magistratura (Gallo, 2013, 468-469).

Si se asume que se trata de aquellos valores en los que se reconoce la comunidad y que dan la medida de la legitimidad del Ordenamiento, y por tanto conforman el parámetro para valorar cuándo la evolución del sistema constitucional se articula de manera “legal” (Giuffrè 2014, 199-200), se podrían considerar también como tales la soberanía popular (con todo lo que supone en cuanto al ejercicio de los instrumentos democráticos) y el fundamento en el trabajo del art. 1 CI, la igualdad formal y sustancial del art. 3 CI... E incluso hay quien incluye ciertas reglas básicas para asegurar la “democracia económica” ligadas al modelo de Estado social (Apostoli 2018, 20 y s.). O la relación concordataria en los términos del art. 7 CI de manera simultánea al principio de laicidad estatal (Gambino 2010, 80). En todo caso, éste no es tema en absoluto pacífico entre la doctrina, más aún si se piensa que la propia Corte Constitucional ha venido a reconocer de alguna manera que esos principios supremos no son individualizables de manera absoluta y permanente y están sujetos también a eventuales ponderaciones (Faraguna 2013, 171). Con esto la Corte se atribuye a sí misma, en último término, un poder de control sobre la revisión constitucional dirigido a su contenido que vendría a compensar su imposible intervención sobre los aspectos formales de la misma.

En todo caso, este planteamiento tiene otras consecuencias. Asumir que el art. 139 CI impide cambios constitucionales que alteren los fundamentos de la “república democrática” lleva a preguntarse si la Disposición Final XII de la Constitución, que prohíbe la reorganización del partido fascista bajo cualquier forma, estaría incluida bajo su cobertura. Esta norma fue concebida como el fundamento “espiritual, histórico y jurídico” de la República, explicitando un rechazo al pasado reciente del país (Maestri 2019, 25). Con ello se dejaba claro que la Constitución italiana nacía como exclusión expresa de una determinada ideología y, por tanto, no neutral. Eso no impidió que fuera objeto de una propuesta de supresión a principios de los años 90, que no llegó siquiera a debatirse, ni que se haya defendido doctrinalmente la posibilidad de eliminarla. A pesar de ello, lo cierto es que se puede entender que su contenido, si bien introduce un límite ideológico-programático al principio democrático, no sólo no se opone a las características fundamentales del Ordenamiento constitucional, sino que los confirma como oposición explícita al fascista, razón por la que debería considerarse inderogable (Pezzini 2011, 1386-1387). Esta conclusión resulta plenamente coherente con el razonamiento de la Corte Constitucional, de modo que se podría entender razonablemente que se trata de una prescripción inderogable en su literalidad. Cuestión distinta es el alcance que se le quiera atribuir mediante su interpretación o desarrollo normativo.

La misma duda podría haberse planteado respecto de la Disposición Final XIII si no fuera porque sus dos primeros párrafos ya fueron dejados sin efecto, que no derogados, con la Ley Constitucional 1/2002. En ellos se prohibía a los miembros de la Casa de Saboya ser electores o ejercer cargos públicos o representativos, y al exrey, su consorte y sus descendientes varones entrar y permanecer en el territorio nacional. La técnica empleada para dicha operación jurídica resulta ciertamente cuestionable, ya que el texto de la cláusula no se ha eliminado de la Constitución, lo que constituye un caso de intervención sobre la Constitución que incide de un modo “indirecto” sobre su contenido. Como tal, no cumple con el grado de certeza exigible a una operación jurídica de esta naturaleza (Iadecicco 2018, 22). Pero es que además puede constituir una forma fraudulenta de soslayar la hipotética naturaleza inalterable del precepto, reduciéndola a un simple formalismo consistente en mantener su redacción privada de eficacia. Algo formalmente similar sucede con el art. 5 de la Ley Constitucional nº 1, de 20 de abril de 2012, que establece el ámbito de aplicación de la Ley de Presupuestos recogida en el art. 81 CI sin incorporarse a la Constitución. También se trata de una operación jurídica que constituye algo más que un desarrollo del precepto ubicado fuera de su texto que, además, puede tener consecuencias para la puesta en práctica del principio de Estado social, por lo que no se encuentra tan alejada del ámbito del art. 139 CI como pudiera parecer. Esta clase de alteraciones que se han producido en la Constitución italiana resultan ciertamente problemáticas.

2. *La admisibilidad de la revisión total de la Constitución*

Otra cuestión abierta en el debate sobre la rigidez de la Constitución italiana es el posible alcance horizontal del poder de revisión, en el sentido de poder operar o no una reforma integral de la misma. Por una parte, está conectada con el problema de la necesaria homogeneidad que se reclama a las Leyes Constitucionales. Y, por otra, a las dudas que plantea el término “revisión” empleado por el constituyente para caracterizar esta garantía específica. En principio, aplicando una interpretación gramatical, su sentido quedaría circunscrito a la realización de modificaciones puntuales, mientras que hablar de “reforma” -término que la Constitución no emplea- implicaría acometer cambios orgánicos de gran calado en el texto.

Esta controversia terminológica ha dado lugar a dos corrientes interpretativas. Muy brevemente, por una parte, la que considera que la ausencia de prohibición expresa sobre las revisiones amplias o totales equivale a su admisibilidad. Entonces, la cuestión quedaría circunscrita a un problema de límites materiales antes que de requisitos formales (Panunzio 2001, 128), es decir, los fijados en el art. 139 CI, donde no se hace referencia a la extensión de la eventual modificación. En este punto, también se ha distinguido entre revisiones globales, las que afectan a varios preceptos simultáneamente, de aquellas “integrales” que implican modificar los elementos básicos del sistema y, en consecuencia, serían en todo caso inadmisibles (Groppi 2006, 2719), puesto que operaría la cláusula de intangibilidad tal y como ha sido interpretada por la Corte Constitucional. En sentido contrario, estaría la tesis que concluye que no es posible la realización de revisiones generales de la Constitución a través de un único acto normativo porque serían, en sí mismas heterogéneas en cuanto a su contenido. En última instancia, esto se fundamenta en la idea de que el cambio en los preceptos constitucionales, como ejercicio del poder constituido, no tiene más materialización posible que una adaptación de estos, sin llegar a conformar la creación de un Ordenamiento que se pueda considerar completamente nuevo (Campana 2006, 167). Menos aún si tal cosa no está explicitada en el texto (Pace 2016, 4-5).

La idea del carácter necesariamente puntual y homogéneo de los cambios en la Constitución se ha ligado doctrinalmente al requisito de homogeneidad de las Leyes Constitucionales. Éste deriva de la jurisprudencia constitucional sobre el alcance del referéndum abrogatorio (Di Folco 2021, 96), conectado con la obligación de concreción a la que está sometida la pregunta del referéndum constitucional en caso de que éste llegue a convocarse. Sólo así, se aduce, se aseguraría la expresión libre y consciente del electorado, además de conservar la integridad de la decisión de las Cámaras (Fontana 2016, 21-24) que, no hay que olvidarlo, son las titulares del poder de reforma. No obstante, esto no deja de ser una cierta inversión argumentativa. Es el resultado de

aplicar a un instrumento los requisitos prescritos para otro que, aunque similar, obedece a una lógica diferente. Quizá sería más conveniente focalizar el problema en la necesidad de dotar de claridad suficiente al contenido de las propuestas de revisión, condicionando en estos términos el procedimiento con independencia de su alcance horizontal (Pesole 2016, 144-145). Además, desde un punto de vista práctico, la opción de no admitir la posibilidad de realizar reformas de cierta amplitud puede desembocar en lecturas negativas de la Constitución que, en último término, traten de legitimar procesos de reforma al margen de sus pautas o incluso la apertura de procesos constituyentes (Fontana 2016, 24), como de hecho ya ha sucedido.

3. *La alteración del procedimiento de revisión*

El último problema relacionado con los límites materiales a la revisión de la Constitución italiana es la cuestión de la eventual reforma de los arts. 138 y 139. O, incluso, de su posible derogación tácita o suspensión mediante fórmulas que, bajo la excusa de la excepcionalidad y la inoperatividad, han pretendido instaurar procedimientos alternativos ajenos a sus formalidades. El recurso a esta clase de soluciones empezó a tomar cuerpo a partir de 1991, como consecuencia de un mensaje institucional del Presidente de la República. En él, tras destacar la urgencia de realizar ciertas reformas institucionales por el amplio consenso popular que suscitaban, se planteó la opción de atribuir a las Cámaras poderes constituyentes mediante una Ley Constitucional o, incluso, de proceder a la elección de una nueva Asamblea constituyente (Giuffrè 2014, 193). De esta manera se asumió políticamente la posibilidad de eludir las reglas constitucionales sobre la revisión, por entenderlas inadecuadas, al tiempo que se intentaba dotar de respaldo normativo a la actuación de los poderes públicos. Siempre con la razón de fondo de las supuestas demandas populares. La herramienta empleada para ello fueron leyes constitucionales que añadían a la Constitución previsiones que, atribuyéndoles su mismo rango, no se incorporaban a su articulado, sino que lo dejaban sin efecto bajo ciertas condiciones.

Así, las Leyes Constitucionales 1/1993, de 6 de agosto, y 1/1997, de 24 de enero, crearon sendas comisiones parlamentarias a las que se encomendaba elaborar proyectos de revisión constitucional que serían tramitados mediante fórmulas *ad hoc* reguladas en la propia norma. Se buscaba de este modo una alternativa procedimental a las reglas previstas en el art. 138 CI por entenderlas excesivamente rígidas, aunque en ambos casos se declarase, explícita o implícitamente, el respeto a los límites materiales a la revisión constitucional (Grosso y Marcenò 2006, 2746).

La primera de estas Leyes instauró una comisión para las “reformas institucionales” con competencia para elaborar un “proyecto orgánico” de

revisión de la Parte II de la Constitución (a excepción de los preceptos sobre la revisión), así como proyectos de ley sobre la elección de las Cámaras y los Consejos de las Regiones de estatuto ordinario. Estas iniciativas seguirían su tramitación parlamentaria conforme a las especialidades previstas en la propia Ley Constitucional, para concluir con un referéndum como paso final obligatorio. Por su parte, la Ley de 1997 instituía una comisión para las “reformas constitucionales” de composición paritaria de diputados y senadores, respetando la proporción existente entre Grupos parlamentarios. Su misión era elaborar antes del 30 de junio del mismo año uno o varios proyectos de revisión constitucional sobre la forma de Estado, la forma de gobierno y el bicameralismo y el sistema de garantías.

En este segundo caso, las iniciativas debían aprobarse conforme a los pasos previstos en los arts. 3 y 4 de la Ley donde, además de limitar la posibilidad de enmienda, sólo se contemplaba la opción de la mayoría absoluta en la segunda deliberación parlamentaria. Adicionalmente, la iniciativa debía aprobarse artículo por artículo y mediante una votación única sobre el conjunto de todos los proyectos presentados, que no podrían ser sometidos a consideración individual. Al no preverse la posibilidad de aprobación por mayoría de 2/3, la reforma debía necesariamente ser votada en referéndum también. Pero a diferencia de lo establecido por la regulación ordinaria, se exigía para la validez de la consulta la participación de la mayoría de los electores, lo que la transformaba, al igual que en la Ley de 1993, en un acto confirmativo de la decisión parlamentaria (De Martino 2018, 28). Todas estas anomalías procedimentales tenían como finalidad exclusivamente acelerar y simplificar el proceso de revisión constitucional, para lo que se dotaba a un órgano creado al efecto de poderes que trascendían los de cualquier comisión parlamentaria. Pero no mediante la alteración de la redacción del art. 138 CI, sino empleando de manera subrepticia el instrumento de la ley constitucional para incorporar reglas extraconstitucionales, teóricamente provisionales y extraordinarias, con el fin de reescribir la parte orgánica de la Constitución (Bellodi 2015, 12-13).

Y si bien en ninguno de los dos casos las comisiones instituidas llegaron a realizar propuesta alguna, esto fue consecuencia de la disolución anticipada de las Cámaras en 1994 y de la ruptura del pacto político que las sustentaba en 1997. Lo mismo sucedió con el último intento de modificar el procedimiento de reforma constitucional a través de una vía alternativa, planteado en 2013 (Proyecto de Ley Constitucional A.S. n° 813 de 2013), que no llegó a aprobarse. En él, nuevamente se recurría al instrumento de la comisión paritaria bicameral para preparar una propuesta de reforma constitucional sobre cuatro grandes cuestiones (forma de gobierno, legislación electoral, autonomía territorial y sistema bicameral). Esta comisión debía reemplazar a las comisiones permanentes de ambas Cámaras en cuanto a la elaboración del

texto, cuya aprobación final estaba prevista en un plazo máximo de 18 meses desde la eventual entrada en vigor de la ley constitucional. Las mayores desviaciones respecto del procedimiento del art. 138 CI se encontraban en la reducción del plazo mínimo entre deliberaciones parlamentarias a 45 días y en la posibilidad de someter a referéndum, confirmativo en este caso, la revisión constitucional aprobada por las Cámaras aunque hubiera alcanzado la mayoría de 2/3 en ambas.

En todos estos casos, estamos ante tentativas de reforma claramente asimilables a la ruptura constitucional, que parten de una visión crítica del art. 138 CI que obvia su función de garantía en nombre de una supuesta eficiencia o de criterios de oportunidad. Así, su legitimidad resulta muy dudosa por múltiples razones: instauran procedimientos excesivamente rápidos que no respetan las garantías necesarias para lograr la adecuada ponderación de intereses; sustraen el debate a la opinión pública, cuya participación adquiere un carácter meramente plebiscitario; implican una suspensión de la vigencia de aquellos preceptos constitucionales que sirven para asegurar también la rigidez de la parte dogmática de la Constitución; y, finalmente, estaban pensadas para operar reformas de gran alcance cuyo contenido rompía con la continuidad del Ordenamiento constitucional, que es precisamente lo que pretende proteger el procedimiento reglado de revisión (De Martino 2018, 31-35). Todo ello por no decir que incumplían la máxima de que una Constitución sólo puede ser modificada por el modo establecido por ella misma, nunca por una fuente diferente. Ni siquiera si se entiende que las leyes constitucionales son equiparables en rango a la propia Constitución, cosa discutible por otro lado. Porque en todo caso se trataría de una “desconstitucionalización” del procedimiento de reforma, una ignorancia de las formas que tiene como consecuencia el dictado de un acto que no es reconocible como legítimo para alterar la redacción de la Constitución (Mortati 1972, 18-19).

La cuestión entonces es si cabría la opción de modificar los arts. 138 y 139 CI, y en qué términos. A este respecto, se ha llegado a plantear, de manera minoritaria y desde un planteamiento formalista, que el primero debería considerarse inmodificable por constituir una “súper-norma”, jerárquicamente superior al resto por ser una fuente que articula la producción de normas de rango constitucional (Grosso y Marcenò 2006, 2743-2744). Sin embargo, la mayor parte de la doctrina italiana, si bien acepta la posibilidad de alterar la redacción del art. 138 CI, se muestra dividida en cuanto a la existencia de eventuales límites a tal actuación. Por una parte, se ha puesto de manifiesto que, si bien esto resulta posible, la función instrumental que el procedimiento de revisión cumple con relación al mantenimiento de la rigidez constitucional hace que no se pueda alterar de modo que resulte afectado de manera negativa. Esto es, no sería admisible una modificación del procedimiento de reforma que lo facilitara en exceso. Pero por otro lado, un

endurecimiento excesivo de sus requisitos podría ir en contra del principio de soberanía popular (Pace 2013, 3). En segundo término, se ha sostenido que existiría una barrera material a la reforma del procedimiento de revisión, conformada por sus elementos esenciales. Estos serían los que aseguran su función; esto es, el carácter parlamentario y la protección de las minorías a través de la exigencia de la mayoría reforzada de 2/3 o la posibilidad del referéndum opositivo (Panunzio 2001, 113-118). Pero la realidad es que también se podrían incluir aquí otros de sus rasgos básicos, como son la publicidad, la transparencia o la discusión efectiva de las propuestas (Gallo 2013, 472). E incluso la idea de que una modificación del art. 71 CI no podría reducir en ningún caso la actual titularidad de la potestad de iniciativa legislativa, ya que eso supondría mermar también la de revisión constitucional (Piccirilli 2018, 6).

VII. REFLEXIONES FINALES

El análisis realizado permite ver que las pautas que articulan la revisión constitucional en Italia encierran, tras su aparente brevedad y sencillez, una complejidad considerable. Son muchas las cuestiones que se han demostrado interpretables tras tantos años de aplicación práctica y, especialmente, debates doctrinales. Porque el considerable interés que esta cuestión ha motivado entre los autores italianos está lejos de, por ejemplo, el que ha suscitado el procedimiento de revisión de la Constitución española. Seguramente, y entre otras razones, como consecuencia del mayor tiempo de vigencia del Texto italiano y una cierta práctica de la reforma constitucional que aquí no se ha desarrollado. No obstante, se trata de una cuestión interesante en la medida en que esos debates son la traslación a la realidad del Ordenamiento de diversas concepciones del significado o el alcance de la revisión constitucional y, en último término, de las capacidades del poder constituido.

Ahora bien, el problema de la reforma constitucional en Italia presenta una peculiaridad que aquí apenas se ha manifestado: la permanente crítica desde las tribunas políticas hacia el bloqueo formal que sufre el Texto e impide la necesaria adaptación del sistema a una realidad que ya no es la de la posguerra. Aunque se trata de un cuestionamiento que realmente no denuncia la inadecuación del procedimiento respecto de sus fines, sino su inoperatividad en el actual contexto partidista e ideológico, que parece haber acentuado ciertas disfuncionalidades del modelo político italiano.

Es cierto que el art. 138 CI resulta poco preciso en algunos aspectos importantes. Es excesivamente breve y deja mucho margen a la legislación y a los reglamentos parlamentarios para la concreción de elementos determinantes en el proceso de aprobación de las iniciativas de revisión constitucional. Como puede ser la forma de articular la doble deliberación por ambas Cámaras del

Parlamento, que si bien es consecuente con la lógica del bicameralismo perfecto, se plantea de un modo excesivamente ambiguo y no permite un diálogo constructivo entre ambas. Del mismo modo, es llamativo que en la práctica, el trámite en el que se define realmente el contenido de la revisión -la primera deliberación cada Cámara- y el momento parlamentario que materializa la aprobación reforzada que exige una decisión así -la votación tras la segunda deliberación- estén tan separados en el tiempo. Y casi se podría decir que desconectados. Otra cuestión que quizá merecería un retoque es el desarrollo legislativo del referéndum constitucional. Se echa en falta algún tipo de cautela para evitar una utilización plebiscitaria o manipulativa del mismo. Más aún cuando tal cosa ya se ha intentado con las propuestas de revisión constitucional planteadas en los últimos años al margen de las reglas establecidas.

Adicionalmente, la cláusula de intangibilidad del art. 139 CI, tal y como ha sido interpretada por la Corte Constitucional, responde a las exigencias de protección propias de un sistema democrático. Se puede decir que la Corte ha empleado un método casi pretoriano para determinar cuáles son esos principios básicos que no puede ser modificados, y con ello se ha atribuido a sí misma una capacidad considerable para definir el posible alcance material de las reformas constitucionales. Pero también es cierto que la lectura de la forma republicana en clave de “república democrática” resulta esencial en la medida en Italia no responde a los rasgos de un modelo de democracia militante, sino que fía la protección del sistema al puro equilibrio entre los partidos que operan en su seno. Cuando estos eran los mismos que redactaron la Constitución, el grado necesario de lealtad institucional para evitar la quiebra constitucional y asegurar la pervivencia del modelo estaba garantizado. Todos ellos eran copartícipes del acuerdo que lo sustentaba, aunque pudieran existir ciertos matices. Sin embargo, esos partidos han desaparecido -en especial el que actuaba como “pivote” del sistema- y han sido sustituidos por otros que no parecen compartir la misma dimensión dialógica de la política. Por eso no dudan en recurrir a instrumentos plebiscitarios con el fin de hacer valer sus iniciativas, lo que ahonda en la crisis del sistema. En tales circunstancias, contar con una definición explícita y garantista del núcleo inmodificable de la Constitución se transforma en una necesidad.

Así, antes que la rigidez que imponen los requisitos del procedimiento para su revisión, el problema detrás de la imposible adaptación de la Constitución italiana reside en buena medida en el cambio en el sistema de partidos. Porque éste ha venido acompañado de una alteración de lógica política que articula el sistema, que alcanza también la forma de entender la revisión constitucional por parte de los actores que deben articularla. Se ha reforzado la confrontación entre mayorías y minorías en un sistema político que no está diseñado en términos generales para algo así. Prueba de ello es cómo en los últimos años se ha aceptado con una normalidad preocupante el recurso a

subterfugios procedimentales para intentar cambios en la Constitución que sólo respondían a intereses coyunturales de la mayoría de gobierno. Unas fórmulas que, en nombre de la eficiencia, buscaban imponer una visión sesgada por encima de la protección del sistema, en un acercamiento sin tapujos a la quiebra constitucional.

Por esta razón, Italia es un ejemplo claro del peligro que corre un sistema político cuando algo tan poco jurídico como la lealtad institucional se diluye. Un buen espejo en el que mirarse para evitar incurrir en los mismos errores. Y precisamente por esto, la práctica ha demostrado que las reglas del art. 138 CI cumplen adecuadamente su función. En los últimos años ha quedado claro que se trata de un procedimiento incómodo para las mayorías de gobierno, que es justo lo que debe ser como sistema de garantía de la Constitución frente a cambios que no gozan del suficiente respaldo. Además, es difícil defender que existe un bloqueo insalvable en este sentido cuando desde el año 2000 se han aprobado nueve reformas en la Constitución italiana; alguna además de cierto calado, como la de 2001, que modificó varios aspectos importantes del Título V de su Segunda Parte. Esto demuestra que la revisión constitucional es viable con normalidad cuando hay acuerdo suficiente. Por el contrario, las reglas vigentes impiden cambios profundos que no están respaldados por el necesario consenso al estar excesivamente escorados hacia una determinada opción política o no haberse querido negociar.

De todo esto se puede concluir que el procedimiento de revisión de la Constitución italiana, en su conjunto, es adecuado porque asegura un grado de rigidez suficiente, especialmente para un sistema político con tendencia a la fragmentación. Y lo hace gracias a las mayorías exigidas y al empleo de la consulta popular como contrapeso frente a intentos de reforma que no alcanzan ni siquiera un acuerdo de mínimos, como la propia experiencia se ha encargado de demostrar.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- APOSTOLI, A. (2018). “L’art. 139 e il nucleo essenziale dei principi supremi e dei diritti inviolabili”. *Rivista del Gruppo di Pisa*, nº 2018/03, 1-33.
- BAGNI, S. (2017). “Riforme costituzionali e super-maggioranze parlamentari: per un aggravamento variabile del procedimento di revisione”. En Butturini, D. y Nicolini, M. (Eds.), *Giurisdizione costituzionale e potere democraticamente legittimato. Vol I. I soggetti, gli strumenti e i meccanismi del dialogo*. Bologna: Bononia University Press, 2017, 87-116.
- BELLODI, L. (2015). “L’ammissibilità di deroghe alla procedura di revisione costituzionale ex art. 138 Costituzione”, *Amministrazione in Cammino*, 1-26.
- CAMPANA, M. (2006). “Revisione costituzionale e referendum: limite e procedure”. En Pezzini, B. y Troilo, S. (Eds.), *La Costituzione riscritta. Ombre e luci nella revisione del 2005*. Milán: Giuffrè, 159-176.

- CARNEVALE, P. (2016). “L’Ufficio centrale della Cassazione dichiara legittime le richieste di referéndum costituzionale: non c’è due senza tre”, *Costituzionalismo*, it, n° 1/2016 (Commenti - Parte III), 99-107.
- CATELANI, E. (2020). “Una riforma costituzionale puntuale che ha effetti ulteriori all’mera riduzione del numero dei Parlamentari?”, *Forum di Quaderni Costituzionali Rassegna*, n° 3/2020, 286-316.
- CERVATI, A.A. (2001). “La revisione costituzionale ed il ricorso a procedure straordinarie di riforma delle istituzioni”. En *Studi sulla riforma costituzionale. Itinerari e temi per l’innovazione costituzionale in Italia*. Turin: Giappichelli, 1-72.
- CONTE, F. (2015). “La Corte costituzionale sui referendum per l’autonomia e l’indipendenza del Veneto. Non c’è due senza tre. Anche se...”, *Quaderni costituzionali*, n° 3/2015, 759-761.
- DE MARTINO, F.R. (2017). “La crisi del ruolo parlamentare nella revisione costituzionale”, *Rivista AIC*, n° 3/2017, 1-21.
- DE MARTINO, F. R. (2018). “La revisione della revisione. Modificabilità e derogabilità dell’articolo 138”, *Rivista del Gruppo di Pisa*, n° 2018/03, 1-33.
- DELLA MORTE, M. (2012). *Rappresentanza vs. partecipazione? L’equilibrio costituzionale e la sua crisi*. Milán: FrancoAngeli.
- DE VERGOTTINI, G. (2004). *Diritto Costituzionale*, 4ª Ed. Padua: CEDAM
- DI FOLCO, M. (2021). “Le leggi di revisione costituzionale in Italia dal 1948 a oggi”, *Toruńskie Studia Polsko-Włoskie*, n° XVII, 87-104.
- DÍAZ REVORIO, F.J. (2018). *Fundamentos actuales para una teoría de la Constitución*. Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.
- FARAGUNA, P. (2013). “L’inattualità dell’attuazione della Costituzione”. En Cazzetta, G. y Brunelli, G. (Dirs.), *Dalla costituzione “inattuata” alla costituzione “inattuata”?*. Milán: Giuffrè, 161-172.
- FERRAIUOLO, G. (2015). “La Corte costituzionale in tema di referendum consultivi regionali e processo politico: una esile linea argomentativa per un esito (in parte) prevedibile”, *Federalismi.it*, n° 20/2015, 1-12.
- FONTANA G. (2016). “Il referendum costituzionale”. En Carnevale, P. (Ed.), *La Costituzione riscritta. Saggi sulla revisione costituzionale in itinere*. Roma: Roma-TrePress, 9-36.
- GALLO, F (2013). “La revisione costituzionale ed i suoi limiti”, *Ricerche Giuridiche*, vol. 2 - n° 2, 463-474.
- GAMBINO, S. (2010). “Sui limiti alla revisione della costituzione nell’ordinamento italiano”, *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, n° 8, 55-114.
- GARCÍA-ATANCE GARCÍA, M.V. (1992). “La reforma constitucional y las cláusulas de intangibilidad”, *Revista de Derecho Político*, n° 37, 319-330.
- GENINATTI SATÈ, L. (2018). *Il carattere non necessariamente oppositivo del referendum costituzionale*. Turín: Giappichelli.
- GIUFFRÈ, F. (1997). “A proposito dell’art.138: «Legalità» e «Legittimità». Misure dei processi di riforma”, 1989. *Rivista di Diritto Pubblico e Scienze Politiche*, n° 1/97, 39-76.
- GIUFFRÈ, F. (2014). “Il metodo delle riforme costituzionali: non è solo questione di forma”. En Giuffrè, F. y Nicotra, I. A. (Eds.), *L’eccezionale ‘bis’ del Presidente della Repubblica Napolitano*. Turín: Giappichelli, 169-214.

- GROPPI, T. (2006). “Commento all’Art. 138”. En Bifulco, R., Celotto, A. y Olivetti, M. (Eds.), *Commentario alla Costituzione. vol. 3: Articoli 101-139*. Turín: Utet Giuridica, 2701-2730.
- GROSSO, E. y MARCENÒ, V. (2006). Commento all’Art. 139”. En Bifulco, R., Celotto, A. y Olivetti, M. (Eds.), *Commentario alla Costituzione. vol. 3: Articoli 101-139*. Turín: Utet Giuridica, 2731-2747.
- HERMAN RODRIGUEZ, C. E. (2016). “Brevi note sull’iniziativa legislativa popolare. Sviluppi, arretramenti e delusioni costituzionali”. En Lucarelli, A. y Zammartino, F. (Eds.), *La Riforma costituzionale Renzi-Boschi. Quali scenari?*. Turín: Giappichelli, 88-96.
- IADICICCO, M.P. (2018). “Settant’anni di rigidità costituzionale. Il limite del testo fra modifiche tacite ed interpretazioni creative”. *Rivista del Gruppo di Pisa*, n° 2018/03, 1-49.
- MAESTRI, G. (2019). “Paura dei partiti antisistema e scelte sulla “protezione” della democrazia, tra Italia e Germania”, *Democrazia e Sicurezza - Democracy and Security Review*, n° 2, 3-111.
- MORTATI, C. (1972). “Concetto, limiti, procedimento della revisione costituzionale”. En *Scritti sulle fonti del Diritto e sull’interpretazione. Raccolta di scritti-II*, Milán: Giuffrè.
- OLIVETTI, M. (2018). “El eterno retorno de las reformas constitucionales en Italia y de su fracaso: ¿Una Constitución irreformable”. En Castellá Andreu, J.M. (Ed.), *Parlamento, ciudadanos y entes territoriales ante la reforma constitucional. ¿Quién y cómo participa?*. Valencia: Tirant lo Blanch, 39-79.
- PACE, A. (2002). *Potere costituente, rigidità costituzionale, autovincoli legislativi*, 2ª Ed. Padua: CEDAM.
- PACE, A. (2013). “Il metodo (sbagliato) della riforma. Note critiche al d.d.l. cost. n. 813 Sen”, *Costituzionalismo.it*, n° 1/2013, 1-10.
- PACE, A. (2016). “I limiti alla revisione nell’ordinamento italiano ed europeo”, *Nomos*, n° 1/2016, 1-6.
- PANIZZA, S. (2020). “Alcuni dubbi sulla qualificazione come “confirmativo” del referendum costituzionale di cui all’art. 138 Cost. ad opera dei relativi decreti di indizione del Presidente della Repubblica”, *Dirittifondamentali.it*, n° 1/2020, 553-560.
- PANUNZIO, S. P. (2001). “Le vie e le forme per l’innovazione costituzionale in Italia: procedura ordinaria di revisione, procedure speciali per le riforme costituzionali, percorsi alternativi”. En *Studi sulla riforma costituzionale. Itinerari e temi per l’innovazione costituzionale in Italia*. Turín: Giappichelli, 73-191.
- PASQUINO, G. (2020). “Los sistemas de partidos en Italia: una evolución inacabada”, *Revista de Estudios Políticos*, n° 189, 19-39.
- PESOLE, L. (2016). “Il procedimento di revisione costituzionale nei lavori dell’Assemblea Costituente”, *Costituzionalismo.it*, n° 2/2016 (Saggi e articoli - Parte II), 125-157.
- PEZZINI, B. (2011). “Attualità e attuazione della XII disposizione finale: la matrice antifascista della costituzione repubblicana”. En D’Amico, M. y Randazzo, B. (Dir.), *Alle frontiere del diritto costituzionale*. Milán: Giuffrè, 1379-1402.

- PICCIRILLI, G. (2016). “Il referendum costituzionale e il suo quesito. Proseguendo un dialogo con Paolo Carnevale”, *Osservatoriosullefonti.it*, nº 2/2016, 1-21.
- PICCIRILLI, G. (2018). “La fase parlamentare del procedimento di formazione della legge di revisione: questioni assodate e problemi aperti”, *Rivista del Gruppo di Pisa*, nº 2018/03, 1-30.
- PIZZORUSO, A. (1996). *La Costituzione. I valori da conservare, le regole da cambiare*. Turín: Einaudi.
- RIVOSECCHI, G. (2010). “Fattore tempo e garanzie procedurali nella fase parlamentare del procedimento di revisione costituzionale (a proposito della “soluzione Alfonso Tesaurò)””. *En Studi in onore di Vincenzo Atripaldi*, vol. II. Nápoles: Jovene Editore, 1221-1262.
- RIVOSECCHI, G. (2017). “La tutela del voto referendario. Note a margine del ricorso “Onida-Randazzo” al Tribunale civile di Milano”, *Osservatorio Costituzionale*, nº 1/2017, 1-22.
- RODEAN, N. (2014). *Iniziativa (legislativa) popolare. Profili di diritto costituzionale nel labirinto europeo*. Milán: FrancoAngeli.
- ROLLA, G. (1998). “La influencia de la Constitución española en el debate sobre la reforma de la Constitución italiana”. En *La Constitución española de 1978. 20 años de democracia*. Madrid: Congreso de los Diputados, CEPC, 455-469.
- ROMBOLI, R. (2007). “Il referéndum costituzionale nell’esperienza repubblicana e nelle prospettive di riforma dell’Art. 138 COST”. En Gambino, S. y D’Ignazio, G. (Eds.), *La revisione costituzionale e i suoi limiti. Fra teoria costituzionale, diritto interno, esperienze straniere*. Milán: Giuffrè, 93-136.
- ROSSI, E. (2021). “La reducción del número de parlamentarios en Italia”, *Revista de Derecho Político*, nº 112, 105-138.
- VOLPI, M. (2016). “Referendum e iniziativa popolare: quale riforma”, *Costituzionalismo.it*, nº 2/2016 (Saggi e articoli - Parte I), 1-33.

LOS PRINCIPIOS DE BUEN GOBIERNO DE LA NUEVA LEY VALENCIANA 1/2022

The Principles of Good Governance of the new Valencian Law 1/2022

Jaime Clemente Martínez
Profesor de Derecho Constitucional
Universitat Jaume I de Castellón

<https://doi.org/10.18543/ed.2648>

Recibido: 01.09.2022

Aceptado: 13.12.2022

Publicado en línea: diciembre 2022

Resumen

La regulación del buen gobierno supone una nueva exigencia de cara a las administraciones para conseguir una mejor protección del interés general constitucionalmente protegido. En el caso de la Comunidad Valenciana, la nueva Ley 1/2022, de 13 de abril, apuesta por dicho buen gobierno, y lo hace principalmente mediante el establecimiento de unos principios de actuación, de obligado cumplimiento para los cargos públicos autonómicos, para entender qué se considera o no dentro de esta categoría. En el presente trabajo se realiza un análisis del contenido de estos principios, mayoritariamente fundados en conceptos jurídicos indeterminados, que exigen de un estudio para esbozar unas ideas que sirvan como referente de cuándo se considerarán adecuadamente aplicados y qué dificultades impiden su correcta consecución.

Palabras clave

Buen gobierno, interés general, cargos públicos autonómicos, conflictos de intereses, rendición de cuentas.

Abstract

The regulation of good governance is a new requirement for administrations to achieve better protection of the constitutionally protected general interest. In the case of the Valencian Community, the new Law 1/2022, of April 13, is committed to said good governance, and it does so mainly by establishing some principles of action, mandatory for regional public offices, to understand what is or is not considered to fall into this category. In the present work an analysis of the content of these principles is carried out, mostly based on indeterminate legal concepts, which require a study to outline some ideas that serve as a reference for when they will be considered adequately applied and what difficulties prevent their correct achievement.

Keywords

Good governance, general interest, autonomous public positions, conflicts of interest, accountability.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. PRINCIPIOS PARA CONSEGUIR UN SERVICIO PÚBLICO EJEMPLARIZANTE. III. PRINCIPIOS PARA CONSEGUIR UNA GESTIÓN ECONÓMICA Y PATRIMONIAL ADECUADA. IV. PRINCIPIOS PARA LOGRAR LA IMPARCIALIDAD Y LA AUSENCIA DE CONFLICTOS DE INTERESES. V. PRINCIPIOS PARA LUCHAR CONTRA EL FRAUDE PÚBLICO. VI. PRINCIPIOS PARA GARANTIZAR LA RENDICIÓN DE CUENTAS A LA CIUDADANÍA. VII. CONCLUSIONES. VIII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La regulación del buen gobierno empezó a surgir en España a raíz de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, donde en su artículo 26 estableció los principios generales y de actuación aplicables a las administraciones públicas. En el caso autonómico valenciano, se inició la propuesta con la Ley 2/2015, de 2 de abril, de Transparencia, Buen Gobierno y Participación Ciudadana de la Comunitat Valenciana, que recogía el buen gobierno en un breve título II con principios de actuación¹.

Con la aprobación de la nueva Ley valenciana 1/2022, de 13 de abril, de Transparencia y Buen Gobierno de la Comunidad Valenciana, se vuelve a apostar por el buen gobierno y se hace principalmente mediante dichos principios. En todo caso, la nueva regulación de la Ley 1/2022 sigue basando su peso en principios de actuación del buen gobierno, por resultar éstos el faro que debe iluminar las políticas públicas valencianas. Aunque los principios de buen gobierno ya fueron regulados anteriormente en la citada Ley valenciana 2/2015, lo cierto es que no siempre resultan sencillos de llevar a la práctica, ya que se refieren mayoritariamente a conceptos jurídicos indeterminados que exigen de una concreción y de un análisis detallado.

¹ La regulación de principios de buen gobierno que realiza la norma autonómica valenciana, la Ley 1/2022, es mayor que la que realiza la norma estatal, la Ley 19/2013. Así pues, la Ley 1/2022 establece principios en su art. 54.1 como son los apartados *b* (gestión financiera justa), *d* (principio de participación), *n* (no usar tarjetas de crédito), *o* (actuar con sobriedad y austeridad), *p* (no realizar condecoraciones a personas condenadas) y *q* (principio de rendición de cuentas). Por tanto, esta regulación autonómica establece novedades respecto a la norma estatal y además respecto a los principios que ya se encuentran regulados en la Ley 19/2013, la ley valenciana profundiza en algunos más todavía, estableciendo una regulación más detallada; por ejemplo, el art. 26.2.b.3º de la Ley estatal 19/2013 obliga a comunicar irregularidades detectadas y la Ley valenciana 1/2022 reitera dicha exigencia en su art. 54.1.i pero detalla que deberán comunicar la sospecha de irregularidad a los órganos de fiscalización y control y por las vías de denuncia que se hayan podido establecer autonómicamente, como puede ser el caso de la Agencia Valenciana Antifraude.

De hecho, la reiteración de los principios en la nueva Ley valenciana 1/2022 se justifica en que la mayoría son de escasa aplicación y deben fomentarse para evitar situaciones de conflictos de intereses o situaciones contrarias al interés general que se siguen produciendo en la administración autonómica.

Por ello, en este estudio se procede a abordar la regulación del buen gobierno en la Ley 1/2022, en la medida en que la misma ha sido de reciente aprobación y abre de nuevo el debate sobre qué debe entenderse por buena gobernanza autonómica. Para hacerlo se realizará un sucinto análisis de los principios de actuación recogidos en el artículo 54.1 de la Ley valenciana 1/2022, para «descifrar» a qué tipo de buena conducta pública se refieren, ya que ello permitirá garantizar el buen gobierno, un elemento estrechamente unido a las exigencias del art. 103 CE.

Para iniciar el análisis los principios de buen gobierno regulados en este artículo 54.1 Ley 1/2022, se elabora una propuesta de clasificación dependiendo de los diferentes objetivos que pretenden conseguir en la administración en la que se aplicarán. De tal modo, podemos clasificar estos principios entre los que pretenden conseguir un servicio público ejemplarizante, aquellos que velan por que se lleve a cabo una gestión económica y patrimonial adecuada, los que tratan de buscar la imparcialidad y la ausencia de conflictos de intereses, aquellos que tratan de luchar contra el fraude y, por último, los principios que pretenden conseguir una mejor rendición de cuentas a la ciudadanía.

Aunque esta organización de los principios no está prevista como tal en la Ley 1/2022, supone la manera idónea de abordarlos para poder analizar con detalle cómo se pretende conseguir un buen gobierno autonómico valenciano. En todo caso, resulta necesario advertir la estrecha interrelación entre todos los principios existentes en dicho artículo, ya que la forma más efectiva de lograr una política pública íntegra será mediante la consecución efectiva de todos ellos.

II. PRINCIPIOS PARA CONSEGUIR UN SERVICIO PÚBLICO EJEMPLARIZANTE

En primer lugar, abordamos los principios que pretenden lograr un servicio público ejemplarizante, es decir, que se consiga ejercer una política pública tan correcta que sirva como modelo de buen hacer de cara a otras administraciones y, sobre todo, que supongan un ejemplo de integridad pública para los ciudadanos, lo que a buen seguro coadyuvaría a recuperar la confianza en su administración autonómica.

De tal forma, el primero de todos es el referido a la obligación de actuar con integridad, ejemplaridad y transparencia en la gestión de los asuntos públicos, previsto en el artículo 54.1.a.

El primer elemento recogido en dicho artículo es el referido a la integridad pública. Villoria Mendieta (2014: 109) considera un gobierno íntegro aquel que: «asume e implanta los instrumentos, procesos y órganos necesarios para prevenir la corrupción y fomentar un servicio público coherente con los principios y valores que fundamentan su ética profesional en un régimen democrático». Por consiguiente, podríamos definir el concepto de integridad previsto en la Ley valenciana 1/2022 que es aplicable a los cargos de la administración autonómica, entendiéndolo como una actuación intachable, comprometida claramente con la vocación de servicio público que se está desempeñando y que evite la proliferación de fraudes en la administración. Por consiguiente, exige dicha integridad, en nuestra opinión, una actuación centrada en valores éticos que demuestre el gran compromiso con el cargo público que desempeña, de forma que solo actúa centrándose en el interés general de la ciudadanía a la que sirve.

En el ámbito de la contratación, Cerrillo Martínez (2021, 395) establece la necesidad de que: «Las entidades compradoras deben licitar y adjudicar los contratos públicos con integridad, evitando cualquier influencia indebida de intereses personales en las decisiones públicas», por tanto, resulta clave para perseguir la integridad la ausencia de dichos conflictos entre intereses generales y particulares de los cargos electos. Arribas Reyes (2019, 340) apuesta por implementar la integridad en materia contractual mediante los denominados pactos de integridad, que implican «diseñar el proceso de manera que todas las partes involucradas se comprometan a una conducta íntegra» en las diferentes partes de los procesos de licitación pública, en definitiva, apostar por la integridad como política pública esencial para garantizar la rendición de cuentas ciudadana. En materia de contratación es uno de los ámbitos donde dicha integridad adquiere especial relevancia, en la medida en que proliferan los casos de corrupción en el ámbito y, por ello, resulta necesario que los cargos desempeñen su labor con total objetividad y centrándose solo en el cumplimiento de la norma y de los intereses ciudadanos, ya que cualquier decisión donde se trate de beneficiar un interés particular está alejada de conseguir una plena integridad en materia de compra pública.

En cuanto a la ejemplaridad, recogido también en el art. 54.1.a, se trata este de un principio intrínseco a toda actuación pública que resulta necesario en todo gestor, como nos recuerda la sentencia el Tribunal Constitucional (STC) n.º151/1999² al indicar que: «si es exigible una cierta ejemplaridad social a quien ejerce cualquier función pública, con más intensidad debe hacerse respecto de aquellos cargos cuya función consiste precisamente, por

² STC n.º 151/1999, de fecha 14-09-1999, rec. 4012/1994.

ser representantes de los ciudadanos, en actuar de manera directa en los asuntos públicos».

El Alto Tribunal vuelve a incidir, en la STC n.º 123/2017³, en la importancia de la ejemplaridad, expuesta en la citada STC n.º 151/1999, recogida en la Ley 19/2013 y en el ámbito autonómico valenciano en la Ley 1/2015 (actualmente en la Ley 1/2022) al indicar que es necesario que: «el cargo público goce de la confianza y respeto de los ciudadanos, por lo que resulta exigible ejemplaridad en su conducta». Podemos entender, a nuestro juicio, la ejemplaridad como que la actuación pública del cargo sea tan adecuada a la legalidad y tan pensada en el interés general que sirva la misma como referente a la ciudadanía para actuar de una forma semejante. En efecto, si todos los cargos públicos fueran absolutamente ejemplarizantes en su actuación los ciudadanos no participarían con tanta frecuencia de prácticas corruptas, ya que la actuación excelente de sus dirigentes públicos les disuadiría de actuar de una forma deshonesta.

De esta forma, la regulación de la ejemplaridad como principio de buen gobierno en la nueva Ley valenciana 1/2022 resulta imprescindible, puesto que aunque no se trate de un aspecto novedoso en materia de buena gestión pública, seguimos encontrado la necesidad de implementarla en las actuaciones de las administraciones; sirva como ejemplo la reciente STC n.º 25/2022⁴ donde se reitera: «la necesaria ejemplaridad social exigible a quien ejerce la función pública». Y es que, como expone también la STC n.º 141/2017⁵: «La exigencia de una cierta ejemplaridad en el servidor público es ajena a tipo alguno de mandato».

Así mismo, el art. 54.1.a recoge el principio de transparencia, entendiéndose como esencial en toda actuación pública para permitir la difusión y evitar la opacidad en la actuación de los dirigentes públicos, lo que con frecuencia acaba desembocando en prácticas corruptas. Como bien nos expone la sentencia del Tribunal Supremo (STS) de fecha 24/5/2008⁶ el: «principio constitucional de transparencia administrativa, que rige el actuar de las Administraciones Públicas, según se desprende de los artículos 9.3 y 103 de la Constitución, por cuanto la Administración Pública actúa en un régimen de publicidad de sus actos, y exige que se analicen las particularidades de cada caso». En efecto, Sena Prieto (2019, 243) define la transparencia de forma que sirve para evitar la corrupción: «Si nos atenemos al sentido natural y obvio de las palabras podemos entender por transparencia o

³ STC n.º 123/2017, de fecha 2 de noviembre de 2017, rec. 649-2017

⁴ STC n.º 25/2022, de fecha 23 de febrero de 2022, rec. 4586-2020

⁵ STC n.º 141/2017, de fecha 30 de noviembre de 2017, rec. 4061-2017

⁶ STS (Sala de lo Contencioso-administrativo), de fecha 14 de mayo de 2008, rec. 3562/2007

transparente todo aquello que es evidente, claro, traslúcido, es decir que nos permite ver a través de él». De tal modo, podemos entender dicha transparencia como una forma de actuar de los cargos públicos en la que no ocultan sus decisiones ni, sobre todo, los motivos por los cuales se han adoptado; ya que ello permite a la ciudadanía verificar las verdaderas intenciones de dichos dirigentes y por tanto exigirles responsabilidad y poder votar en consecuencia en los próximos comicios.

Este principio de transparencia, al que debe someterse todo cargo público cuando adopta una decisión pública, sirve, por ello, para permitir la rendición de cuentas de las políticas públicas adoptadas (elemento también recogido en el citado art. 54.1.a), ya que la publicidad permite el control de legalidad de la actuación, como nos expone la sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Andalucía n.º 2051/2010⁷: «el principio de transparencia que debe presidir toda la actuación administrativa, como para posibilitar el control del acto, es decir, la verificación de su adecuación al fin como principio garantizador que ha de impregnar toda la actividad pública en un Estado de Derecho». Sirve, de este modo, la transparencia como elemento de lucha contra las irregularidades realizadas por las administraciones públicas, como expone Ruiz-Rico Ruiz (2021, 51): «la transparencia (...) sería el vehículo idóneo que permite neutralizar, mediante su visualización, aquellas prácticas clientelares que representan la antítesis de lo que debe ser un Estado de derecho».

Se recoge también dentro de dicho artículo 54.1.a como principio de actuación de buen gobierno la necesidad de fomentar la proximidad y la accesibilidad de la administración a la ciudadanía. Ello supone implementar medidas que permitan a la ciudadanía poder acceder a los servicios y oportunidades que ofrece la administración, para conseguir que cualquier persona pueda disfrutarlos, sin que sean un obstáculo a este fin barreras territoriales o tecnológicas. De hecho, Pérez Francesch (2021, 1-5) considera la proximidad como un elemento de la gestión pública que deben realizar las administraciones para conseguir un buen trato al ciudadano.

Salvat Martinrey (2010, 112-121), para analizar la exposición de motivos de la ya derogada Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, expone cómo el principio de proximidad sirve para eliminar el concepto de burocracia asociado tradicionalmente a la administración. En este sentido, Subirats (2006, 213) detalla con una nueva definición del concepto de territorio con la que consigue que la proximidad entre administración y ciudadano sea mayor: «hace falta también tener en cuenta los flujos de relaciones a la hora de pensar en escalas y espacios y

⁷ STSJ de Andalucía TSJ Andalucía (Granada) (Sala de lo Contencioso-administrativo), n.º 2051/2010, de fecha 13 de diciembre de 2010, rec. 2262/2007

avanzar hacia configuraciones institucionales y de gobierno más flexibles de lo que hasta ahora tenemos». Por tanto, la proximidad podemos entenderla, en nuestra opinión, como configurar una administración autonómica que resulte accesible para la ciudadanía, con oficinas de atención al público dispersadas por el territorio (no solo en la sede del gobierno autonómico) de forma que la población puede realizar, sin dificultades, los diferentes trámites administrativos⁸.

La accesibilidad, como se ha avanzado, es también un elemento recogido en dicho art. 54.1.a, lo que supone que no existan impedimentos para poder utilizar los servicios de la administración, en especial aquellos relacionados con las barreras tecnológicas. Por ello, deben implantarse medidas que permita una mejor accesibilidad ciudadana a los trámites de la administración como garantía de buen gobierno⁹. Como recuerda Oliver Cuello (2011, 44-54), dicha accesibilidad permitirá avanzar hacia la eliminación de la brecha digital y conseguir un mejor buen gobierno, puesto que una administración electrónica con obstáculos para acceder a ella no cumple adecuadamente su función social de satisfacción del interés general (art. 103 CE), ya que discrimina a una parte de la población que no podrá relacionarse de forma no presencial con las administraciones a su servicio.

La accesibilidad como principio de buen gobierno tiene especial relevancia en el ámbito autonómico, donde se ejercen, entre otras, las competencias sanitarias por excelencia (según el art. 148.1.21ª CE), puesto que las sociedad demanda mejor atención ciudadana y acceso a los trámites sanitarios de la comunidad autónoma por vía electrónica. Por ello que se recoja como tal en el art. 54.1.a supone un avance en materia de buena gestión pública. Siguiendo a Cárcar Benito (2014, 209) debe implementarse sistemas sanitarios basados en nuevas tecnologías como forma de mejora de la calidad de los servicios de salud pública.

En definitiva, y siguiendo a Muñoz Salinero (2020, 1) el reto al que nos enfrentamos es «conseguir que los sitios web estén diseñados y construidos para que sus contenidos, documentos y servicios estén disponibles para cualquier persona, con independencia de sus capacidades». Así pues, hemos de entender dicha accesibilidad principalmente en configurar una administración electrónica que sea sencilla de utilizar para la ciudadanía, ya que si se configura una sede electrónica pensando solo en los requisitos legales pero la

⁸ Sobre las posibles dificultades que puede encontrarse la ciudadanía para acceder a tramites en la administración puede consultarse nuestra obra: Clemente Martínez (2022).

⁹ Así lo reafirma Wisner Glusko (2018, 82): «Prevenir, identificar y eliminar los obstáculos y las barreras a la accesibilidad electrónica (...) sin duda contribuirá a construir una sociedad de la información más justa y más equitativa y a lograr una Administración electrónica inclusiva»

misma no resulta entendible para el vecindario carecerá de sentido y por tanto, dejará de aplicarse dicho principio de accesibilidad.

El siguiente principio de buen gobierno que pretende conseguir un servicio público ejemplarizante es el del art. 54.1.f: «Debe prevalecer el principio de buena fe en el cumplimiento de sus obligaciones, se debe fomentar la calidad en la prestación de los servicios públicos y la aplicación del principio de buena administración». En la medida en que actuar con buena fe y conseguir un servicio público de calidad es uno de los mejores modos de dar ejemplo sobre cómo llevar a cabo de forma idónea las funciones de un cargo público.

Así pues, encontramos, en primer lugar, la regulación de la buena fe como elemento de buen gobierno, en particular en este ámbito de la administración autonómica. Entiéndase el principio como la obligatoriedad de actuar con honestidad en las actuaciones públicas. Es decir, sin necesidad de que exista una disposición normativa concreta que indique cómo actuar en cada caso particular, los dirigentes públicos autonómicos deberán valorar qué actuación es la más adecuada para garantizar los intereses generales en el momento de la toma de decisiones públicas. En este sentido, alejar los intereses particulares de las decisiones públicas es la forma de garantizar este principio relativo al ámbito del buen gobierno.

Además, la actuación de buena fe debe desplegarse en todos los ámbitos de la administración, ya que se trata de un elemento transversal que afecta a todos los procedimientos; sirva como ejemplo el relativo al acceso a la información pública, que como indica Sánchez Acevedo (2015, 120), debe ser también conforme a la buena fe. En el ámbito de la selección de empleados públicos Chaves García (2017, 128) nos recuerda en referencia a la buena fe que: «el principio de buena fe (...) no autoriza a su prevalencia sobre la eficacia de la administración y el interés general que subyace (art. 103 CE)», por tanto, es un principio que debe estar plenamente subordinado en su aplicación a garantizar el interés general, y debe ser interpretado en favor de dicho interés. De este modo, podemos entender, a nuestro juicio, la buena fe como una ausencia de actuaciones que de forma clara o más maquiavélica traten de favorecer a intereses particulares de los cargos públicos, ya que ello va claramente en contra del buen gobierno autonómico.

El siguiente elemento incluido en este apartado *f* del artículo 54.1 es el relativo a la calidad de los servicios públicos. Se trata un elemento de importancia en la medida en que, si las políticas públicas desarrolladas por la administración autonómica son deficientes, no será posible dar cumplimiento a las demandas ciudadanas. De esta forma, se configura la calidad como un elemento de buen gobierno que permite garantizar el interés general adecuadamente.

Como exponía Elena Córdoba (1998, 30), existe, desde hace décadas, una clara voluntad de mejorar la calidad de los servicios públicos para conseguir un

mejor Estado social. Ello es así porque se ha extraído del ámbito privado este concepto de calidad hacia el cliente que debe implantarse en las administraciones, reajustándolo a las particularidades de éstas¹⁰. En definitiva, como argumenta Ruiz López (2017, 1), la calidad está vinculada a los principios esenciales de la administración, ya que alcanzar aquélla supone perseguir parte de los principios de buen gobierno ya expuestos (eficiencia, participación, etc.), para permitir una mejor rendición de cuentas. De tal modo, entendemos la calidad como una actuación extraordinariamente diligente por parte de los directivos y empleados públicos que permite que los servicios públicos que presta el gobierno autonómico satisfagan las crecientes demandas ciudadanas.

En último lugar, el art. 54.1.f establece el derecho a una buena administración. La conceptualización de este derecho (estrechamente ligado al buen gobierno) no resulta fácil, pues como Tomás Mallén (2004, 70) indica se trata de una tarea vana localizarlo en la Constitución española y la mejor forma de entenderlo es mediante la definición de mala administración que proporciona el Ombudsman europeo: «que intentó conceptualizar el alcance de la «mala administración», que reconducía a los casos de irregularidades administrativas, injusticia, discriminación, abuso de poder, falta o denegación de información y demoras innecesarias».

De hecho, esta regulación de la buena administración en la Ley 1/2022 supone en parte un desarrollo de este principio recogido en el art. 9 de la Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana¹¹, ya que, como recuerda Carrillo Donaire (2010, 1137-1165), son las comunidades autónomas las principales impulsoras de este derecho ligado con el buen gobierno. Por ello, como expone Al Hasani Maturano (2019, 5): «una buena administración integra transparencia, permite contrarrestar la desafección ciudadana, al promover procedimientos justos y resultados adecuados», lo que supone, en la práctica, actuar conforme al interés general constitucionalmente previsto en el artículo 103. Por esta razón, no solo se le exigirá una actuación íntegra de los directivos públicos, sino también de sus funcionarios y empleados, como parte esencial de este derecho a

¹⁰ En este mismo sentido se pronuncian Luna Quesada y Roca Cruz (2003, 451) al indicar que cada vez más, la ciudadanía pide ser tratada por la administración con el mismo trato que reciben los clientes en el sector privado, lo que va en la línea de mejorar la calidad de los servicios públicos como garantía del art. 103 CE.

¹¹ En concreto, dicho artículo 9 del Estatuto de Autonomía Valenciano establece:

«1. Sin perjuicio de lo que dispone la legislación básica del Estado, una Ley de Les Corts regulará el derecho a una buena administración y el acceso a los documentos de las instituciones y administraciones públicas valencianas.

2. Todos los ciudadanos tienen derecho a que las administraciones públicas de la Generalitat traten sus asuntos de modo equitativo e imparcial y en un plazo razonable y a gozar de servicios públicos de calidad.»

la buena administración, que se incluye, en el caso de la Ley 1/2022, como un principio más del buen gobierno.

El último principio de buen gobierno que pretende conseguir una política ejemplarizante es el relativo al apartado *p* del art. 54.1: «Deben garantizar que los reconocimientos honoríficos o conmemorativos recaigan en personas de un compromiso público relevante que nunca hayan sido condenadas penalmente mediante una sentencia firme».

Esta exigencia de buen gobierno es propia de una política pública ejemplarizante, porque pretende que aquellos actos públicos para galardonar a una persona sean sobre individuos que cumplan unos estándares mínimos de ética pública, lo que desde luego no recaerá en personas que judicialmente hayan sido condenadas. Este apartado se deriva fundamentalmente como respuesta a los casos de corrupción política que ha habido en la Comunidad Valenciana, que en múltiples ocasiones han acabado generando la paradójica situación de encontrarnos con numerosas personas con un reconocimiento explícito por parte de las administraciones que habían sido condenadas judicialmente. Este hecho, sin duda, no supone un ejemplo, ya que no parece lógico que una institución pública reconozca el trabajo de alguien que ha sido condenado por incumplir el ordenamiento jurídico vigente, que es, justamente, lo que deben preservar las administraciones.

Podría pensarse que la decisión de la administración autonómica de otorgar a unas personas o a otras los reconocimientos obedece a un amplio margen de apreciación, y por ello, este apartado *p* no debiera existir, puesto que como se indicó en STC n.º 113/2004¹², un reconocimiento podría ser: «un mero título honorífico o una simple distinción sin ninguna consecuencia de régimen jurídico»¹³ y, por tanto, decidir a quién otorgar el título honorífico podría ser una decisión política sin mayor importancia jurídica. Si bien, este precepto de la Ley valenciana 1/2022 convierte en una prohibición legal (sin mayor margen de apreciación) la decisión de otorgar dicho reconocimiento a alguien condenado.

III. PRINCIPIOS PARA CONSEGUIR UNA GESTIÓN ECONÓMICA Y PATRIMONIAL ADECUADA

La segunda clasificación de principios de actuación regulados en el artículo 54.1 es la referida a aquellos que tratan de conseguir una gestión

¹² STC n.º 113/2004, de fecha 12 de julio de 2004, rec. 5833/2001.

¹³ En el caso de esta sentencia n.º 113/2014, el TC indicó que el Tribunal de los Hombrs Buenos de los Huerta de Murcia no era un simple título honorífico sin amparo jurídico (como suelen ser los reconocimientos o distinciones), sino que era un verdadero órgano jurisdiccional.

económica y patrimonial adecuada, ya que en la mayoría de las ocasiones los fraudes en las administraciones públicas se han ocasionado por desfalcos o, simplemente, por una gestión económico-presupuestaria ineficiente. Estas situaciones acaban repercutiendo negativamente a la ciudadanía, que ve cómo los recursos públicos no se destinan de la mejor forma posible para garantizar el interés general.

De tal modo, el primer principio de buen gobierno en este sentido es el del art. 54.1.b: «Deben garantizar una gestión financiera justa y equitativa, dedicada a la mejora del bienestar de la ciudadanía, de acuerdo con los principios de buena administración y, en especial, los de legalidad, eficacia, eficiencia y sostenibilidad en la gestión de los recursos públicos».

En consecuencia, se establece la necesidad de realizar una gestión financiera acorde con principios éticos de buena gestión y con base en principios de eficacia y eficiencia. En este sentido, Wesberry y Casals and Associates (2001, 167) nos argumentan la importancia de que la gestión financiera sea correcta para conseguir prevenir prácticas fraudulentas, lo que, en definitiva, permite un buen gobierno en este ámbito: «una política y una práctica de gestión financiera seguras juegan un papel clave en la prevención y la identificación de la responsabilidad del fraude y la corrupción. Un sistema interno de control de gestión debería ser parte integral de un seguro sistema de gestión financiera para salvaguardar los recursos y los activos». Y aunque, como manifiestan los autores, la corrupción nunca puede eliminarse absolutamente, deberían implementarse mayores controles sobre la gestión financiera, pueden contribuir a evitarla sustancialmente¹⁴.

El artículo 54.1.b entiende que la gestión financiera, para considerarse adecuada, debe cumplir los principios de eficiencia y eficacia. Hay que indicar que, aunque se regulan de forma conjunta en la Ley 1/2022, no son conceptos sinónimos. Como expone Ochsensius Robinson (2017, 1-2), la eficiencia «describe el tiempo o esfuerzo que se utiliza para una tarea o propósito», mientras que la eficacia «se refiere esencialmente a la consecución o logro de objetivos»; son, pues, elementos que permiten lograr una mejor gestión pública y, por tanto, un buen gobierno.

A pesar de que eficiencia y eficacia no son conceptos nuevos que deba aplicar la administración, más recientemente se ha reiterado su importancia mediante la inclusión de los principios de sostenibilidad en el art. 135 CE. Con todo, podemos entender dicho principio de buena gestión financiera como una responsabilidad activa con los recursos del gobierno autonómico, de forma que se ejecuten de la forma más adecuada para poder conseguir el máximo de necesidades ciudadanas posibles con los medios existentes.

¹⁴ De esta manera, el camino hacia la adecuada gestión financiera pasa, como expone Sánchez Acevedo (2015, 34), por una apuesta por dichos principios de eficacia y eficiencia.

De hecho, otro de los principios de buen gobierno incluido en la Ley 1/2022 es la participación ciudadana, recogida en el artículo 54.1.d, el cual debe ponerse en conexión con el de eficiencia y eficacia. Cabe considerar que una mayor colaboración de la ciudadanía en las políticas públicas exige una tarea de gestión compleja, y esta puede acabar implicando una reducción de la eficiencia de las actuaciones públicas, como también coincide Subirats (1996, 37).

El siguiente principio de actuación de buen gobierno que pretende conseguir una gestión económico-patrimonial adecuada lo encontramos en el art. 54.1.h, que establece: «Deben ejercer las funciones y los poderes que la normativa les confiere con la finalidad exclusiva para la cual les fueron atribuidos en esta, y deben evitar cualquier acción que ponga en riesgo el interés público o el patrimonio de las administraciones públicas». En concreto, se pretende mediante este artículo proteger el patrimonio de las administraciones exigiendo además a los cargos públicos autonómicos que no incurran en desviación de poder y que ejerzan sus atribuciones con la única finalidad para que les fueron concedidas.

Chaves García (2018, 127) nos define esta desviación de poder como: «un virus que reside en el cuerpo del acto administrativo y difícil de detectar (...) la desviación de poder puede infectar tanto actos regulares y válidos en todos los demás elementos, como actos que están intrínsecamente viciados de ilegalidad, por añadidura a desviación de poder». En resoluciones judiciales recientes, como se indica en STSJ de Asturias n.º337/2022¹⁵, encontramos una acertada explicación de cómo entender dicho concepto: «la desviación de poder, exige que se acredite que la Administración persigue una finalidad privada o un propósito inconfesable, extraño a cualquier defensa de los intereses generales, o que persigue un interés público ajeno y, por tanto, distinto al que prevé el ordenamiento jurídico para el caso». En efecto, la persecución del interés público es una garantía para evitar caer en la desviación de poder, como reitera la STSJ de Galicia n.º295/2022¹⁶ por ello en el art. 54.1.h se establece en un único precepto tanto el concepto de interés público como el de la prohibición de desviación de poder¹⁷.

¹⁵ STSJ de Asturias (Sala de lo Contencioso-administrativo) n.º 337/2022, de fecha 11 de abril de 2022, rec. 147/2021

¹⁶ En STSJ de Galicia (Sala de lo Contencioso-administrativo) n.º 295/2022, de fecha 18 de abril de 2022, rec. 194/2021 se indica en concreto: «[en la] Administración se ha actuado de forma irregular, bien haciendo una aplicación indebida de la norma a fin de conseguir un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico o por apartarse de los fines que debe de perseguir dirigidos hacia el interés público o general».

¹⁷ De hecho, esta desviación de poder supone una práctica corrupta, que como expone Jiménez Franco (2012, 538), debe evitarse ya que supone una vulneración del principio de

También encontramos un principio para la mejora gestión económica y patrimonial el apartado *n* del art. 54.1 «No pueden usar tarjetas de crédito o de débito con cargo a cuentas de la Generalitat o del sector público de esta».

Se propone así eliminar el sistema de pago con tarjeta bancaria por parte de los cargos autonómicos valencianos. Se presume que el objetivo de dicha actuación se basa en que al realizar la forma de pago resulta difícil la fiscalización, en la medida en que el sistema de pago propio de toda administración exige una intervención previa de los gastos, tanto de las fases de aprobación y disposición, como de reconocimiento y pago. Por tanto, si se realiza un pago con tarjeta bancaria difícilmente podrá realizarse la fiscalización, por ello se entiende como una política de integridad y ejemplo público la supresión de las tarjetas de crédito o débito por parte de cargos autonómicos.

El último principio relativo a la adecuada gestión económico lo encontramos en el apartado *o* del art. 54.1: «Deben actuar con sobriedad y austeridad y gestionar, proteger y conservar los recursos y los bienes públicos adecuadamente para que se destinen de manera prudente, eficiente y productiva a los fines para los cuales fueron reservados y no se puedan usar a actividades u objetivos que no sean los permitidos por la normativa». En consecuencia, dicho precepto vuelve a obligar a utilizar los bienes públicos de forma eficiente y en aplicación de los principios de austeridad y sobriedad.

El apartado fuerza, en primer lugar, a los cargos autonómicos a adoptar una actuación adecuada frente a la ciudadanía, al imponerlos el deber de actuar con sobriedad y austeridad. Se trata, en definitiva, de exigirles el cuidado de las formas, algo que González Pérez (2000, 133) considera que deben tener en elevada consideración todos los servidores públicos. Finalmente, junto con la sobriedad, encontramos el principio de austeridad, recogido también en el apartado *o* del art. 54.1, que como señala Manotas Rueda (2022, 70) debe incluirse entre las obligaciones de buen gobierno para una adecuada rendición de cuentas ciudadana. En definitiva, entendemos dicha austeridad y sobriedad, como principios de buen gobierno, como una actuación del cargo público autonómico que está alejada del derroche y de los gastos superfluos, de forma que gestione los recursos de una forma adecuada que permita garantizar el interés general.

IV. PRINCIPIOS PARA LOGRAR LA IMPARCIALIDAD Y LA AUSENCIA DE CONFLICTOS DE INTERESES

La tercera categoría de principios de actuación que recoge el artículo 54.1, es la relativa a aquellos que pretenden conseguir la imparcialidad en las

legalidad «que daña irremediablemente los valores superiores de la ética, la justicia, la democracia y el Estado de Derecho».

actuaciones públicas y que no se produzcan conflictos de intereses. Estos principios suelen ser los más habituales en materia de buen gobierno, ya que actuar con neutralidad y anteponiendo los intereses generales frente a los particulares es una de las principales intervenciones que se puede realizar por los cargos públicos para mostrar una adecuada ética en sus funciones.

De esta forma, encontramos el primero de ellos en el apartado *c* del art. 54.1: «Están obligadas al ejercicio fiel de la función, del cargo o del puesto de trabajo que les corresponde, y a la gestión de los intereses públicos que tengan encomendados, con imparcialidad y neutralidad respecto de los intereses privados afectados».

Destaca en esta regulación la necesidad de que las actuaciones de los cargos públicos de la administración autonómica valenciana deban actuar con un ejercicio fiel de su función. Este concepto de fidelidad hacia el cargo es indicado como una exigencia propia del puesto público desempeñado, al igual que existe la obligación general de la administración de actuar con fidelidad hacia los compromisos constitucionales, como, por ejemplo, expone Jiménez Franco (2016, 14) al referirse al cumplimiento del art. 103 CE: «debe ser que la Administración cumpla fielmente con el mandato constitucional del art. 103.1 CE, al menos sus incisos inicial y final: «la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa ... con sometimiento pleno a la ley y al Derecho»». Precisamente, en este supuesto el autor se refiere a la necesidad de cumplir fielmente la obligación del art. 103 CE por parte de todas aquellas personas que integran la administración, lo cual permite, al mismo tiempo, también garantizar de la forma más fiel posible el cargo desempeñado, ya que perseguir los intereses generales es la mejor forma de ser fiel a la administración y alcanzar el buen gobierno. Por ello mismo, en nuestra opinión, un ejercicio fiel supone actuar con un compromiso claro y honesto con la administración de la que forma parte el cargo público, de forma que evite cualquier actuación que, aunque pudiera estar amparada en la legalidad, se aleje de los intereses de su administración y por tanto, fomente aquellas que benefician a su entidad. En todo caso, este principio de ejercicio fiel debe entenderse, a nuestro parecer, siempre y cuando, dicha omisión o realización de actuación alejada de los intereses de la administración del cargo público no vaya en contra de otro precepto legal, ya sino este principio iría en contra del ordenamiento jurídico, una situación totalmente contraria al sentido de la normativa de buen gobierno.

Exige el art. 54.1.c que dicho ejercicio fiel se logre mediante la imparcialidad y neutralidad en sus actuaciones, de forma que no intervenga intereses privados que afecten a la persecución del interés general constitucionalmente previsto. En este sentido, Morell Ocaña (2001, 23-58) expone que la imparcialidad opera tanto en los procesos internos de relaciones entre cargos y empleados de una administración como, por supuesto, en las relaciones de

ésta con interesados y personas que acudan a ella para cualquier trámite público, diferenciando así una vertiente interna y externa.

García Costa (2013, 37) apunta que la imparcialidad es garantía para evitar que se antepongan los intereses privados a los generales (como precisamente recoge el citado art. 54.1.c) en concreto, el autor indica: «la imparcialidad administrativa se identifica con la objetividad, consistiendo en la interpretación y ejecución de la ley con exclusión de cualquier interés y finalidad personal, garantizando así la adecuación de la interpretación y aplicación a la voluntad de la norma». Dicho autor señala cómo la imparcialidad tiene una inclusión expresa en el texto constitucional, pero no sucede igual con el principio de neutralidad que trae a colación también el art. 54.1.c. De tal forma, García Costa (2013, 37) aporta que el Tribunal Constitucional sí que ha recogido la neutralidad como elemento sustancial del funcionamiento de las administraciones, y ello es así a raíz de la STC n.º 77/1985¹⁸ que lo incluye en el art.103.1 CE¹⁹.

En definitiva, tanto imparcialidad como neutralidad se configuran como elementos fundamentales para conseguir una actuación leal de los cargos públicos hacia su administración autonómica, para mantener alejados los intereses particulares y lograr la satisfacción del interés general, constitucionalmente prevista en el art. 103 CE, como forma de aplicación del buen gobierno. En efecto, la imparcialidad y neutralidad suponen el «caballo de batalla» de la administración autonómica, de forma que, si los cargos públicos logran una actuación basada en dichos principios, lo que implica estar absolutamente alejados de intereses particulares de familiares o amistades, se consigue no solo actuar de forma leal con la administración sino incluso otros principios como el de integridad, igualdad de trato o el cumplimiento del régimen de incompatibilidades, entre muchos otros principios de buen gobierno que la ley autonómica recoge en el art. 54, ya que una actuación de un dirigente donde no hay voluntad de favorecer intereses particulares sino solo a los generales es aquella que mejor garantiza una adecuada gestión pública.

Ubicamos el siguiente principio de buen gobierno que pretende lograr una imparcialidad en las actuaciones públicas en el apartado *e* del art.54.1: «Deben actuar con igualdad en el trato y sin arbitrariedad ni discriminaciones de ningún tipo en el ejercicio de las funciones que se les ha asignado». Se

¹⁸ STC n.º 77/1985, de 27 de junio de 1985, rec. 180/1984.

¹⁹ También el Tribunal Supremo, en resoluciones más recientes como la sentencia n.º 360/2021 (STS (Sala de lo Contencioso-administrativo) n.º 360/2021, de fecha 15 de marzo de 2021, rec. 346/2019), ha reiterado la importancia de que los poderes públicos respeten dicha neutralidad, que junto al principio de imparcialidad, los considera un deber esencial.

trata este también de un principio con claro encaje constitucional como el previsto en el art. 9.3 CE y en el art. 14 CE. En efecto, la STSJ de la Comunidad Valenciana n.º257/2012²⁰ expone claramente que la administración debe actuar de forma igual ante supuestos semejantes, y recuerda claramente que las desigualdades de trato deben ser siempre motivadas.

Cerdà Martínez-Pujalte (2005, 215) ha indicado que la igualdad de trato deja margen de maniobra a los poderes públicos, siempre y cuando no caigan en la arbitrariedad, por lo que el autor considera que no se trata literalmente dicha igualdad de trato como un «mandato de parificación». Por ello, la clave de este principio de buen gobierno es no incurrir en situaciones de arbitrariedad, un elemento que de incumplirse puede desembocar en responsabilidades penales²¹. De tal forma, la interdicción de la arbitrariedad, como principio de buen gobierno, debe aplicarse tanto en actuaciones regladas como discrecionales que ejecute la administración, algo que se sigue reiterando en la reciente jurisprudencia²², ya que en ningún caso el margen de maniobra del que dispone una administración puede acabar implicando la realización de actuaciones injustificadas y no conformes con el principio de igualdad de trato. De tal modo, debemos concebir la igualdad como una actuación en la que los cargos públicos autonómicos valencianos velen por aplicar los mismos criterios ante situaciones semejantes cuando adopten decisiones, de lo contrario se aplicará “una vara de medir” distinta que, sin duda, hará desconfiar a la ciudadanía de su administración, al ver que no adopta criterios homogéneos.

El siguiente principio de actuación recogido en la Ley 1/2022 que pretende lograr una imparcialidad y ausencia de conflictos de intereses es el establecido en el art. 54.1.j: «Deben observar estrictamente el régimen de incompatibilidades establecido en el ordenamiento jurídico y evitar situaciones de conflicto de intereses tanto durante el ejercicio del cargo como tras el cese, y se deben abstener de intervenir en los asuntos en que concurra alguna causa que pueda afectar la imparcialidad».

De esta forma, se realiza en primer lugar un recordatorio a la necesidad de cumplir con el régimen de incompatibilidades, en el caso de los cargos autonómicos valencianos regulado en especial en la Ley 8/2016, de 28 de octubre, de Incompatibilidades y Conflictos de Intereses de Personas con Cargos

²⁰ STSJ de la Comunidad Valenciana (Sala de lo Contencioso-administrativo) n.º 257/2012, de fecha 22 de abril de 2012, rec. 686/2011

²¹ En concreto, en incurrir en un posible delito de prevaricación, ilícito que como expone Guerra Tschuschke (2021, 63) tiene «un hilo conductor que deriva de los arts. 9.3 y 103.1 de la Constitución española»

²² Sirva como ejemplo de una reciente resolución judicial que reitera la interdicción de la arbitrariedad de la administración la siguiente: STS (Sala de lo Contencioso-administrativo), n.º 1375/2020, de fecha 21 de octubre de 2020, rec. 6895/2018.

Públicos no Electos. Así pues, la regulación de los aspectos de las incompatibilidades es un aspecto habitual en toda normativa sobre buen gobierno, aunque no siempre resulte todo lo clarificadora que debería, como indica Gosálbez Pequeño (2021, 227): «el «mal gobernante» debe estar preterido legalmente; las incapacidades y las incompatibilidades legales han de ser precisas y suficientes».

En todo supuesto, como apunta Ochoa Monzó (2020, 105) en el caso de la Comunidad Valenciana: «se ha asistido en la legislatura 2015-2019 a un impulso importante de las normas de regeneración democrática» mediante la aprobación de la citada Ley 8/2016, así como otras que tratan de impulsar medidas de buen gobierno, como la Ley 11/2016, de 28 de noviembre, de la Generalitat, de creación de la citada Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana.

Hay que reseñar que inicialmente la regulación del art. 54.1.j solo regulaba los aspectos del régimen de incompatibilidades, pero no incluía una referencia expresa a los conflictos de interés, algo que resultaba necesario como indicó la Agencia Valenciana Antifraude en su resolución de enmiendas a esta norma²³ y, en particular, estableció la necesidad de vigilar los citados conflictos no solo durante el cargo sino tras su cese. Dicho cambio se veía justificando también a la luz del informe de la quinta ronda de evaluación a España elaborado por el GRECO²⁴, que en su considerando n.º100 establece el asunto de las llamadas «puertas giratorias» producidas tras el cese de altos cargos como «una de las áreas más problemáticas relacionadas con los conflictos de intereses del personal con altas funciones ejecutivas a los ojos de los ciudadanos». De ahí la necesaria inclusión en la Ley 1/2022 de la expresión «tras el cese», con el objeto de obligar a un mejor cumplimiento de esta actuación y permitir un mejor buen gobierno de los dirigentes autonómicos valencianos.

Por tanto, a raíz de la citada enmienda el art. 54.1.j incluye una referencia a que debe evitarse incurrir en conflictos de intereses por los cargos electos, lo cuales entiende Villoria Mendieta (2006, 219), como «no sólo las situaciones donde se da, de hecho, un conflicto inaceptable entre los intereses de un

²³ Resolución del director de la Agencia Valenciana Antifraude: Aprobación de las enmiendas a la Ley de Transparencia y Buen Gobierno de la Comunitat Valenciana. Acceso el 20 de junio de 2022. https://www.antifraucv.es/wp-content/uploads/2021/03/04_210225_resolucio_aprovacio_esmenes_castella_valencia-3.pdf

²⁴ Informe de la quinta ronda de evaluación a España sobre «Prevención de la corrupción y promoción de la integridad en Gobiernos centrales (altas funciones ejecutivas) y Fuerzas y Cuerpos de Seguridad», adoptado por el Grupo de Estados Contra la Corrupción (GRECO) del Consejo de Europa en su 83ª sesión plenaria del 21 de junio de 2019. Acceso el 20 de junio de 2022. <https://rm.coe.int/quinta-ronda-de-evaluacion-prevencion-de-la-corrupcion-y-promocion-de-/1680a5f3c2>

cargo público en tanto ciudadano personal y su deber como cargo público, sino también las situaciones en las que hay un aparente conflicto de intereses y en las que hay un conflicto de intereses potencial», produciéndose el primero «cuando hay un interés personal del que se puede pensar, razonablemente, que puede influir en el deber del cargo público, aunque de hecho no haya tal influencia indebida o no pueda haberla» mientras que en cuanto a potencial «puede ocurrir cuando un cargo tiene intereses personales que podrían generar un conflicto de intereses en algún momento futuro».

En todos estos casos, debería el cargo público autonómico valenciano abstenerse de participar en un asunto donde pudiera haber un conflicto de interés de cualquier tipo, ya que ello es la mejor garantía del buen gobierno. Puesto que, como expone Llop Ribalta (2012, 80), los principios de ética pública actualmente pasan no solo por un régimen de incompatibilidades, sino también por regular los conflictos de intereses que puedan surgir. Por tanto, la prevención de los conflictos de interés sirve también para conseguir otros principios de buen gobierno como explica Cerrillo Martínez (2019, 1-10), principios que también están regulados en la Ley valenciana 1/2022, como es el de integridad del art. 54.1.a. Así pues, la prevención de los conflictos de intereses supone la mejor herramienta de lucha contra la corrupción, en la medida en que se presume que los fraudes provienen principalmente de los mismos²⁵, y por tanto si los dirigentes públicos se comprometen a evitar dichos conflictos particulares se eleva notoriamente el compromiso con el buen gobierno autonómico.

Dicho precepto 54.1.j establece también como elemento para prevenir los citados conflictos que se produzca la abstención de los cargos en los asuntos públicos en los que puedan tener intereses. Precisamente Campos Acuña (2018, 109-117) expone cómo dicha abstención es la forma jurídicamente prevista para luchar contra los conflictos y que se regula en el artículo 23 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

En último lugar, encontramos otro principio referido a la imparcialidad y ausencia de conflicto de intereses en el apartado *k* del art. 54.1: «Deben ejercer el cargo en beneficio exclusivo de los intereses públicos, y deben actuar con imparcialidad e independencia en la toma de decisiones a fin de evitar que su actuación pueda estar condicionada por conflictos de intereses».

El concepto de imparcialidad ya había surgido a raíz del principio del art. 54.1.c de la citada Ley, incluyéndose como nuevo el principio de

²⁵ Precisamente en materia de gestión de fondos europeos la Orden HFP/1030/2021, de 29 de septiembre, por la que se configura el sistema de gestión del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia centra sus esfuerzos en evitar que se produzcan conflictos de intereses en la administración, ya que considera que son el principal foco de fraudes.

independencia. Habitualmente, el concepto de independencia se atribuye a los funcionarios públicos, para evitar injerencias indebidas por parte de los cargos públicos sobre las tareas que desempeñan dichos empleados, como bien recuerda Villoria Mendieta (2016, 5-38). Aunque en este supuesto se habla de una independencia del cargo público valenciano, que en su posición de responsable político debe actuar sin dejarse influir por presiones externas o internas que le animen a proceder de forma contraria al interés general.

Esta independencia tampoco se trata de un elemento nuevo recogido ahora en la Ley 1/2022, ya que, como ocurre con otros principios de buen gobierno, se encontraba previsto en normativa previa, como es el caso del art. 64.2 de la Ley 9/2017, en el que se indicaba que para luchar contra la corrupción en la que pudieran incurrir los órganos de contratación (que son dirigen-tes públicos) se establece que dentro del concepto de conflicto de interés se incluya aquella situación que pueda comprometer la independencia del órgano: «el concepto de conflicto de intereses abarcará, al menos, cualquier situación en la que el personal al servicio del órgano de contratación, que además participe en el desarrollo del procedimiento de licitación o pueda influir en el resultado del mismo, tenga directa o indirectamente un interés financiero, económico o personal que pudiera parecer que compromete su imparcialidad e independencia en el contexto del procedimiento de licitación». En definitiva, un concepto de independencia que, de nuevo, se liga a otros principios de buen gobierno anteriormente recogidos en el art. 54.1, como son la imparcialidad o la prevención de los conflictos de intereses.

V. PRINCIPIOS PARA LUCHAR CONTRA EL FRAUDE PÚBLICOS

En tercer lugar, encontramos aquellos principios de actuación que pretenden establecer un compromiso claro de lucha contra el fraude, para que los cargos públicos no incurran en corruptelas, y también evitar que no actúen cuando detecten alguna.

De tal forma, ubicamos el primero de ellos en el art. 54.1.i, que establece: «Deben comunicar a los órganos competentes, especialmente a los órganos e instituciones de control y fiscalización, cualquier actuación irregular de que tengan conocimiento. Para lo cual pueden hacer uso de los canales y las vías de denuncia o alerta que hay para comunicar posibles situaciones de irregularidades, malas prácticas, fraude o corrupción». Por tanto, este precepto obliga a los responsables públicos a avisar de posibles irregularidades como garantía para proteger el buen gobierno autonómico.

En la práctica, este principio está estableciendo la obligación de que los responsables políticos autonómicos adviertan de cualquier irregularidad que descubran en el ejercicio de su cargo, por tanto, que se conviertan en denunciantes de posibles corruptelas. Gosálbez Pequeño (2019, 1) nos define que

entendemos por denuncia en el caso de una administración: «dar una noticia administrativa» que pueda dar lugar a desvelar un caso de corrupción, y aunque esta definición se refiere a cómo debe interpretarse una denuncia presentada por un particular ante una administración, lo cierto es que en la práctica se puede tratar de forma semejante para los supuestos en los que un cargo público notifique a los órganos competentes la necesidad de vigilar el cumplimiento de la legalidad de una posible irregularidad, ya que en ambos casos alertan de la corrupción.

De hecho, este art. 54.1.i establece que deben notificarse a los órganos competentes las posibles irregularidades detectadas. Estos órganos son la intervención u órgano de control interno que exista que, sin duda, podrá actuar analizando cada caso concreto y si efectivamente corrobora que no existe algo conforme a la ley, tomar las medidas necesarias para evitarlo. Si bien, se tratan éstos de órganos de control interno de la organización, que no siempre resultan los más aconsejados para detectar la corrupción, puesto que pueden tener intereses afectados en ese caso concreto o, en el peor de los supuestos, incluso haber participado de las irregularidades denunciadas.

Por ello, para poder advertir sobre las posibles corruptelas puede resultar más efectivo la existencia de un órgano externo que actúe de forma independiente y ante el que puedan dirigirse las alertas de fraudes, como defiende Benítez Palma (2018, 11-42). Por tanto, la creación de este tipo de autoridad independiente ante la que poder denunciar la corrupción permite complementar el sistema actual de control de la legalidad existente, sin perjudicar el actual, ya como expone Bueno Sánchez (2022, 239) ello no supone ninguna duplicidad, sino que sirve para «colmar todos los espacios de impunidad y de falta de reacción pública contra estos comportamientos irregulares».

En el caso valenciano, se creó la Agencia Valenciana Antifraude (AVAF) en el año 2016, y como reza el preámbulo de la Ley 11/2016, de 28 de noviembre, de la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana, ésta se trata de: «un instrumento de prevención, investigación y combate del fraude y la corrupción, y también para proteger a las personas denunciantes»²⁶. Por tanto, para el principio de buen gobierno previsto en el art. 54.1.i los cargos públicos autonómicos de la Comunidad Valenciana pueden utilizar dicha Agencia Valenciana Antifraude²⁷ para poder alertar de posibles corruptelas que detecten y así cumplir

²⁶ A este respecto, indicar que la AVAF establece un estatuto de los denunciantes de corrupción, en el artículo 14 de la citada Ley 11/2016, para dar amparo a aquellas personas que alertan de la corrupción y así evitar que sufran posibles represalias.

²⁷ En referencia a la AVAF, resulta necesario matizar que la Agencia, mediante una enmienda, trató de incluir expresamente en dicho art. 54.1.i la referencia a que en caso de un dirigente público detectara un posible fraude lo podía poner en conocimiento del buzón

con este principio de actuación y, al mismo tiempo, verse beneficiados de la protección a los alertadores que ofrece la agencia. Como explica Nieto Martín (2020, 11), las agencias, como la valenciana, se constituyen en «la casa de los alertadores», ya que los protegen de posibles represalias por denunciar la corrupción.

Con todo, podemos entender este principio del art. 54.1.i como una auténtica exigencia a los cargos públicos autonómicos de que si detecta un posible fraude tengan la valentía de ponerlo en conocimiento de los órganos que puedan verificar si se procede verdaderamente una corruptela²⁸. Por tanto, se exige, con acierto, un “nivel ético” considerable a los cargos públicos autonómicos, de forma que no solo que eviten cometer irregularidades, sino que además sean capaces de alertas de las que puedan detectar.

El siguiente principio de actuación de buen gobierno que pretende evitar corruptelas es el recogido en el art. 54.1.m, al indicar que: «Deben cumplir la política de regalos que establezca el código ético o código de buen gobierno de la institución a la cual pertenezcan, no deben aceptar regalos que sobrepasen los usos y las costumbres de cortesía, ni tampoco aceptar favores o servicios en condiciones ventajosas que puedan condicionar el ejercicio de sus funciones».

La gestión de la política de regalos en los cargos autonómicos supone uno de los principales ámbitos donde deben centrar sus esfuerzos las políticas de buen gobierno. Considerando que el ofrecimiento de regalos a cargos públicos ha sido y sigue siendo una situación frecuente exigía de una regulación para evitar que dichos regalos se realicen en la práctica como una contraprestación para poder exigir en el futuro un determinado favor a un cargo público autonómico, lo que supondría una práctica fraudulenta y corrupta.

En efecto, como indica Maraña Sánchez (2010, 3637), los presentes podrían tratar de romper los principios de imparcialidad y objetividad y destaca que el 39% de la población creen que es una forma de ganar favores. Por

de denuncias de la AVAF, para potenciar así el papel de fiscalización de buen gobierno de esta institución. Aunque esta propuesta no fue aceptada por las Cortes Valencianas en la tramitación parlamentaria, lo cierto es que la opción de que dirigente público acuda a la AVAF en caso de detectar corruptelas sigue abierta.

²⁸ De hecho, actualmente se encuentra en tramitación el Anteproyecto de Ley reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción, y aunque, como se ha indicado, la citada Ley valenciana 11/2016, ya establece una protección para los denunciantes de corrupción que utilicen la AVAF, con la aprobación de del citado anteproyecto estatal se ayudará notoriamente a proteger más a los alertadores de corrupción, de forma que la denominada actitud valiente que se exige a los cargos que denuncien la corrupción ya no será tanta, puesto que estarán más protegidos al alertar de corrupción y cumplir con la exigencia del art. 54.1.i de la Ley valenciana 1/2022.

tanto, como manifiesta el autor, parece deducirse que los regalos pretenden generar favores que los regaladores pretenden cobrar en el futuro, lo que genera una clara situación de conflicto de interés²⁹ y hace perder los principios constitucionales indicados.

En concreto, en el caso de este principio de actuación sobre regalos, la Ley 1/2022 se remite al Código de Buen Gobierno de la Generalitat Valenciana, aprobado mediante Decreto 56/2016, del Consell, de 6 de mayo. En dicho Código la referencia a que los regalos no superen los «usos habituales, sociales y de cortesía, por razón de su cuantía o causa, o que pueda condicionar la neutralidad u objetividad de su cometido», y se indica que los cargos deberán devolver aquellos que superen este límite. Además, se establece la obligación de incluir en el portal de transparencia los regalos que sí han sido aceptados, algo que contribuye a cumplir también con el principio de transparencia del apartado *a* del art. 54.1, y que como Cerrillo Martínez (2019, 3) indica: «Una mayor transparencia de los regalos puede contribuir a una mayor integridad de los cargos y empleados públicos», por lo que el autor manifiesta la importancia de la correcta difusión de los regalos en los portales de transparencia.

Aunque la referencia a los regalos en las disposiciones sobre buen gobierno resulta más que conveniente, por los motivos indicados, lo cierto es que en clave crítica es necesario decir que podría haberse incluido una regulación más detallada, como sugería la Agencia Valenciana Antifraude en su enmienda³⁰ a la proposición de la actual Ley 1/2022, donde proponía que cada institución incluyera un contenido mínimo sobre regalos que detallara «umbrales máximos y obligaciones de notificación, devolución, registro y divulgación de los regalos»³¹.

Por tanto, este principio de buen gobierno obliga a los cargos públicos a ser capaces de rechazar aquellas dádivas cuya aceptación podría estar ligada a que el que regala espere un futuro favor del cargo público. Ante esta situación, el dirigente ha de tener una auténtica “altura de miras” ética, exigiéndole la ley valenciana no solo que sepa detectar aquellos regalos que deben ser rechazados, sino también saber rehusar uno que se le ofrezca que cumpla los requisitos. Como se indica, supone verdaderamente una auténtica

²⁹ También Pérez Monguió (2019, 1) nos expone que, en efecto, la costumbre de regalar a cargos públicos «no siempre es inocua pues puede afectar a la imagen de la Administración y provocar situaciones de conflicto de interés».

³⁰ Resolución del director de la Agencia... *op. cit.*

³¹ De nuevo, esta es una propuesta que la AVAF realizaba a la vista del informe de la quinta ronda de evaluación a España del GRECO que establece en su considerando n.º93, precisamente, dicha necesidad de incluir los citados contenidos mínimos en toda política de regalos de una institución pública.

exigencia de buen gobierno para el dirigente autonómico, ya que para el que ofrece el regalo la declinatoria del cargo público a recibirlo puede interpretarse como un acto de descortesía social y por ello puede suponer un verdadero reto para el cargo público dicho rechazo.

El siguiente principio que pretende evitar corruptelas es el del apartado g del art. 54.1.g: «[los dirigentes públicos] son responsables de sus actuaciones y de las actuaciones de los organismos que dirigen, con plenas garantías de ausencia de arbitrariedad en la adopción de las decisiones que adoptan». Encontramos así un principio de responsabilidad que surge con este precepto de buen gobierno, ya que si los dirigentes públicos asumen efectivamente las responsabilidades de las decisiones tomadas (en especial de las realizadas incorrectamente) ello supone una excelente forma de evitar que realicen actuaciones fraudulentas en el futuro, ante el temor a las represalias jurídicas correspondientes. En casos de incumplimiento de sus responsabilidades, Lifante Vidal (2021, 40) expone las causas que pueden generar esta falta de actuación diligente, que genera responsabilidades que deberán asumirse: «algunos casos de mal desempeño de una responsabilidad pública tienen que ver con que la actuación del sujeto no vela por los intereses a los que ha de servir (sustituyéndolos por otros, u ocupándose sólo de algunos de ellos), mientras que otros se explican por la desidia o falta de capacidad del sujeto para desempeñar adecuadamente sus funciones», por tanto, en estos casos es cuando entra en juego este principio de buen gobierno de asumir la responsabilidad de las actuaciones realizadas.

Para seguir aproximándonos al concepto de responsabilidad, nos sirve también como referencia el que se dio en la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración Pública,³² que estableció entre sus principios éste, al indicar que a causa del «principio de responsabilidad la Administración Pública responderá de las lesiones en los bienes o derechos de los ciudadanos ocasionados como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos o de interés general de acuerdo con el ordenamiento jurídico correspondiente». Esta definición nos recuerda, en gran medida, a la responsabilidad patrimonial que debe asumir la administración por un daño ocasionado, aunque en el ámbito del buen gobierno esta responsabilidad no solo puede ser patrimonial, sino también penal, administrativa o contable como consecuencia de cualquier actuación incorrecta realizada por un cargo público por ser contraria al interés general,

³² Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración Pública, aprobada por el Consejo Directivo del CLAD en reunión presencial-virtual celebrada desde Caracas el 10 de octubre de 2013. Acceso el 25 de junio de 2022. https://intercooneca.aecid.es/Documentos%20de%20la%20comunidad/Carta_%20Derechos%20y%20Deberes%20Ciudadano.pdf

por tanto, se trata de una responsabilidad transversal a todas las políticas públicas.

Por ende, la regulación que establece el art. 54.1.g va en esta línea de permitir un mayor control de las actuaciones de los operadores públicos al establecer en su articulado el principio de responsabilidad como elemento fundamental del buen gobierno. De hecho, fomentar el cumplimiento de este principio supone un gran avance hacia una política pública que garantice mejor los intereses ciudadanos, ya que como indica Ramió (2017, 8), uno de los principales problemas actuales es la falta de asunción de responsabilidades por los dirigentes. De esta forma, advierte Ramió (2017, 8), los dirigentes tratan de eludir responsabilidades mediante la no adopción de decisiones.

Por tanto, debemos entender que el principio de responsabilidad no solo tiene un sentido en exigir la rendición de cuentas a quien adopte una decisión contraria al interés general, sino también para aquella persona que se abstenga de llevar a cabo una política pública y que esta omisión de cumplir su deber perjudique los intereses ciudadanos, ya que ambas acciones son ejemplos de mal gobierno. En definitiva, un principio de responsabilidad que implica la necesidad de que los dirigentes públicos no eludan o traten de eludir sus obligaciones y sepan capaces de aceptar las consecuencias de las mismas sin excusas injustificadas, algo que de nuevo exige una actitud valerosa de los mismos, que no deben valerse de artificios para evitar las responsabilidades atribuías a su cargo público.

El último principio de buen gobierno que pretende evitar corruptelas es el recogido en el art. 54.1.l que establece: «Deben guardar la reserva debida respecto de los hechos o de las informaciones conocidas con motivo del ejercicio de sus competencias; deben usar la información exclusivamente en beneficio del interés público, y no pueden obtener ninguna ventaja, propia ni ajena, de la información manejada».

Ello implica que los cargos públicos autonómicos deben guardar el debido secreto de los asuntos que conozcan como servidores públicos, ya que ello evitará incurrir en prácticas fraudulentas que se alejen de la persecución de los intereses generales. Ello incluye también guardar secreto y no difundir los datos personales que contengan los documentos a los que tenga acceso, como reitera Brines Almiñana (2021, 35). Por tanto, se trata de proteger mediante este principio que no se produzca la divulgación no solo de los intereses propios de la administración que no quiere difundir una determinada información, sino también proteger el derecho fundamental a la protección de datos personales que puedan existir en tales documentos.

Como explica Sánchez Adsuar (2005, 2308), este deber de guardar reserva de los asuntos conocidos se basa también en: «razones de interés público y privado, que se resumen en el buen funcionamiento de la

Administración Pública»³³. Por ello, si no hubiera este límite en cuanto a la divulgación de la información, en cada ocasión que fuera a adoptarse una determinación política por los cargos electos, al haberse divulgado indebidamente la información que sirve para adoptar una decisión, dicha decisión se podría ver afectada por agentes externos y podría llegar a desviarse la actuación de la persecución del interés general constitucionalmente previsto.

De hecho, la propia normativa estatal de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, la Ley 19/2013, regula en su art. 14.1.k que uno de los límites al derecho de acceso a la información pública es precisamente «La garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión», un límite también aplicable en el ámbito autonómico como nos recuerda el art. 28.1 de la Ley 1/2022. En consecuencia, si divulgar una información de la administración puede afectar al proceso de toma de decisión, deberá evitarse para salvaguardar los intereses públicos frente a los particulares.

Como nos recuerda la STSJ de Madrid n.º 704/2001³⁴, al analizar el régimen de infracciones de funcionarios públicos previsto en la normativa estatal³⁵ existe un problema en este ámbito por «no guardar el debido sigilo respecto a asuntos que se conozcan por razón del cargo, cuando causen perjuicios a la administración o se utilice en provecho propio», por tanto, debe rehuirse la divulgación indebida tanto cuando pueda afectar a los intereses públicos como cuando el cargo electo que difunda la información lo haga para beneficiar unos intereses particulares y no el general.

Por tanto, dicha difusión ilegal de la información de la administración podría desembocar incluso en un delito de revelación de secretos si, como indica la STS n.º 68/2013³⁶, «el comportamiento ilícito del acusado sí ocasionó a la Administración Pública el perjuicio propio contemplado en el tipo básico del delito de revelación de secretos (art. 417.1 del C. Penal), al resultar afectada la imparcialidad, objetividad y la eficacia de un relevante servicio público». Por ello, no solo hablamos de una exigencia de buen gobierno aplicable a los cargos públicos consecuencia de la Ley 1/2022, sino que

³³ En concreto, el autor lo justifica en la «eficacia, relativo al proceso de toma de decisiones requiere una cierta reserva o secreto que permita valorar sin presiones las circunstancias del caso y evitar la difusión de rumores contradictorios».

³⁴ STSJ de Madrid (Sala de lo Contencioso-administrativo), n.º 704/2001, de fecha 6 de junio de 2001, rec. 55/2000.

³⁵ En concreto, el artículo 7.1.j del Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, del Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado establece como falta grave no guardar el debido sigilo, algo que aunque es aplicable a empleados públicos se trata de una obligación extensible a los cargos electos y responsables políticos, puesto que, como se indica, es también una obligación de buen gobierno recogida en la Ley 1/2022.

³⁶ STS (Sala de lo Penal) n.º 68/2013, de fecha 27 de enero de 2013, rec. 467/2012.

incluso podrían derivarse responsabilidades penales si no se guarda la reserva debida de los asuntos conocidos.

En definitiva, el deber de reserva exige a los cargos públicos autonómicos una actitud discreta, de forma que no difundan indebidamente la información que conozcan en el ejercicio de su cargo, ya que ello iría en contra de los intereses de la administración. Se trata, por tanto, de una exigencia que aunque no resulta nueva sí requiere en muchas ocasiones de un esfuerzo para los cargos electos, que ante la tentación de poder compartir dicha información con otras personas y así obtener un posible beneficio frente al resto de la sociedad deberán abstenerse en aras a conseguir alcanzar el principio de buen gobierno autonómico.

VI. PRINCIPIOS PARA GARANTIZAR LA RENDICIÓN DE CUENTAS A LA CIUDADANÍA

La última categoría de principios de buen gobierno recogidos en el artículo 54.1 es el compuesto por aquellos que pretenden conseguir una rendición de cuentas hacia la ciudadanía.

Esta rendición se realiza tanto mediante una mayor participación ciudadana en la elaboración de las políticas públicas, como mediante la implementación transversal de políticas de rendición de cuentas en todas las actuaciones públicas.

El primero de ellos es el recogido en el art. 54.1.d que establece: «En la elaboración de las políticas públicas y de las normas, debe prevalecer el principio de participación, que refuerce la interacción con organismos autonómicos y locales y la sociedad civil». Por tanto, la participación ciudadana queda recogida expresamente en este principio de buen gobierno, que permite realizar una mejor rendición de cuentas a la ciudadanía, en la medida en que se les hace más partícipes de las políticas públicas y por tanto la población puede fiscalizar adecuadamente la labor del gobierno autonómico.

Debemos detenernos, para iniciar dicho análisis, en la cuestión sobre la competencia autonómica para desarrollar aspectos de participación ciudadana, elemento que ha sido confirmado por Fernández Silva (2022, 7) al indicar que «no impide que el legislador autonómico y los poderes públicos en general puedan desarrollar otras formas de participación no encuadrables en el 23.1 CE³⁷, pues según el art. 9.2 CE corresponde a los poderes públicos

³⁷ Como nos explica el propio Fernández Silva, las formas de participación política encuadrables dentro del art. 23.1 CE que según la STC 119/1995 exigen de desarrollo por ley orgánica (y por tanto no pueden regular las comunidades autónomas) son solo: el referéndum, la iniciativa legislativa popular y el concejo abierto. Por tanto, el resto de elementos de participación ciudadana puede desarrollarse libremente por las comunidades autónomas.

facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social».

La potestad de fomentar políticas públicas participativas supone un elemento de buen gobierno, en efecto, Sierra Rodríguez (2022, 5) considera que implementar mecanismos de democracia participativa permite involucrar antes a la ciudadanía en las decisiones y legitimar así las decisiones públicas que se adopten. Por ello, la apuesta de la Comunidad Valenciana por hacer partícipes a la ciudadanía de las políticas públicas y normas elaboradas permite avanzar hacia una entidad autonómica que garantice la rendición de cuentas ciudadana. Por su parte, Castellanos Claramunt (2019, 350) considera que el surgimiento de la participación ciudadana en todas las administraciones: «arranca de lo que se ha dado en llamar el cansancio ciudadano, es decir, la pérdida de expectativas de la población sobre la clase política y su desencanto con las instituciones».

Por tanto, para superar dicho «cansancio ciudadano» resulta más que necesaria la inclusión de la participación ciudadana en las políticas públicas, de forma que no se adopte de forma unilateral por los dirigentes autonómicos las principales decisiones políticas de la Comunidad Valenciana. Por ello, dicha apuesta por la participación ya se hizo con la Ley 2/2015, de 2 de abril, de la Generalitat, de transparencia, buen gobierno y participación ciudadana de la Comunitat Valenciana, que regula de forma ampliar el aspecto. Todo ello se ve, finalmente, reflejado, precisamente con la aprobación de la citada Ley 1/2022, cuya disposición final determina que la Ley 2/2015 pase a llamarse únicamente Ley de participación ciudadana de la Comunidad Valenciana.

En definitiva, mediante esta inclusión de la participación ciudadana dentro de los principios de buen gobierno del art. 54.1.d se hace una apuesta clara por hacer partícipe a la sociedad civil valenciana, tanto individualmente como agrupado en asociaciones culturales, de vecinos, deportivas, etc., de las políticas autonómicas. Sin duda, este nuevo paso es de gran valor, ya que como explica Ubasart González (2009, 765-809) de este modo pasan a formar parte de la ejecución de las políticas públicas una pluralidad de actores, no solo sus dirigentes.

Dicha participación ciudadana supone, en definitiva, permitir a la ciudadanía que sea parte activa del gobierno autonómico, no solo mediante unos comicios cada cuatro años, sino consultándoles de forma permanente las principales decisiones públicas, sobre todo aquellas que resulten más controvertidas o puedan más crispación entre la opinión pública, ya que ello permitirá adoptar aquellas políticas que resulten más consensuadas con la ciudadanía, lo que permite, por tanto, que la misma pueda realizar una adecuada rendición de cuentas de lo que efectúa su gobierno autonómico.

El último apartado del art. 54.1, y por tanto el último principio de actuación de buen gobierno recogido en la norma y en esta categoría de principios

para conseguir una rendición de cuentas, es el del apartado *g*, que precisamente establece que los dirigentes políticos: «deben adoptar la rendición de cuentas como un principio básico de actuación, deben publicar sus compromisos y deben diseñar y evaluar de forma objetiva periódicamente sus políticas públicas». La obligación de rendición de cuentas ya ha sido referenciada en el análisis de los anteriores principios, pero la norma valenciana ha decidido, con acierto, incluirlo como un principio de buen gobierno independiente para fomentar su uso.

En efecto, esta política de rendición de cuentas es un elemento fundamental en toda actuación pública y, como no podía ser de otra forma, se encuentra estrechamente ligado a otros principios de buen gobierno anteriormente indicados, tales como la transparencia o la participación³⁸. Así mismo, encontramos conexiones con el principio de buen gobierno reflejado en el art.54.1.m que incluye la prohibición de recibir regalos que superen los usos habituales, ya que, como expone Ramió (2017, 23), una sociedad donde la rendición de cuentas está ampliamente extendida, no da presentes a los cargos públicos.

El principio de responsabilidad, previsto en el apartado *g* del citado art. 54.1 guarda asimismo relación con la rendición de cuentas, en la medida en que para que dicha rendición sea absoluta, los dirigentes públicos deben ser responsables de todas sus actuaciones en todo caso, como bien recuerda Suárez Robledano (2015, 41) al remarcar que no puede eximirse de la responsabilidad al dirigente por la mala gestión de fondos. Por tanto, incluso para que la rendición de cuentas sea correcta, la responsabilidad contable o civil que pueda existir se debe transmitir a los herederos, con el objeto de que si un cargo público hubiera dañado a las arcas públicas con su actuación se indemnice a la administración de los gastos generados.

Esta rendición de cuentas está prevista como una forma de buen gobierno, pero como afirma Manotas Rueda (2022, 70): «resulta imposible plantear una rendición de cuentas real sin una previa planificación», lo que coincide con lo indicado en el art 54.1.q, que obliga a diseñar y evaluar las políticas públicas. Por ello mismo, a este título III de la Ley 1/2022 dedicado al buen gobierno le sigue un título IV de planificación y evaluación, ya que sin estos elementos, los principios de actuación y el resto de medidas de buen gobierno prevista perderían sentido.

Precisamente, el artículo 54.2 precisa con más detalle cómo se debe materializar la actuación pública basada en la rendición de cuentas y también en una acción de gobierno transparente; en concreto, dicho apartado

³⁸ Así nos lo recuerda Matute González (2018, 69) al indicar que la rendición de cuentas en México se vincula con «la gestación de la opinión ciudadana informada», por tanto, con una mayor transparencia en las decisiones, una reflexión perfectamente aplicable también al caso español y valenciano.

establece que ello puede lograrse, en primer lugar, compartiendo con la ciudadanía las decisiones tomadas (art. 54.2.a). En este sentido, Criado y Rojas Martín (2015, 11) sostienen que el uso de las redes sociales por las administraciones resulta muy relevante para explicar las políticas públicas ejecutadas porque dan «la oportunidad para incorporar inteligencia social dentro de la acción pública mediante nuevas vías de colaboración con la sociedad». De este modo, se difunden de forma más idónea dichas decisiones públicas a través de un canal (las redes sociales³⁹) que resulta más próximo a la ciudadanía, lo que redundará en una más efectiva rendición de cuentas. Por todo ello, resulta necesario que se usen las mismas para explicar la gestión pública realizada a la ciudadanía, tanto de los avances como de las dificultades, como afirma la Ley 1/2022, ya que ello es un elemento más del buen gobierno.

Prevé también el art. 54.2.b la importancia de que la rendición de cuentas incluya la explicación de cómo se han administrado los recursos públicos, lo que permite referirnos de nuevo a principios de buen gobierno anteriormente analizados, como el de eficacia, el de gestión financiera justa o el deber de conservar los recursos y bienes públicos adecuadamente. Este precepto exige también que exista una coherencia entre la correcta administración de los recursos y su adecuada planificación de los mismos, lo que refleja la necesidad, por tanto, de una planificación de carácter económico para lograrlo. Palacios Albarsanz (2018, 27) recalca precisamente que para conseguir una adecuada organización de los recursos públicos debe haber una correcta planificación para el cumplimiento de las políticas públicas.

El siguiente mecanismo que establece dicha Ley 1/2022 para conseguir la oportuna rendición de cuentas y administración transparente es establecer mecanismos de mejora continua en la administración (art. 54.2.c). Como explican Suárez Barraza y Ramis Pujol (2008, 74-86), debe haber una clara voluntad política de que se haga efectivo dicho proceso de mejora continua

Según Palacín Sáenz (2018, 9) se entiende esta mejora continua como «una actitud, y es una competencia de los servidores públicos que lideran los procesos de cambio en la Administración». Exige, por tanto, un esfuerzo adicional para los cargos públicos autonómicos, porque les obliga permanentemente a revisar sus actuaciones públicas para solucionar aquello que deje de satisfacer el interés general, por tanto, es una exigencia de rendición de cuentas y de buen gobierno que requiere, como avanzamos antes, una clara voluntad política de mejora.

³⁹ Se reafirman en esta idea también Simelio Solà y Molina Rodríguez-Navas (2014, 489), que exponen que para luchar contra el desprestigio de los dirigentes públicos y recuperar la confianza de la ciudadanía puede hacerse uso de las de las redes sociales.

En último lugar, el citado art. 54.2 expone otra exigencia más de la administración autonómica para lograr la rendición de cuentas, que es la obligación de facilitar el control y evaluación de la acción de gobierno (art. 54.2.a). Como expone Bañón Martínez (2008, 25), la evaluación debe incluir «las finalidades de las acciones públicas, explícitas y latentes, la eficacia de la acción o del ciclo que se evalúe (formulación, implementación, resultados) y la vigencia de la Ética Pública», lo que, como entiende el autor, supone «hacer potencialmente vulnerables a los responsables de las políticas y de las organizaciones públicas», ya que les exige a un ejercicio de dación de cuentas más preciso que les obligará a actuar de una forma íntegra desde el inicio de su actuación. Esta exigencia consigue el efecto de disuadirles de alejarse de los intereses generales autonómicos.

Hablamos de nuevo de un cambio de paradigma sustancial derivado de esta Ley 1/2022 pues, como afirma Bravo Rey (2022), «integrar la cultura de la integridad en la gestión cotidiana de cada Administración exige, en primer término, que se tome consciencia del cambio trascendental que ello implica en el modo y manera de hacer las cosas». En efecto, en el criterio del Consell de la Generalitat Valenciana⁴⁰ reflejado en la proposición de ley que posteriormente pasaría a ser la Ley 1/2022, se indicó por el ejecutivo autonómico valenciano su criterio favorable a la aprobación de la misma por tratarse de una norma que permitía crear una «infraestructura ética que tiene que sustentar el buen gobierno». Por tanto, nos encontramos ante un cambio cultural, al que la administración no está habituada, pero supone un elemento fundamental para lograr el buen gobierno autonómico.

Con todo, entendemos el principio de rendición de cuentas como una exigencia para que los cargos públicos permitan que la ciudadanía pueda fiscalizar adecuadamente sus actuaciones, actuando de una forma que no impida el control permanente de la opinión pública, lo que obligará a dichos dirigentes a adoptar las mejores decisiones públicas posibles para evitar precisamente una crítica de la población a la que representan.

VII. CONCLUSIONES

Mediante la regulación detallada de estos principios de gobierno previstos en el artículo 54 de la Ley valenciana 1/2022 se reafirma la voluntad de esta autonomía de realizar una mejor gestión pública con la obligación para sus dirigentes autonómicos de llevar a cabo un servicio público

⁴⁰ Dicho criterio del Consell de la Generalitat Valenciana en referencia a la que sería la nueva Ley 1/2022 puede consultarse en el *Boletín Oficial de les Corts Valencianes* nº119, de 13 de noviembre de 2020. Acceso el 11 de julio de 2022. https://www.cortsvaencianes.es/publicaciones-CV/obtenerPdfBO?f_id_bocv=X00119000

ejemplarizante, con una gestión económica y patrimonial adecuada, actúen con imparcialidad y ausencia de conflictos, luchan contra el fraude público y traten de conseguir una mejor rendición de cuentas de cara a la ciudadanía.

Si bien, como se ha analizado, la problemática principal en estos principios es que están formulados de una forma genérica, para ser de aplicación a cualquier situación de gestión pública. Lo cual supone un «arma de doble filo», ya que, aunque ninguna actuación de un servidor público valenciano escaparía a no estar sometida a estos principios, su formulación general obliga a concretar en cada caso concreto que es o no es buen gobierno. En consecuencia, al tratarse de conceptos jurídicos indeterminados, existe un margen de apreciación que un mal gobernante podría aprovechar para tratar de eludirlos y dejar de servir al interés general.

Es necesario matizar que tampoco se trata esta de una problemática concreta que se ubique únicamente en la Ley valenciana 1/2022, ya que, en general, las regulaciones sobre el buen gobierno en el ámbito estatal y en otras autonomías consisten mayoritariamente en una regulación de principios genéricos, pues resulta imposible abarcar la totalidad de situaciones públicas en las que podría haber una situación de mala gestión.

En todo caso, los esfuerzos de esta norma valenciana por garantizar el cumplimiento del buen gobierno son notorios, como hemos expuesto al analizar el artículo 54.2, pues dicho precepto obliga a los dirigentes públicos a actuar con transparencia y facilitar el control y la evaluación de las políticas públicas, de manera que no solo observen los principios de buen gobierno analizados, en concreto de la rendición de cuentas, sino que, efectivamente, tomen medidas para cumplirlos en la práctica.

Además, resulta reseñable una regulación de principios de buen gobierno autonómico que va más allá de la estatal prevista en el artículo 26 de la Ley 19/2013, de forma que en el caso de la Comunidad Valenciana se establece un elenco más amplio de principios y con detalles más concretos, como por ejemplo, la no utilización de las tarjetas bancarias o el hecho de no otorgar reconocimientos honoríficos a personas condenadas penalmente, elementos que no se encuentran en el caso de la regulación de buen gobierno estatal.

Si bien, junto con esta necesaria alabanza a la existencia de principios de buen gobierno autonómicos más amplios que en la norma estatal, también es necesario precisar que todavía existen principios autonómicos que podrían haberse detallado con más profundidad, como ocurre en el caso de la regulación de los regalos recibidos por los cargos públicos; que, como se ha indicado, podría haber incluido un detalle más preciso, con unos estándares mínimos, para permitir una mejor gestión. De igual modo sucede con el principio de obligatoriedad de poner en conocimiento de los órganos competentes las irregularidades detectadas, donde podría incluirse una regulación más precisa (o al menos, una referencia a su necesario desarrollo reglamentario en

la materia) para establecer qué pasos concretos deberían seguir los cargos públicos para alertar de una posible corruptela que podría afectar negativamente a la administración; un procedimiento tasado de cómo realizar dicho aviso de posible irregularidad a los órganos de control evitaría que un cargo público omitiera alertar alegando, por ejemplo, que no había un procedimiento detallado para ello.

En todo caso, y para finalizar, vemos que los esfuerzos realizados por la administración valenciana para proteger el buen gobierno mediante estos principios resultan esenciales para mejorar la confianza de la ciudadanía en la administración, ya que los mismos suponen la guía del buen gobernante público autonómico. No obstante, sigue siendo fundamental un claro compromiso ético de los dirigentes para garantizar esta buena gestión. Ello es así porque los principios de buen gobierno citados solo se consiguen con un empeño claro del dirigente público autonómico de querer respetarlos. Nadie mejor que el propio responsable para saber si sus decisiones han podido verse influidas por agentes externos o por motivos internos contrarios al interés general del art. 103 CE; y por tanto si respetan o no los citados principios de actuación. Por tanto, un compromiso personal del responsable político con la ética pública supone la mejor herramienta para garantizar estos principios de buen gobierno.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- AL HASANI MATURANO, Amir. 2019. «La transparencia como elemento preventivo de corrupción y principio de buena administración», *Papeles: El tiempo de los derechos* 10, 1-17. Acceso el 4 de julio de 2022. <https://redtiempodelosderechos.files.wordpress.com/2019/01/transparencia-administracion-10-19.pdf>
- ARRIBAS REYES, Esteban. 2019. «Pactos de integridad». *Economía. Revista en Cultura de la Legalidad* 17: 328-348. doi: <https://doi.org/10.20318/economia.2019.5037>.
- BAÑÓN Y MARTÍNEZ, Rafael. 2003. *La evaluación de la acción y de las políticas públicas*. Madrid: Díaz de Santos.
- BENÍTEZ PALMA, Enrique. 2018. «El control externo y el whistleblowing (canales de denuncia)». *Revista española de control externo*, n.º59: 11-42.
- BRAVO REY, Irene. 2022. «Practicar la integridad pública: apuesta de la nueva Ley de Transparencia y Buen Gobierno de la Comunidad Valenciana». *Confilegal*, 1 de abril. Acceso el 2 de julio de 2022. <https://confilegal.com/20220501-practicar-la-integridad-publica-apuesta-de-la-nueva-ley-de-transparencia-y-buen-gobierno-de-la-comunidad-valenciana/>
- BRINES ALMIÑANA, Javier. 2021. «Seguridad del tratamiento de los datos personales». *El Consultor Visión de la Editorial Wolters Kluwer*: 1-41.
- BUENO SÁNCHEZ, José Miguel. 2022. «Oportunidad legal y necesidad democrática de crear una Autoridad Administrativa Independiente de lucha contra la Corrupción y Protección del Denunciante». *Revista de Administración Pública* 217: 209-240. doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.217.07>

- CAMPOS ACUÑA, Concepción. 2018. «La regulación del conflicto de intereses en la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público, y el papel de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación». *El Consultor de los Ayuntamientos de Wolters Kluwer*, n.º 6: 109-117.
- CÁRCAR BENITO, Jesús Esteban. 2014. «Los principios de la igualdad y la solidaridad desde las tecnologías de la información y la comunicación en el derecho a la salud y la administración electrónica». *DS: Derecho y salud*, vol. 24, n.º extra 1: 208-221.
- CARRILLO DONAIRE, Juan Antonio. 2010. «Buena administración, ¿un principio, un mandato o un derecho subjetivo?». En *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, dirigido por Juan Alfonso Santamaría Pastor, 1137-1165. España: La Ley.
- CASTELLANOS CLARAMUNT, Jorge. 2019. «Participación ciudadana y posverdad: la amenaza de la posverdad participativa». *Personas y derecho: Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y Derechos Humanos* 81: 349-384. doi: <https://doi.org/10.15581/011.81.349-384>.
- CERDÀ MARTÍNEZ-PUJALTE, Carmen. 2005. «Los principios constitucionales de igualdad de trato y de prohibición de la discriminación: un intento de delimitación». *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, n.º 50-51: 193-218.
- CERRILLO MARTÍNEZ, Agustí. 2019. «Un nuevo impulso de la integridad pública para la prevención de conflictos de intereses y la corrupción». *Actualidad Administrativa de la Editorial Wolters Kluwer*, n.º Extra 1: 1-10.
- . 2021. «La integridad como instrumento para la prevención de los conflictos de intereses en la contratación pública». *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 25: 371-401. Acceso el 13 de junio de 2022. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=503867013012>.
- CHAVES GARCÍA, José Ramón. 2017. «La equidad como garantía del tercero de buena fe en los procedimientos selectivos». *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas* 13: 118-131. Acceso el 15 de junio de 2022. www.ivap.euskadi.eus/z16-a3rvop/es/contenidos/informacion/copia12_revpg/es_def/index.shtml.
- . 2018. «La desviación de poder: modelo para rearmar». *El Consultor de los Ayuntamientos de Wolters Kluwer*, n.º 4: 127 y siguientes.
- CLEMENTE MARTÍNEZ, Jaime. 2022. «El acceso a los tramites de la administración desde los pequeños ayuntamientos: una exigencia constitucional y de buen gobierno local». *Revista Española de la Transparencia*, n.º 15: 131-156.
- CRiado, J. Ignacio y Rojas-Martín, Francisco. 2015. «Introducción». En *Casos de éxito en redes sociales digitales de las administraciones públicas*, editado por J. Ignacio Criado y Francisco Rojas-Martín, 11-14. Barcelona: Escola d'Administració Pública de Catalunya.
- ELENA CÓRDOBA, Amador. (1998). «La gestión de la calidad en la Administración General del Estado». *Gestión Y Análisis De Políticas Públicas* 11-12: 29-37. <https://doi.org/10.24965/gapp.vi11-12.143>
- FERNÁNDEZ SILVA, Ángel. 2022. «La participación ciudadana en las Comunidades Autónomas». En *Escenarios de la participación ciudadana: una visión multinivel* editado por Javier Sierra Rodríguez, Fernando Reviriego Picón y José Tudela

- Aranda, 1-35. España: Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico.
- GARCÍA COSTA, Francisco Manuel. 2013. «Delimitación conceptual del principio de objetividad: objetividad, neutralidad e imparcialidad». *Documentación Administrativa* 289: 21-42. doi: <https://doi.org/10.24965/da.v0i289.10067>.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. 2000. *La ética en la Administración Pública*. Madrid: Civitas.
- GOSÁLBEZ PEQUEÑO, Humberto. 2019. «Los denunciantes como instrumento de lucha contra la corrupción: a propósito de la denuncia administrativa en las leyes «anticorrupción»». *Actualidad Administrativa de la Editorial Wolters Kluwer*, n.º extra 1: 1-13.
- . 2021. «En busca del «buen gobierno»: La capacidad y la honorabilidad del gobernante». *Cuadernos Manuel Giménez Abad* 22: 205-228. doi: <https://doi.org/10.47919/FMGA.CM21.0205>
- GUERRA TSCHUSCHEKE, Alberto. 2021. *El delito de prevaricación administrativa a la luz del derecho administrativo*. Tesis doctoral. Universidad Católica San Antonio de Murcia. <https://www.educacion.gob.es/teseo/imprimirFicheroTesis.do?idFichero=UL7d12JfO%2FE%3D>
- JIMENA QUESADA, Luís. 2019. «Principios de actuación». En *Comentarios a la Ley 2/2015, de 2 de abril, de Transparencia, Buen Gobierno y Participación Ciudadana de la Comunitat Valenciana*, coordinado por Juan José Díez Sánchez y Ricardo Jesús García Macho, 212-226. España: Reus S.A.
- JIMÉNEZ FRANCO, Emmanuel. 2012. «Administración Pública y Corrupción: iniciativas legislativas de lege ferenda para una nueva cultura de integridad». *Actualidad Administrativa de Editorial La Ley*, n.º 5: 538 y siguientes.
- . 2016. «El control jurídico de la actividad administrativa: principios de buena administración y resolución proporcional de conflictos». *Actualidad Administrativa de la Editorial Wolters Kluwer*, n.º 12: 1-34.
- LIFANTE VIDAL, Isabel. 2021. «¿Qué exige el principio de responsabilidad en el ámbito de la Administración Pública?». *Documentación Administrativa* 7: 33-48. <https://doi.org/10.24965/da.i7.10890>.
- LLOP RIBALTA, M^a Dolores. 2012. «Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno en los parlamentos». *Revista «Cuadernos Manuel Giménez Abad»* 4: 66-83. Acceso el 12 de julio de 2022. https://www.fundacionmgimenezabad.es/sites/default/files/Publicar/publicaciones/documentos/cuadernos_4_diciembre2012.pdf.
- LUNA QUESADA, Javier y Roca Cruz, Antonio. 2003. «Las políticas de calidad en la Administración Pública: la calidad como objetivo de los servicios públicos municipales». *Derecho deportivo*, n.º 3-4: 451-456.
- MANOTAS RUEDA, Goizeder. 2022. «Transparencia como eje de la rendición de cuentas». *El Consultor de los Ayuntamientos de Wolters Kluwer*, n.º 1: 70 y siguientes.
- MARAÑA SÁNCHEZ, José. 2010. «En clave constitucional: Regalos no, gracias». *El Consultor de los Ayuntamientos de Wolters Kluwer*, n.º 24: 3637 y siguientes.
- MATUTE GONZÁLEZ, Carlos Fernando. 2018. «Rendición de cuentas y la gobernanza (2012-2018)». *Encreucijada: revista electrónico del Centro de Estudios en Administración Pública* 29: 48-75. doi: <https://doi.org/10.22201/fcpys.20071949e.2018.29.63426>.

- MORELL OCAÑA, Luis. 2001. «Dirección de la Administración Pública por el Gobierno y garantías de imparcialidad administrativa». *Revista de administración pública*, n.º 156: 23-58.
- MUÑOZ SALINERO, Elena. 2020. «El documento electrónico accesible para todos». En *La gestión del documento electrónico*, coordinado por Gerardo Bustos Petrel, 1-4. España: El Consultor de los Ayuntamientos.
- NIETO MARTÍN, Adán. 2020. «Las agencias anticorrupción». En *Guía práctica de compliance en el sector público*, dirigida por Concepción Campos Acuña, 1-14. España: El Consultor de los Ayuntamientos.
- OCHOA MONZÓ, Josep. 2020. «El Derecho Administrativo Sancionador En La Legislación Española De Transparencia Y Buen Gobierno: Singularidades Destacables». *Derecho & Sociedad* 54, tomo II: 95-111. Acceso el 8 de julio de 2022. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/22437>.
- OCHSENIUS ROBINSON, Iván. 2017. «¿Qué es necesario recordar de la eficiencia y eficacia en la contratación pública exigida hoy en día? Conceptualización y diferencias». *Contratación Administrativa Práctica de la Editorial Wolters Kluwer*, n.º 152: 1-6.
- OLIVER CUELLO, Rafael. 2011. «La sede electrónica de la Agencia Estatal de Administración Tributaria». *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política* 12: 44-54. Acceso el 30 de junio de 2022. <https://raco.cat/index.php/IDP/article/view/248282/332398>.
- PALACÍN SÁENZ, Bernabé. 2018. «La calidad como objetivo permanente en la prestación de los servicios». En *La gestión de los servicios públicos locales*, coordinado por José Manuel Martínez Fernández, 1-29. Barcelona: El Consultor de los Ayuntamientos.
- PALACIOS ALBARSANZ, L. Miguel. 2018. «Elaboración del presupuesto y planificación económico-financiera de las Entidades Locales». *El Consultor de los Ayuntamientos de Wolters Kluwer*, n.º 3: 27 y siguientes.
- PÉREZ FRANCESCH, Joan Lluís. 2021. «La exigencia ética y política de proximidad, atención y buen trato. Introducción a la sección monográfica «La Administración pública y el cuidado de las personas». *Revista Catalana de Dret Públic* 62: 1-5. doi: <https://doi.org/10.2436/rcdp.i62.2021.3655>.
- PÉREZ MONGUIÓ, José María. 2019. «Percepción de regalos o/y servicios por parte de altos». *Actualidad Administrativa de la Editorial Wolters Kluwer*, n.º 1: 1-9.
- RAMIÓ, Carles. 2017. «El eslabón perdido de la administración pública española: la ausencia de una dirección pública profesional». *Revista de Evaluación de Programas u Políticas Públicas* 1: 1-14. doi:<https://doi.org/10.5944/reppp.8.2017.16980>.
- RAMIÓ, Carles. 2017. «La legitimidad social de la Administración reside en la transparencia, en la rendición de cuentas y en la evaluación». *Revista española de la transparencia* 5. 22-23. Acceso el 10 de julio de 2022. <https://www.revistatransparencia.com/ojs/index.php/ret/article/view/148>
- RUIZ LÓPEZ, Joaquín. 2017. «La Red Interadministrativa de Calidad en los Servicios Públicos y la Carta de Compromisos con la Calidad de las Administraciones Públicas Españolas», *El Consultor de los Ayuntamientos de Wolters Kluwer*: 1-3.

- RUIZ-RICO RUIZ, Gerardo. 2021. «La dimensión constitucional del principio de transparencia y el derecho de información activa». *Revista de Derecho Político* 1:47-78. doi: <https://doi.org/10.5944/rdp.110.2021.30328>.
- SALVAT MARTINREY, Guiomar. 2010. «De la burocracia a la proximidad: la Administración Pública en la sociedad de la información». *Telos: Cuadernos de comunicación e innovación*, n.º 84: 112-121.
- SÁNCHEZ ACEVEDO, Marco Emilio. 2015. «El derecho a la buena administración electrónica». Tesis doctoral. Universidad de Valencia. <https://roderic.uv.es/bitstream/handle/10550/50882/Tesis%20version%20final%20abierta.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- SÁNCHEZ ADSUAR, Marcos. 2005. «La revelación de secretos e informaciones por funcionario público». *Actualidad Administrativa de la Editorial La Ley*, n.º 19: 2308 y siguientes.
- SENA PRIETO, Sonia. 2019. «Principio de transparencia e integridad en la contratación pública española y uruguaya». *Gabilex: Revista del Gabinete Jurídico de Castilla La Mancha*, n.º 20: 237-284.
- SIERRA RODRIGUEZ, Javier. 2022. «De la participación política a la participación ciudadana. Los contornos de la participación». En *Escenarios de la participación ciudadana: una visión multinivel* editado por Javier Sierra Rodríguez, Fernando Reviriego Picón y José Tudela Aranda, 1-50. España: Fundación Manuel Giménez Abad de Estudios Parlamentarios y del Estado Autonómico.
- SIMELIO SOLÀ, Núria, y Pedro Molina Rodríguez-Navas. 2014. «Comunicación pública y participación ciudadana. El uso de Twitter en los ayuntamientos de Cataluña». *Historia y Comunicación Social* 19: 479-491. doi:https://doi.org/10.5209/rev_HICS.2014.v19.45043
- SUÁREZ BARRAZA, Manuel Francisco y Ramis Pujol, Juan. 2008. «Aplicación y evolución de la mejora continua de procesos en la Administración Pública». *GCG: revista de globalización, competitividad y gobernabilidad*, n.º1: 74-86.
- SUÁREZ ROBLEDANO, José Manuel. 2015. «La rendición de cuentas como principio general del Derecho». *Revista española de control externo*, n.º50: 11-55.
- SUBIRATS, Joan. 1996. «Democracia: Participación Y Eficiencia». *Gestión Y Análisis De Políticas Públicas* 5-6: 35-44. doi: <https://doi.org/10.24965/gapp.vi5-6.65>.
- SUBIRATS, Joan. 2006. «El nuevo papel de los gobiernos locales desde la proximidad y la implicación ciudadana». *Administración & Cidadanía: revista da Escola Galega de Administración Pública* 1: 203-216. Acceso el 29 de junio de 2022. <https://egap.xunta.gal/revistas/AC/article/view/4279>.
- TOMÁS MALLÉN, Beatriz. 2013. «El derecho a una buena administración. Nuevos perfiles de una vieja aspiración ciudadana». En *Historia de los derechos fundamentales*, dirigido por Gregorio Peces-Barba Martínez y Eusebio Fernández García, 2171-2234. España: Dykinson, Universidad Carlos III de Madrid e Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas.
- . 2004. *El derecho fundamental a una buena administración*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.
- UBASART I GONZÁLEZ, Gemma. 2009. «Experimentando la radicalización democrática. Mecanismos, procesos, metodologías y experiencias de participación ciudadana en el Estado español». En *Estudios sobre la modernización de la Adminis-*

- tración Local: teoría y práctica*, dirigido por Víctor Almonacid Lamelas, 765-809. España: Wolters Kluwer.
- VILLORIA MENDIETA, Manuel. 2006. «Evaluación de las políticas y prácticas sobre los conflictos de intereses: un informe comparativo». *Administración & ciudadanía: revista da Escola Galega de Administración Pública*, 1: 217-244. Acceso el 6 de junio de 2022. <https://egap.xunta.gal/revistas/AC/article/view/4282>
- . 2014. «Integridad». *EUNOMÍA. Revista En Cultura De La Legalidad*, 1, 107-113.
- . 2016. «El papel de la Administración Pública en la generación de calidad democrática». *Revista CLAD Reforma y Democracia* 65: 5-38. Acceso el 17 de junio de 2022. <https://www.redalyc.org/journal/3575/357546620001/html/>
- WESBERRY, Jim, y Casals and Associates. 2001. «La gestión financiera contra la corrupción». *Gestión Y Análisis De Políticas Públicas* 21: 163-67. doi: <https://doi.org/10.24965/gapp.vi21.271>.
- WISNER GLUSKO, Diana Carolina. 2018. «Accesibilidad de las sedes electrónica: hacia una administración electrónica inclusiva». En *Administración electrónica: retos jurídicos y tecnológicos de su implementación en Andalucía*, coordinador por Diana Carolina Wisner Glusko, 78-139. España. Fundación San Pablo Andalucía CEU.

LA IDENTIDAD CONSTITUCIONAL DE LA UNIÓN EUROPEA: UNA CATEGORÍA JURÍDICA EN CONSTRUCCIÓN

*Constitutional Identity of the European Union:
A legal category under construction*

Pablo Cruz Mantilla de los Ríos
Universidad Pompeu Fabra

<https://doi.org/10.18543/ed.2649>

Recibido: 28.11.2022

Aceptado: 13.12.2022

Publicado en línea: diciembre 2022

Resumen

La identidad constitucional europea es una categoría jurídica emergente en el Derecho de la Unión Europea. A pesar del silencio que guardan los Tratados constitutivos, el Tribunal de Justicia ha proclamado por primera vez de manera explícita su existencia. En particular, declara que está constituida por los valores fundamentales a que se refiere el artículo 2 TUE. Su alumbramiento se enmarca en el contexto de la crisis del Estado de Derecho como una insoslayable respuesta judicial al discurso iliberal preponderante en Polonia y Hungría. Por todo ello, interesa profundizar en el significado y ámbito de aplicación de esta figura jurídica, así como también en el paralelismo que guarda con la cláusula de identidad nacional (artículo 4.2 TUE).

Palabras clave

Identidad constitucional europea; identidad nacional; condicionalidad de fondos europeos; Estado de Derecho

Abstract

European constitutional identity is an emerging legal category in European Union law. Despite the silence of the founding Treaties, the Court of Justice has for the first time explicitly proclaimed its existence. In particular, it states that it is made up of the fundamental values referred to in Article 2 TEU. Its emergence is framed in the context of the crisis of the rule of law as an unavoidable judicial response to the illiberal discourse prevailing in Poland and Hungary. For all these reasons, it is of interest to delve deeper into the meaning and scope of application of this legal figure, as well as the parallels it has with the national identity clause (Article 4.2 TEU).

Keywords

European constitutional identity; national identity; conditionality of European funds; rule of law

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. APROXIMACIÓN HISTÓRICA A LA IDEA DE UNA IDENTIDAD EUROPEA. 1. Primera etapa: orígenes en documentos de naturaleza política. 2. Segunda etapa: principios generales de creación judicial. 3. Tercera etapa: formalización en el texto de los Tratados constitutivos. III. NOCIÓN DE IDENTIDAD CONSTITUCIONAL EUROPEA: CENTRALIDAD DE LOS VALORES DE LA UNIÓN. 1. Consideraciones preliminares. 2. Concepto de identidad constitucional europea. 2.1. La Constitución europea: punto de arranque de la búsqueda de la identidad constitucional europea. 2.2. Preámbulos. 2.3. Reforma constitucional: una especial referencia a las cláusulas de intangibilidad. IV. RESPUESTA JUDICIAL A UNA NOCIÓN ILLIBERAL DE LA IDENTIDAD NACIONAL. 1. Precedente judicial: asunto Kadi. 2. Análisis de las sentencias húngara y polaca contra el Reglamento 2020/2092. 2.1. Contexto político y legislativo. 2.2. Examen de la dimensión constitucional de las sentencias. V. CONCLUSIONES. VI. BIBLIOGRAFIA.

I. INTRODUCCIÓN

La constitucionalización de la Unión Europea es una teoría jurídica ampliamente conocida que, en su expresión más sencilla, hace referencia al estudio de la integración europea desde el prisma de la doctrina constitucional¹. Una de sus manifestaciones más recientes ha sido la creciente atención doctrinal y jurisprudencial a la identidad constitucional como una categoría jurídica predecible ahora respecto del ordenamiento jurídico supranacional. Del mismo modo que sucedió anteriormente con otros conceptos básicos del constitucionalismo –y, muy singularmente, la propia noción de Constitución²–, se suma al

¹ Vid., Pedro Cruz Villalón, *La Constitución inédita: estudios ante la constitucionalización de Europa* (Madrid: Trotta, 2004); Luis María Díez-Picazo, *Constitucionalismo de la Unión Europea* (Madrid: Civitas, 2002); Antonio López Castillo, *La Constitución de Europa a debate: estudios sobre el complejo constitucional de la Unión*, (Valencia: Tirant lo blanch, 2005). Junto a la constitucionalización de la Unión Europea, se ha producido un fenómeno paralelo e inverso en el ámbito de los Estados miembros bajo la denominación de europeización de la constitución. Vid. Laurence Burgogues-Larsen, «La formación de un Derecho Constitucional europeo a través del diálogo judicial», en *Derecho Constitucional Europeo: actas del VIII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, editado por Juan Ignacio Ugarte Mendía y Gurutz Jauregui Bererciartu (Valencia: Tirant lo Blanch, Valencia, 2011), 42; Pedro Cruz Villalón, coord., *Hacia la europeización de la Constitución española: la adaptación de la Constitución española al marco constitucional de la Unión Europea* (Bilbao: Fundación BBVA, 2006); Pablo Pérez Tremps, «Constitución española y Unión Europea», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 71 (2004): 103-104.

² Los debates en torno a una Constitución europea tuvieron especial vigor con motivo de los trabajos conducentes a la adopción del malogrado Tratado por el que se constituye

debate constitucional europeo una idea que hasta el momento había sido asociada únicamente a los Estados miembros.

La identidad nacional es un principio estructural del Derecho de la Unión, cuyos orígenes se remontan a los propios albores de la construcción europea, si bien no ha sido hasta la última de reforma de los Tratados constitutivos cuando ha florecido una copiosa literatura académica³. Con ocasión de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, a la par que se apreciaba un enorme interés doctrinal hacia esta figura, comenzaba a despuntar una incipiente jurisprudencia proveniente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que estaba auspiciada por la nueva versión de la cláusula de identidad nacional (artículo 4.2 TUE⁴). Esta praxis judicial se ha señalado por una cierta dualidad, según esta categoría jurídica haya sido interpretada por los Tribunales Constitucionales o por el Tribunal de Justicia⁵. Se encuentra, pues, en el germen de conflictos judiciales sistémicos que, en esencia, remiten a discusiones respecto a los límites de la integración europea o, en términos más generales, a la relación entre el Derecho nacional y el Derecho de la Unión.

En los últimos años, una corriente política y judicial, protagonizada por las Cortes Constitucionales de Hungría y Polonia, ha ido desarrollando una preocupante concepción de la identidad nacional en términos «etnoculturales» y

una Constitución para Europa en los años que van a caballo entre finales del pasado siglo y la presente centuria. En este sentido, siguen constituyendo una referencia imprescindible las discusiones entre Grimm y Habermas. *Vid.* Dieter Grimm, «Does Europe Need a Constitution?», *European Law Journal*, n.º 1 (1995); Jürgen Habermas, «Remarks on Dieter's Grimm Does Europe Need a Constitution», *European Law Journal*, n.º 1 (1995).

³ Sin ánimo de exhaustividad, entre las obras con una perspectiva general más destacadas, *vid.* Christian Callies y Gerhard van der Schyff, eds., *Constitutional Identity in a Europe of multilevel constitutionalism* (Cambridge: Cambridge University Press, 2020); Elke Cloots, *National Identity in EU Law* (Oxford, Oxford University Press, 2015); Pablo Cruz Mantilla de los Ríos, *La identidad nacional de los Estados miembros en el Derecho de la Unión Europea* (Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi, 2021); Giacomo di Federico, *L'identità nazionale degli Stati membri nel diritto dell'Unione Europea* (Nápoles: Editoriale scientifica, 2017); François-Xavier Millet, *L'Union européenne et l'identité constitutionnelles de l'États membres* (Paris, LGDJ, 2013); Alejandro Saiz Arnaiz y Carina Alcobero Llivina, eds., *National Constitutional Identity and European Integration* (Cambridge, Intersentia, 2013).

⁴ Artículo 4.2 TUE: «La Unión respetará la igualdad de los Estados miembros ante los Tratados, así como su identidad nacional, inherente a las estructuras fundamentales políticas y constitucionales de estos, también en lo referente a la autonomía local y regional. Respetará las funciones esenciales del Estado, especialmente las que tienen por objeto garantizar su integridad territorial, mantener el orden público y salvaguardar la seguridad nacional. En particular, la seguridad nacional seguirá siendo responsabilidad exclusiva de cada Estado miembro».

⁵ Pedro Cruz Villalón, «La identidad constitucional de los Estados miembros: dos relatos europeos», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º. 17 (2013).

«excluyentes» en consonancia con el discurso iliberal imperante en esos Estados miembros⁶. Con apoyo en esa controvertida conceptualización, se ha pretendido articular una excepción absoluta e imponderable que justificase la inaplicación del Derecho de la Unión en el Estado miembro concernido. Frente a una interpretación «abusiva»⁷ de la identidad nacional por parte de ciertas autoridades gubernamentales y judiciales de Europa del Este, dos recientes sentencias del Tribunal de Justicia en el marco de la crisis del Estado de Derecho pueden entenderse como una clara respuesta judicial a ese desafío⁸. Es precisamente en este contexto judicial en el que el Tribunal de Luxemburgo declara por primera vez de manera expresa la identidad constitucional de la Unión Europea.

Con este telón de fondo, este artículo aspira a analizar esa emergente categoría jurídica desde el punto de vista del Derecho de la Unión. A estos efectos, se examinarán sus antecedentes históricos, la noción de identidad constitucional europea y la jurisprudencia supranacional a este respecto, en especial los dos decisivos fallos del Tribunal de Justicia con motivo de la impugnación del reglamento de condicionalidad del presupuesto europeo por parte de Hungría y Polonia. En suma, el propósito central de esta investigación no es otro que el de tratar de delimitar el sentido y el ámbito de aplicación de esa enigmática noción en tanto que puede comportar una nueva etapa con respecto a los estudios sobre la identidad nacional.

II. APROXIMACIÓN HISTÓRICA A LA IDEA DE UNA IDENTIDAD EUROPEA

La configuración jurídica de la identidad constitucional europea responde a un patrón habitual en el Derecho de la Unión en virtud del cual se transitan varias fases hasta conseguir que un principio general se incorpore definitivamente en los Tratados constitutivos⁹. Así pues, una primera etapa se suele

⁶ Vid. Zsolt Körtvélyesi y Balázs Majtényi, «Game of Values: The Threat of Exclusive Constitutional Identity, the EU and Hungary», *German Law Journal*, n.º 18 (2017).

⁷ Vid. Gábor Halmái, «Abuse of Constitutional Identity. The Hungarian Constitutional Court on Interpretation of Article E(2) of the Fundamental Law», *Review of Central and East European Law*, n.º 43 (2018); Pietro Faraguna, «On the Identity Clause and Its Abuses: “Back to the Treaties”», *European Public Law*, n.º 27 (2021); Pablo Cruz Mantilla de los Ríos, «Identidad nacional y valores de la Unión Europea: límites a una interpretación extensiva del artículo 4.2 TUE», *Revista de Derecho Político*, n.º 114 (2022).

⁸ STJUE de 16 de febrero de 2022, Hungría c. Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, C-156/21, ECLI:EU:C:2022:97; STJUE de 16 de febrero de 2022, Polonia c. Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, C-157/21, ECLI:EU:C:2022:98.

⁹ Siguiendo a Tridimas, una tendencia característica del Derecho de la Unión ha sido su propensión a la formalización, en el sentido de ir incorporando progresivamente a los

iniciar con una declaración de naturaleza eminentemente política en la que intervienen los actores gubernamentales para manifestar los principios y las aspiraciones que orientan el proyecto común. Una segunda fase conlleva la intervención del Tribunal de Justicia por medio de una jurisprudencia reiterada que tiene por efecto ir consolidando su integración en el ordenamiento jurídico europeo. Finalmente, termina por encontrar acogida en el instrumento jurídico europeo de mayor rango normativo: los Tratados¹⁰. Con respecto a estos últimos, conviene no solo atender a la versión vigente, sino también a las previsiones contenidas en redacciones anteriores que puedan contribuir a esclarecer su significado, en especial el Tratado de Maastricht y la *non nata* Constitución Europea.

1. *Primera etapa: orígenes en documentos de naturaleza política*

Es común aludir a la Declaración de los Jefes de Estado y de Gobierno adoptada en Copenhague en 1973 como el primer documento en el que se manifiesta un claro interés por parte de las autoridades europeas en definir su propia identidad colectiva¹¹. Interesa destacar tres aspectos contenidos en esa primigenia declaración.

En primer lugar, se trata de una identidad que presenta una doble dimensión, en la medida en que no solo presta atención a la esfera estrictamente interna, sino que además se preocupa de fijarla en vista a su relación con el resto del mundo. En segundo lugar, siendo el más punto más relevante de los tres, se identifican con claridad los elementos constitutivos de la identidad europea, a saber: democracia representativa, Estado de Derecho, justicia social y derechos humanos. Junto a esa enumeración, aunque de manera separada y habiendo merecido una menor atención doctrinal, se añade a esa lista el mercado común, las instituciones y las políticas comunes¹². En tercer lugar, se afirma el carácter

Tratados principios generales que, antes de que tuvieran acogida en el Derecho primario, fueron inicialmente proclamados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Takis Tridimas, *The General Principles of EU Law*, 2ª edición, (Oxford: Oxford University Press, 2006), 11-14.

¹⁰ Respecto a la identificación de estas tres etapas en la configuración jurídica de la identidad constitucional europea, *vid.* Florence Benoît-Rohmer, «Identité européenne et identité nationale. Absorption, complémentarité ou conflit?», en *Mélanges en l'honneur de Jean Paul Jacqué: Chemins d'Europe* (París: Dalloz, 2010), 66-73.

¹¹ Declaración de los Jefes de Estado y de Gobierno sobre la identidad europea de 14 de diciembre de 1973. *Vid.* *Bulletin des Communautés européennes*, diciembre 1973, núm. 12, pp. 126-130.

¹² No cabe duda sobre la nada ambigua intención de los autores del texto –los nueve Estados miembros que a fecha de la declaración formaban parte de las entonces Comunidades europeas– de identificar a esos elementos, tanto del primer listado como del segun-

evolutivo de la identidad europea en atención a los desarrollos futuros del proyecto común. Con esta Declaración, los autores del texto trataron de extraer un elenco de los componentes integrantes de la identidad europea con base en los valores comunes de los Estados miembros, de forma que aquella podría ser sintetizada como el «mínimo común denominador de los valores nacionales»¹³. En consecuencia, una primera fuente de inspiración para la articulación de la identidad constitucional europea aparece representada por los ordenamientos nacionales o, más concretamente y adoptando un léxico más propio del Derecho de la Unión, por las tradiciones constitucionales comunes¹⁴.

Continuando con esta primera etapa representada por declaraciones de carácter político, un segundo hito relevante en la progresiva conformación de la identidad constitucional europea coincide con la adopción de los renombrados «criterios de Copenhague», esto es, aquellas exigencias imponibles a los Estados europeos candidatos a adherirse al proyecto común. Tales «requisitos de afiliación»¹⁵ han sido considerados por la doctrina como uno de los criterios determinantes para identificar dicha noción¹⁶. En

do, con la identidad europea. Nótese, en este sentido, que ambas enumeraciones preceden a una oración idéntica que declara que «todos estos son parte esencial de la Identidad Europea». *Bulletin des Communautés européennes*, diciembre 1973, núm. 12, p. 127: «Están decididos a defender los principios de democracia representativa, del Estado de Derecho y de justicia social –que es el objetivo último del proceso económico– y del respeto de los derechos humanos. *Todos estos son parte esencial de la Identidad Europea.* (...) [Los nueve] han creado un mercado común, basado en una unión aduanera, y han establecido instituciones, políticas comunes y políticas para la cooperación. *Todos estos son parte esencial de la Identidad Europea.* Traducción propia (la cursiva es del autor).

¹³ Florence Benoît-Röhmer, «Identité européenne et identité nationale. Absorption, complémentarité ou conflit?», *op.cit.*, 66-67.

¹⁴ Sobre la relación entre identidad constitucional europea y tradiciones constitucionales comunes, *vid.* Wojciech Sadurski, «European Constitutional Identity?», *EUI Working Papers*, n.º 33 (2006): 2-8; Antonio Cantaro, «Democracia e identidad constitucional después de la “Lissabon Urteil”». La integración “protegida”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 13; Sabrina Ragone y Juan Francisco Barroso Márquez, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 37 (2022). De acuerdo con estos dos últimos autores, «La identidad puede pertenecer a un solo Estado miembro, en cuyo caso estaríamos ante el concepto de identidad nacional; puede predicarse de un conjunto de Estados que comparten ciertas similitudes, en cuyo caso nos encontraríamos en la vertiente “sinéctica” del factor identitario, materializada a través de las tradiciones constitucionales comunes; pero también hemos encontrado, a raíz de los últimos avances jurisprudenciales, la creación de una identidad de naturaleza “reactiva” propia de la Unión Europea».

¹⁵ Mónica Martínez-López, «A la búsqueda de la identidad constitucional: una aproximación al caso español y europeo en clave de pluralismo constitucional y diálogo judicial», *Revista de Derecho Político*, n.º 105 (2019): 330-331.

¹⁶ Vlad Constantinesco, «La confrontation entre identité constitutionnelle européenne et identités constitutionnelles nationales. Convergence ou contradiction? Contrepoint ou

este sentido, el Consejo Europeo de Copenhague de 1993 estableció tres grandes criterios –posteriormente reforzados en el Consejo Europeo de Madrid de 1995–: político («la existencia de instituciones estables que garanticen la democracia, el Estado de derecho, el respeto de los derechos humanos y el respeto y la protección de las minorías»), económico («la existencia de una economía de mercado en funcionamiento y la capacidad de hacer frente a la presión competitiva y las fuerzas del mercado dentro de la UE») y del acervo comunitario («la capacidad para asumir las obligaciones que se derivan de la adhesión, incluida la capacidad para poner en práctica de manera eficaz las normas, estándares y políticas que forman el “acervo comunitario”, y aceptar los objetivos de la unión política, económica y monetaria»). Todos esos criterios fueron elevados a la categoría de Derecho primario con su inclusión en el que a día de hoy es el artículo 49 TUE que, además de remitirse al actual artículo 2 TUE en el que se declaran los valores de la Unión, hace mención al sometimiento al resto de requisitos establecidos en el Consejo Europeo de 1993.

2. Segunda etapa: principios generales de creación judicial

La segunda fase es aquella en la que, por mor de una continuada práctica judicial, se han ido declarando como principios generales algunos de los elementos constitutivos de la idiosincrasia europea previamente enunciados en los documentos políticos apenas examinados. No es procedente detenerse en un estudio en detalle sobre su proclamación y progresivo desarrollo a resultas de la actividad judicial del Tribunal de Justicia¹⁷. Con carácter meramente ejemplificativo, baste pensar en el caso paradigmático, bien conocido entre la doctrina, del largo camino recorrido por los derechos fundamentales desde el inaugural asunto Stauder¹⁸ hasta la aprobación de un catálogo iusfundamental autónomo con la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que goza hoy del mismo valor jurídico que los Tratados (artículo 6.1 TUE)¹⁹.

hiéarchie?», en *Mélanges en l'honneur de Philippe Manin. L'Union européenne: union de droit, unions des droits* (París: Pedone, 2010), 80-82.

¹⁷ Respecto de los principios de democracia y de Estado de Derecho, es suficiente a estos efectos recordar los primeros pronunciamientos judiciales que, además ser el comienzo de una profusa y rica jurisprudencia, dieron pie a un posterior reconocimiento convencional. *Vid.*, respectivamente, STJCE de 29 de octubre de 1980, C-138/79 y 139/79, *Roquette Frères* c. Consejo de las Comunidades Europeas, apartado 33, ECLI:EU:C:1980:249; STJCE de 23 de abril de 1986, *Les Verts* c. Parlamento europeo, C-294/83, apartado 23.

¹⁸ STJCE de 12 diciembre de 1969, *Stauder*, C-29/69, ECLI:EU:C:1969:57.

¹⁹ *Vid.*, por todos, Gráinne de Búrca, «The Evolution of EU Human Rights Law», en *The Evolution of EU Human Rights Law*, ed. por Paul Craig y Gráinne de Búrca, (Oxford: Oxford

3. Tercera etapa: formalización en el texto de los Tratados constitutivos

Un tercer periodo correspondiente con la incorporación de la identidad constitucional europea en el Derecho primario tiene su reflejo en algunas de las versiones históricas de los Tratados constitutivos. No obstante, es importante precisar desde un primer momento que es un reconocimiento precario, puesto que las escasas referencias a la misma abordan la cuestión de manera tangencial y, no menos importante, ninguna de ellas ha sobrevivido las sucesivas reformas de los Tratados hasta llegar a la redacción vigente. Hechas estas precisiones, entre las reformas convencionales acometidas en las últimas décadas, merece hacerse alguna breve mención al Tratado de Maastricht (1992) y a la Constitución europea (2004).

La adopción del Tratado de Maastricht trajo consigo la introducción por primera vez en los Tratados constitutivos de la primitiva cláusula de identidad nacional (artículo F.1). Al propio tiempo, aunque haya pasado sustancialmente desapercibida, es posible encontrar una primera mención a la identidad europea. En rigor, un rastreo por la redacción del Tratado permite obtener dos referencias en el texto (Preámbulo y artículo B)²⁰, aunque lo cierto es que ambas abordan la misma cuestión con un significado muy similar. El artículo B, en el que se proclaman los objetivos de la Unión, dispone que uno de tales propósitos es el de «afirmar su identidad en el ámbito internacional, en particular mediante la realización de una política exterior y de seguridad común». Con ello se ha querido ensalzar la condición de la Unión como un único actor colectivo en la arena internacional, lo cual conecta bien con la originaria Declaración de los Jefes de Estado y de Gobierno de 1973²¹. Ahora bien, cabe añadir que el actual artículo 3 TUE, que es el precepto vigente en que se declaran los objetivos de la Unión, ha decidido omitir toda alusión a esa dimensión de la identidad europea.

University Press, 2021), 480-505; Bruno de Witte, «The Past and Future of the European Court of Justice in the Protection of Human Rights», en *The EU and Human Rights*, editado por Paul Alston y Joseph H.H. Weiler (Oxford: Oxford University Press, 1999).

²⁰ Preámbulo, párrafo 9: «RESUELTOS a desarrollar una política exterior y de seguridad común que incluya, en el futuro, la definición de una política de defensa común que podría conducir, en su momento, a una defensa común, reforzando así la identidad y la independencia europeas con el fin de fomentar la paz, la seguridad y el progreso en Europa y en el mundo».

Artículo B: «La Unión tendrá los siguientes objetivos: (...)afirmar su identidad en el ámbito internacional, en particular mediante la realización de una política exterior y de seguridad común que incluya, en el futuro, la definición de una política de defensa común que podría conducir, en su momento, a una defensa común».

²¹ Monica Claes, «National identity: trump card or up for negotiation?», en *National Constitutional Identity and European Integration*, ed. por Alejandro Saiz Arnaiz y Carina Alcoberro Llivina, (Cambridge, Intersentia, 2013), 115 (véase también la nota al pie núm. 19).

Por su parte, la evocación a esta misma idea en la Constitución europea presenta una dimensión más política que jurídica. Podría considerarse más bien como un intento de contribución a una política identitaria dirigida a crear una concienciación colectiva mediante una remembranza de un pasado común. En concreto, el proyecto de la Convención contenía una mención al historiador Tucídides en un esfuerzo por construir un relato basado en la idea de la Grecia antigua como cuna de la civilización europea y de la democracia de la que todos los ciudadanos europeos procedemos. Con todo, fue una tentativa infructuosa porque el paso del proyecto de la Convención al Tratado Constitucional rebajó considerablemente el peso de esa retórica identitaria, llegando incluso a suprimir completamente dicha referencia²².

En definitiva, gracias a una interpretación histórica, tomando en consideración todos los textos anteriormente examinados, es posible alcanzar algunas conclusiones de interés. Para empezar, se ha constatado que la idea de una identidad europea no es completamente novedosa en el panorama jurídico europeo, pudiendo encontrarse varios precedentes a lo largo de las últimas décadas en documentos de naturaleza política y jurídica. En segundo lugar, se aprecia un itinerario, frecuente en la práctica del Derecho de la Unión, tendente a una progresiva formalización, que terminó por cristalizar en algunas previsiones contenidas en los Tratados constitutivos. En tercer lugar, y a pesar de la relativa heterogeneidad de las declaraciones políticas y jurídicas anteriores, es posible advertir un hilo conductor, puesto que se reiteran algunos de los principios básicos del constitucionalismo de base estatal, especialmente el principio de democracia, de Estado de Derecho y de los derechos fundamentales. En todo caso, resta todavía por examinar la presencia de la identidad constitucional europea en el Derecho de la Unión vigente, siendo la tarea a la que nos encomendamos seguidamente.

III. NOCIÓN DE IDENTIDAD CONSTITUCIONAL EUROPEA: CENTRALIDAD DE LOS VALORES DE LA UNIÓN

1. *Consideraciones preliminares*

Conviene, con carácter preliminar, sentar una serie de precisiones desde el punto de vista metodológico y terminológico. Una primera aclaración está dirigida a apuntar la peculiaridad de los estudios jurídicos sobre la identidad nacional. En segundo lugar, es oportuno distinguir dos términos empleados de manera no siempre clara por la doctrina: identidad constitucional e

²² Armin von Bogdandy, Armin, «Identidad constitucional. Exploración de un fenómeno ambiguo con ocasión de la política de identidad europea de *lege lata* y de *lege ferenda*», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 75 (2005): 22-23.

identidad nacional. Con estos mimbres será posible ubicar el lugar de la identidad constitucional europea en el ordenamiento jurídico supranacional evitando incurrir en posibles confusiones con otras nociones análogas que tienen un mayor recorrido jurídico.

Una primera aproximación a la idea de identidad nacional pone en seguida de relieve su carácter poliédrico. En efecto, es un concepto complejo que se presta a ser analizado desde la perspectiva de muy diversas disciplinas científicas, señaladamente las Ciencias Políticas o la Sociología²³. Preguntarse por quiénes somos los europeos, cuáles son aquellos rasgos comunes de la sociedad europea o cuáles son aquellas señas distintivas que nos diferencian de otras no es una tarea que haya ocupado de manera exclusiva a los juristas²⁴. Es por ello que debe precisarse que el enfoque metodológico de esta investigación es inequívocamente jurídico, tomando como principal punto de referencia el Derecho de la Unión Europea, entendido como un ordenamiento jurídico construido de acuerdo con los fundamentos básicos de la teoría constitucional. Por todo lo anterior, el objeto de estudio no es propiamente la identidad europea, sino más específicamente la identidad constitucional europea en tanto que una categoría jurídica que se asienta en fuentes normativas de naturaleza constitucional²⁵.

Otra posible fuente de malentendidos se encuentra en los términos empleados para referirse a ella. Es posible observar una pluralidad de denominaciones para aludir este mismo fenómeno jurídico, aunque también debe tenerse presente que los diferentes nombres pueden hacer referencia a

²³ Es más, se ha apuntado que el Derecho se ha incorporado más tarde que otras ciencias a los estudios sobre esta materia, que habían sido objeto de una atención previa de manera más detenida en otras ramas de las ciencias sociales. Pierre Bon, «La identidad nacional o constitucional, una nueva noción jurídica», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 100 (2014): 167-168.

²⁴ La identidad es una idea que refiere al mismo tiempo a lo propio y a lo ajeno. Dicho de otro modo, la misma no se construye solo como resultado de interrogarse por aquellos elementos en común con otros sujetos, comunidades u ordenamientos jurídicos, sino que también se erige en contraposición a aquellos individuos, colectivos o sistemas jurídicos que son percibidos como diferentes. Reflexionando desde un punto de vista jurídico sobre esta dualidad del concepto de identidad entre lo común y la alteridad, Alex Viala, «Le concept d'identité constitutionnelle. Approche théorique», en *L'identité constitutionnelle saisie par les juges Europe* editado por Laurence Burgogues-Larsen (París: Pedone, 2011), 8.

²⁵ Entre otros trabajos doctrinales jurídicos que han incorporado una dimensión política o sociológica a sus estudios, *vid.* Adrián García Ortiz, «De civis europaeus sum. Una propuesta para la construcción de una identidad constitucional europea», *Revista Española de Derecho Europeo*, n.º 80 (2021); Antonio Lazari, «La cuestión de la identidad en el Derecho Internacional, europeo y comparado: por una visión relacional del Derecho», *Revista Española de Derecho Europeo*, n.º 81 (2022).

realidades distintas, por lo que conviene detenerse en aclarar esta posible causa de equívoco. Fundamentalmente, es necesario discernir entre «identidad constitucional» e «identidad nacional» o, mejor dicho, nuestra comprensión de esa distinción y el significado que se le atribuye en el presente estudio²⁶. Expresado de manera sucinta, la primera de ellas se refiere a los límites a la integración europea establecidos en la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales nacionales en la célebre doctrina de los *controlimiti*, que se ha prologado en numerosas jurisdicciones constitucionales del continente más allá de la inicial doctrina judicial configurada por el Tribunal Constitucional italiano. Incluso, podría entenderse la identidad constitucional desde un plano autorreferencial en el ámbito estatal como aquellas estructuras constitucionales esenciales e inmutables que escapan al poder de reforma constitucional²⁷. De otro lado, la segunda hace referencia a una concepción algo más estrecha, a tenor de los pronunciamientos judiciales del Tribunal de Justicia, que ha sido consagrada en el artículo 4.2 TUE.

Así entendido, ambas concepciones pudieran parecer las dos caras de una misma moneda en atención a si una misma realidad jurídica es interpretada por las autoridades judiciales nacionales o europeas. Sin embargo, mientras esta última tiene un claro fundamento normativo en el artículo 4.2 TUE, la primera es una noción que está ausente en prácticamente todas las Constituciones nacionales²⁸, siendo más bien una construcción jurisprudencial que se ha ido desarrollando especialmente con motivo de las sucesivas reformas de

²⁶ *Vid.*, por todos, Enrico Albanesi, «National identity (under Art. 4(2) TEU) and constitutional identity (as counter-limits) are not the same», en *Peace, Discontent and Constitutional Law: Challenges to Constitutional Order and Democracy*, editado por Martin Belov, (Nueva York: Routledge, 2021); Sébastien Martin, «L'identité de l'État dans l'Union européenne: entre "identité nationale" et "identité constitutionnelle"», *Revue Française de droit constitutionnel*, n.º 91 (2012).

²⁷ Es la doctrina alemana la que cuenta con un tratamiento jurídico más profundo de esta perspectiva de la identidad (*rectius*, identidad constitucional). María J. Roca Fernández, «La identidad constitucional en la Unión europea: una bisagra integradora de las diversidades nacionales», en *Identidades europeas, subsidiariedad e integración*, coord., por Javier García Roca y Rafael Bustos Gisbert (Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranza, 2022), 64-69.

²⁸ Una notable excepción aparece representada por el caso húngaro que ha llegado a incorporar esa categoría a su Constitución nacional (artículo R.4) por medio de una reforma adoptada en el año 2018 tras una jurisprudencia previa en la que se había elaborado un control judicial de la identidad nacional. Allan Francis, Tatham, «The paradox of judicial dialogue with the European Court of Justice in an Illiberal Democracy: the recent experience with the Hungarian Constitutional Court», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 72 (2022): 509-510. En un sentido más amplio, aunque sin hacer mención expresa a esa figura, otros textos constitucionales han introducido de manera explícita los límites a la integración europea, especialmente en las conocidas como cláusulas de aper-

los Tratados y de puntuales conflictos judiciales que incidían sobre elementos constitucionales que se quieren mantener al margen del impacto del Derecho de la Unión²⁹. Y, por fin, a ambas categorías se suma una tercera que es el centro de atención preferente en esta investigación: la identidad constitucional europea. A diferencia de las anteriores, esta se caracteriza porque su centro de gravedad es el ordenamiento jurídico europeo, esto es, el sujeto titular de la identidad no es ahora el Estado miembro, sino la Unión Europea.

2. Concepto de identidad constitucional europea

2.1. La Constitución europea: punto de arranque de la búsqueda de la identidad constitucional europea

Un buen punto de partida para comenzar a desentrañar el concepto de identidad constitucional europea, caracterizada por tratarse de una noción vaga³⁰, consiste en tomar como referencia los textos constitucionales. Las Constituciones no solo desempeñan una función meramente declarativa de valores preexistentes en una comunidad política, sino que también pueden jugar un rol cuasi constitutivo, en tanto que contribuyen a sistematizarlos,

tura constitucional. En este sentido, un ejemplo muy ilustrativo lo constituye el artículo 23 de la Ley Fundamental de Bonn, reformada tras la aprobación del Tratado de Maastricht.

²⁹ En el plano judicial, puede citarse como un caso notorio de creación de origen judicial de la identidad constitucional la jurisprudencia del *Conseil Constitutionnel* francés. Vale recordar la precursora de esta línea judicial con la decisión núm. 2006-540 DC, de 27 de julio de 2006 en la que declaraba que «la transposición de una directiva no puede ser contraria a una norma o a un principio inherente a la identidad constitucional de Francia, salvo con el consentimiento del constituyente». Para un estudio más completo del tratamiento judicial de la identidad constitucional en Francia, *vid.* Laurence Burgorgue-Larsen, «La identidad constitucional en la jurisprudencia francesa: la historia del vals jurisprudencial hexagonal», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 72 (2022); François-Xavier Millet, «Constitutional Identity in France: Vice and Above all Virtues», en *Constitutional Identity in a Europe of Multilevel Constitutionalism*, ed. por Christian Callies y Gerhard van der Schyff (Cambridge: Cambridge University Press, 2019).

³⁰ Uno de los rasgos más señalados de esta categoría jurídica ha sido el de su vaguedad, esto es, la insuficiente determinación tanto de su sentido como de su alcance. Es habitual encontrar entre los trabajos doctrinales calificativos tales como «vaguedad», «indeterminación» o «ambigüedad» para referirse a esa misma consideración. En puridad, son calificativos atribuidos a la idea de identidad nacional, pero que, dada su estrecha vinculación pueden igualmente aplicarse respecto de la identidad constitucional de la Unión. *Vid.* Constance Grewe, «L'identité constitutionnelle des États membres de l'Union européenne: flash back sur le coming-out d'un concept ambigu», en *Mélanges en l'honneur de Jean Paul Jacqué* (París: Dalloz, 2010); Elke Cloots, *National identity in EU Law*, *op.cit.*, 174.

darles mayor visibilidad e, incluso, generar un sentimiento de adhesión³¹. Estas ideas entroncan bien con la tesis habermasiana del patriotismo constitucional que, en síntesis, sostiene que es posible promover la autocomprensión de una comunidad como una sola realidad sociopolítica gracias a una serie de valores compartidos de raigambre constitucional³². En especial, esta corriente de pensamiento ha sido bien acogida entre aquellos teóricos que han sido más escépticos respecto a la posibilidad de conformar una identidad en el ámbito supranacional con base en los criterios tradicionalmente asociados a la creación de un sentimiento nacional, como una historia, una lengua y una cultura más o menos homogénea. Por todo ello, cabe subrayar el papel del Derecho y, más concretamente, de la Constitución como un importante agente en la tarea de reconocimiento y conformación de la identidad de una comunidad política, que puede dar lugar a un sentimiento de apego ciudadano³³. Podría, incluso, llegarse a convenir que el rol de la Constitución en la

³¹ A este respecto, es interesante la distinción advertida por von Bogdandy entre «identidad constitucional directa o inmediata» e «identidad constitucional indirecta o mediata». A su modo ver, «una Constitución tiene efectos directos o inmediatos en la construcción de la identidad cuando ella misma (...) opera como *criterio rector* en los procesos decisivos de identificación, lo cual requiere que una amplia mayoría de ciudadanos vea en la Constitución como tal, o en principios constitucionales concretos, el fundamento de su pertenencia al grupo o sus disposiciones de actuación. El derecho constitucional, por el contrario, colabora de manera *mediata* en la construcción de la identidad, cuando crea o configura criterios determinantes del comportamiento humano». Armin von Bogdandy, «Identidad constitucional. Exploración de un fenómeno ambigüo con ocasión de la política de identidad europea de *lege lata* y de *lege ferenda*», *op.cit.*, 18-19.

³² La teoría del patriotismo constitucional fue popularizada por Habermas a finales del siglo XX, si bien el primero en acuñar el término fue el politólogo Sternberger. Esa tesis se enmarca en el concreto contexto alemán, precisamente en contraposición de la clásica noción de nación desarrollada especialmente durante el siglo XIX por autores de origen germano, basada en una única raza, lengua y cultura para todo el pueblo. Expresado en pocas palabras, dicha tesis enuncia la centralidad de la Constitución como elemento catalizador que fomenta una identificación común entre los diferentes miembros de una comunidad. *Vid.* Jürgen Habermas, *Identidades nacionales y postnacionales* (Madrid: Tecnos, 1989).

³³ En este sentido, Weiler señala que «No consideramos la integridad de nuestros órdenes constitucionales nacionales solo como una cuestión de obediencia jurídica y de poder político, sino también de compromiso moral e identidad (...). Se dice que nuestras constituciones compendian los valores fundamentales de una comunidad y esto, a su vez, es un reflejo de nuestra identidad colectiva como pueblo, como nación, como Estado, como Comunidad, como Unión. Cuando nos sentimos orgullosos y apegados a nuestras constituciones lo estamos también por esas razones». Joseph H.H. Weiler, «Federalism Without Constitutionalism: Europe's *Sonderweg*», en *The Federal Vision: Legitimacy and Levels of Governance in the United States and the European Union*, ed. Por Kalypso

formación de una identidad es tan relevante que «las comunidades políticas que tienen una Constitución difieren de aquellas que no la tienen»³⁴.

En este punto, cabe señalar que, a primera vista, la Unión no es una comunidad política vertebrada jurídicamente por una Constitución. Ahora bien, adoptando una posición no formalista es posible entender, en un sentido amplio y en particular a los efectos de determinar el significado de la categoría jurídica objeto de examen, que los textos básicos del Derecho primario –Tratado de la Unión Europea, Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y Carta de Derechos Fundamentales de la Unión– desempeñan un papel asimilable a la Constitución de un Estado miembro. En este sentido, no está demás apuntar que contamos con una larga serie de sentencias del Tribunal de Justicia que hace tiempo que han apostado por una evidente y deliberada retórica de resonancia constitucional en virtud de la cual identifican a los Tratados constitutivos con la Constitución de la Unión Europea³⁵.

No obstante, la integridad del texto constitucional no presenta un contenido que pueda ser asociado a su identidad; por el contrario, ciertos pasajes del mismo revelan más nítidamente ese patrimonio identitario³⁶. En este

Nicolaidis y Robert Howse (Oxford: Oxford University Press, 2002): 62-63 (traducción propia).

³⁴ Michel Rosenfeld, «Constitutional Identity», en *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, ed. por Michel Rosenfeld y Andrés Sajó (Oxford, Oxford University Press, 2013), 757.

³⁵ Ya en el célebre asunto *Les Verts* el TJCE se refería a los Tratados como la «carta constitucional fundamental». *Vid.* STJCE de 23 de abril de 1986, *Les Verts* c. Parlamento europeo, C-294/83, apartado 23, ECLI:EU:C:1986:166. Asimismo, otras decisiones de ese mismo órgano judicial han redundado en ese discurso de, en palabras de von Bogdandy, «semántica constitucional». Entre otros con una fecha más reciente en la que emplea unos términos idénticos que en el asunto *Les Verts*, *vid.* DTJCE de 14 de diciembre de 1991, 1/91, ECLI:EU:C:1991:490, apartado 21; STJCE de 3 de septiembre de 2008, *Yassin Abdullah Kadi and Al Barakaat International Foundation* c. Consejo de la Unión Europea y Comisión de las Comunidades Europeas, asuntos acumulados C-402/05 P y C-415/05 P, apartado 81, ECLI:EU:C:2008:461. Armin von Bogdandy, «Founding Principles of EU Law: A Theoretical and Doctrinal Sketch», *European Law Journal*, n.º 16 (2010): 96.

³⁶ Según Grewe, existes dos fuentes privilegiadas para determinar la identidad constitucional, que se integran en el propio texto de las normas fundamentales, a saber: los preámbulos y las cláusulas de reforma constitucional. Stance Grewe, «Methods of Identification of National Constitutional Identity», en *National Constitutional Identity and European Integration*, editado por Alejandro Saiz Arnaiz y Carina Alcobero Llivina (Cambridge, Intersentia, 2013), 39; A estos elementos para la identificación de la identidad constitucional, Martínez añade la jerarquía de las disposiciones constitucionales, los requisitos de afiliación y la interpretación constitucional. Mónica Martínez López-Sáez, «A la búsqueda de la identidad constitucional: una aproximación al caso español y europeo en clave de pluralismo constitucional y diálogo judicial», *op.cit.*, 324-334.

sentido, esa identidad constitucional puede localizarse en los preámbulos o en las disposiciones dedicadas de reforma constitucional –siendo especialmente iluminadoras las denominadas cláusulas de intangibilidad constitucional (en aquellos ordenamientos nacionales que cuenten con una)–, aunque será igualmente fructífero comprobar la jurisprudencia constitucional emanada de los máximos intérpretes de las respectivas normas fundamentales. Sin perjuicio de ocuparnos con posterioridad de las decisiones del Tribunal de Justicia sobre este particular, señaladamente los dos recientes fallos sobre el reglamento de condicionalidad de fondos, corresponde ahora atender a la noción de identidad constitucional europea a la luz de los Tratados vigentes.

2.2. Preámbulos

La primera de las fuentes privilegiadas para determinar la identidad constitucional de la Unión es el preámbulo de los Tratados constitutivos. En efecto, estos son aquella parte de las Constituciones (y de los Tratados internacionales) dedicada primordialmente a la tarea de proclamar los principios orientadores de un ordenamiento jurídico, siendo particularmente útiles para una comprensión sistémica y teleológica de la norma fundamental. Ciertamente, tienen un indudable componente jurídico, pero al mismo tiempo son previsiones particularmente aptas para evocar aquellos valores de una comunidad política desde una perspectiva más cercana a lo político que a lo legal³⁷. En ocasiones, se puede apreciar una voluntad de construcción nacional mediante la introducción de referencias a un pasado común, así como a los objetivos compartidos como un solo pueblo. No es de extrañar, pues, que la redacción de un preámbulo se haya considerado como un «arte» difícil porque «es más indicativo que imperativo» y «más literario que jurídico»³⁸.

Centrándonos en el contenido específico del preámbulo de los textos básicos del Derecho de la Unión, merece poner atención tanto a los principios y valores proclamados como a la recurrencia con que son invocados. Pueden encontrarse alusiones a los «derechos inviolables e inalienables de la persona humana», la «libertad», la «democracia» la «igualdad», el «Estado de Derecho», la «solidaridad», la «paz» o «la seguridad». De hecho, no parece

³⁷ Respecto de las diferentes funciones que puede cumplir un preámbulo, la doctrina las ha clasificado en cometidos jurídicos y no jurídicos. Win Voermans, Maarten Stremlen y Paul Cliteur, *Constitutional Preambles: A Comparative Analysis* (Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2017), 89-94.

³⁸ Anne Levade, «Préambule», en *Traité Établissant une Constitution pour l'Europe. Partie II. La Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne. Commentaire article par article*, dirigido por Laurence Burgogues-Larsen, Anne Levade y Fabrice Picod (París: Bruylant, 2005), 13.

intrascendente que, entre los valores mencionados, los cuatro primeros son los únicos que aparecen por duplicado en el mismo Preámbulo. Otra idea presente en esas líneas es el compromiso entre la voluntad de crear una única realidad política europea y el deseo de respetar la historia, la cultura y las tradiciones nacionales. Esta parece ser una de las peculiaridades de la identidad político-jurídica de la Unión, que aparece ejemplarmente compendiado en el lema de la Unión («Unida en la diversidad»), recogido en la Declaración núm. 52 aneja al Tratado de Lisboa. Esa misma Declaración contiene otras señas distintivas de la Unión que se adscriben dentro de lo que podría considerarse como una política identitaria, que están dirigidas a identificarla tanto a efectos *ad intra* como *ad extra*: una bandera, un himno y una fiesta «nacional»³⁹.

2.3. Reforma constitucional: una especial referencia a las cláusulas de intangibilidad

La segunda de las fuentes normativas preferentes para delimitar la identidad constitucional son las normas relativas a la reforma constitucional, en especial las cláusulas de intangibilidad o eternidad. Esto se explica porque el régimen jurídico para la reforma de una Constitución en los diferentes ordenamientos jurídicos suele establecer distinciones, de modo que ciertas disposiciones constitucionales gozan de una mayor protección que otras. Esa especial tutela se suele concretar en unos procedimientos más gravosos y en unos umbrales de voto más elevados para la reforma de ciertos preceptos constitucionales en aras de asegurar que dichas modificaciones vengan respaldadas por amplias mayorías parlamentarias –y, en algunos casos, a esos consensos parlamentarios debe sumarse el apoyo popular mediante la vía referendaria⁴⁰. En atención a todo lo anterior, no es difícil colegir, como se ha señalado por la doctrina, la presencia de una estrecha vinculación entre esas normas constitucionales especialmente preservadas frente a posibles

³⁹ Declaración núm. 52 aneja al acta final de la conferencia intergubernamental que ha adoptado el Tratado de Lisboa: «Bélgica, Bulgaria, Alemania, Grecia, España, Italia, Chipre, Lituania, Luxemburgo, Hungría, Malta, Austria, Portugal, Rumanía, Eslovenia y Eslovaquia declaran que la bandera que representa un círculo de doce estrellas doradas sobre fondo azul, el himno tomado del “Himno a la Alegría” de la Novena Sinfonía de Ludwig van Beethoven, la divisa “Unida en la diversidad”, el euro en tanto que moneda de la Unión Europea y el Día de Europa el 9 de mayo seguirán siendo, para ellos, los símbolos de pertenencia común de los ciudadanos a la Unión Europea y de su relación con esta».

⁴⁰ Para un examen más profundo sobre los diferentes regímenes estatales de reforma constitucional en la Unión Europea y su vinculación con la identidad nacional, Constance Grewe, «Methods of Identification of National Constitutional Identity», *op.cit.*, 40-44.

cambios y la identidad constitucional⁴¹. Ese íntimo ligamen alcanza su máxima expresión con las cláusulas de intangibilidad, que, como es bien sabido, es aquel mandato constitucional que establece un límite al poder de reforma constitucional mediante la prohibición de que determinadas normas contenidas en la norma fundamental puedan ser modificadas o derogadas.

Establecidas estas consideraciones generales, es el momento de ver cómo ese esquema teórico se aplica en el Derecho de la Unión. En otras palabras, corresponde ahora analizar la posible existencia de límites materiales a la reforma de los Tratados constitutivos, en tanto que puedan arrojar luz sobre los contornos de la hasta ahora imprecisa categoría de la identidad constitucional europea. Una primera idea de partida es que el artículo 48 TUE, único precepto dedicado a la reforma de los Tratados, no dispone ningún límite expreso a la potestad de reforma de los textos convencionales. Esta dificultad, no obstante, no ha supuesto un obstáculo para el surgimiento de un debate doctrinal –si bien es una discusión académica que, desde el punto de vista del Derecho de la Unión, se encuentra aún en un estado embrionario⁴²– sobre el estudio de posibles límites implícitos a la reforma de los Tratados.

Esos posibles límites materiales a la reforma constitucional pueden tener su origen, o bien en una previsión constitucional expresa –generalmente, en la forma de una cláusula de intangibilidad–, o bien –en su defecto– en restricciones implícitas que no tienen reflejo en el texto constitucional⁴³. Pues bien, como se ha adelantado, el artículo 48 TUE guarda completo silencio sobre posibles limitaciones a la reforma de los Tratados. Siendo así, una interpretación literal de los Tratados no conduce en modo alguno a identificar límites a

⁴¹ José Luis Martí, «Two Different Ideas of Constitutional Identity: Identity of the Constitution v. Identity of the People», en *National Constitutional Identity and European Integration*, editado por Alejandro Saiz Arnaiz y Carina Alcoberro Llivina (Cambridge, Intersentia, 2013), 22-23.

⁴² En efecto, puede constatararse una escasa literatura académica que se haya ocupado de examinar la posible existencia de límites –explícitos o implícitos– a la reforma de los Tratados constitutivos. Si acaso, es posible identificar una serie de trabajos doctrinales a principios de la década de los años 90 del siglo pasado con motivo del Dictamen 1/1991. A raíz de ese pronunciamiento, se publicaron algunos artículos en los que se sostuvo que algunos principios fundamentales del entonces Derecho Comunitario eran inmutables por la vía de la reforma convencional. *Vid.* José Luís da Cruz Vilaça y Nuno Piçarra, «Y a-t-il des limites matérielles à la révision des traités instituant les Communautés européennes?», *Cahiers de Droit Européen*, n.º 39 (1993); Joseph H.H. Weiler y Ulrich Haltern, «The Autonomy of the Community Legal Order: Through the Looking Glass», *Harvard International Law Journal* (1996).

⁴³ Reijer Passchier y Maarten Stremmer, «Unconstitutional Constitutional Amendments in European Union Law: Considering the Existence of Substantive Constraints on Treaty Revision», *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, n.º 5 (2016): 348.

la modificación del Derecho primario de la Unión, de modo que el único cauce subsidiario para reconocerlos es, en su caso, por la vía de las limitaciones implícitas. Con este propósito, debe ponerse la atención en la actividad del Tribunal de Justicia, pues contamos con algunos fallos judiciales que apuntan a esa idea.

El primer precedente judicial aparece representado por el Dictamen 1/91 en virtud del cual se examinaba la compatibilidad de un acuerdo internacional para la creación del Espacio Económico Europeo con los Tratados de la CEE⁴⁴. Dicho convenio tenía por objeto ensanchar el espacio territorial de relaciones económicas y comerciales –mediante la aplicación de las normas relativas a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales, así como el Derecho de la competencia– a aquellos Estados integrados en la Asociación Europea de Libre Comercio (AELC). En concreto, el verdadero punto conflictivo al que debía dar respuesta el Tribunal de Justicia era la creación, por medio de ese acuerdo internacional, de un sistema de control jurisdiccional para la interpretación y aplicación de sus normas. La controversia central radicaba en que la institución de una autoridad judicial con tales atribuciones podía entrar en tensión con la autonomía del ordenamiento comunitario, en especial con el papel cardinal asignado por los Tratados al Tribunal de Justicia.

En ese Dictamen se dispone que «un Acuerdo internacional que contempla un sistema jurisdiccional dotado de un Tribunal competente para interpretar sus disposiciones, no es, en principio, incompatible con el Derecho comunitario y puede, por consiguiente, hallar su fundamento en el artículo 238 del Tratado CEE»⁴⁵. Hecha esta afirmación, continúa razonando que, en todo caso, «el artículo 238 del Tratado CEE no proporciona base alguna para establecer un sistema jurisdiccional que infringe el artículo 164 de este Tratado y, de modo más general, *los propios fundamentos de la Comunidad*»⁴⁶. Y para terminar, ante las sugerencias de la Comisión, rechaza de plano que una reforma de los Tratados, y más concretamente del artículo 238 del Tratado CEE, pueda realizarse con objeto de sortear la contradicción de esta disposición con el Acuerdo internacional⁴⁷. En consecuencia, el Tribunal de Justicia distingue entre una suerte de «Derecho primario ordinario» y los «propios fundamentos de la Comunidad», entre los que se encuentra el

⁴⁴ DTJCE de 14 de diciembre de 1991, 1/91, ECLI:EU:C:1991:490.

⁴⁵ *Ibid.*, apartado 70.

⁴⁶ *Ibid.* apartado 71 (la cursiva es del autor). No es, en todo caso, la primera ocasión en que el Tribunal de Justicia emplea esta expresión de «los propios fundamentos de la Comunidad». *Vid.*, referidos respectivamente al principio de igualdad y al principio de primacía, STCJE de 8 de abril de 1976, Defrenne, EU:C:1976:56, apartado 29; STJCE de 9 de marzo de 1978, Simmenthal, EU:C:1978:49, apartado 18.

⁴⁷ *Ibid.* apartado 72.

sistema judicial comunitario, al que se ha atribuido la potestad de garantizar el respeto del Derecho comunitario en la interpretación y aplicación de los Tratados⁴⁸. Estos últimos se sitúan en una posición jerárquica superior al resto del Derecho originario en modo tal que está vedada toda posibilidad de modificación de los mismos por la vía de una reforma de los Tratados⁴⁹.

Esa idea esencial recogida en el Dictamen 1/91 relativa a una ordenación jerárquica de las fuentes normativas del Derecho de la Unión, que va más allá de la mera distinción entre Derecho primario y Derecho secundario, ha sido desarrollada por parte de la doctrina con apoyo, entre otras consideraciones, en ese pronunciamiento judicial y otros posteriores. Así pues, se han propuesto clasificaciones doctrinales sumamente pormenorizadas en las que se ordenan las fuentes del Derecho de la Unión de acuerdo con un criterio jerárquico. De acuerdo con Rosas y Armati, se ubicarían en la cúspide los valores fundacionales del ordenamiento jurídico europeo a que se refiere el artículo 2 TUE, seguidos inmediatamente de los principios generales del Derecho de la Unión y, cerrando la categoría del Derecho originario, el Derecho primario escrito (TUE, TFUE y sus protocolos)⁵⁰. En fin, esta supraordenación de las fuentes del Derecho de la Unión, ubicando a los valores del artículo 2 TUE en el extremo superior, contribuye a reforzar la idea de que existe un «núcleo constitucional de la Unión Europea»⁵¹ al margen de toda posible reforma de los Tratados.

Existen dos sentencias más recientes del Tribunal de Luxemburgo que han insistido en esa misma corriente judicial. En la primera de ellas se instaba al Tribunal de Justicia a que enjuiciara la compatibilidad de un acuerdo internacional por el que se pretendía instaurar un Tribunal europeo de patentes con los Tratados. En este caso, las dificultades se concretaban en que el órgano judicial que proponía establecer el proyecto de acuerdo internacional no solo tendría competencias para interpretar y aplicar las disposiciones del propio acuerdo, sino también diversas normas del Derecho de la Unión⁵². Más controvertido aún, en opinión del Tribunal de Justicia, resultaba que, a causa de dicho acuerdo, se privaría a los órganos judiciales estatales de la

⁴⁸ Reijer Passchier y Maarten Stremmer, «Unconstitutional Constitutional Amendments in European Union Law: Considering the Existence of Substantive Constraints on Treaty Revision», *op.cit.*, 354.

⁴⁹ *Idem.*

⁵⁰ Allan Rosas y Lorna Armati, *EU Constitutional Law: An Introduction*, 3ª edición (Oxford: Hart, 2018), 51.

⁵¹ Tomamos prestada la expresión de Sarmiento, quien también alude a la privilegiada posición jerárquica de los valores de la Unión en aras de determinar el contenido de la identidad constitucional europea. *Vid.* Daniel Sarmiento, «The EU's Constitutional Core», en *National Constitutional Identity and European Integration*, editado por Alejandro Saiz Arnaiz y Carina Alcobero Llivina (Cambridge, Intersentia, 2013).

⁵² DTJUE de 8 de marzo de 2011, 1/09, ECLI:EU:C:2011:123, apartado 80.

facultad –o, en su caso, obligación– de plantear cuestiones prejudiciales en el ámbito normativo cubierto por el acuerdo en favor del Tribunal europeo de patentes⁵³. En este punto, el Tribunal de Luxemburgo declaró que las funciones otorgadas a los Tribunales nacionales y al Tribunal de Justicia al amparo del sistema instaurado por el artículo 267 TFUE «son esenciales para la preservación de la naturaleza misma del Derecho establecido por los Tratados»⁵⁴.

En esta misma clave puede interpretarse el Dictamen 2/13, que se pronunció en contra de que la Unión Europea se adhiriera al Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), a pesar del mandato convencional recogido en el artículo 6.2 TUE que así lo impone. A diferencia de los casos anteriores, no se prevé la instauración de un órgano judicial *ex novo*, sino la atribución al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) de potestad para enjuiciar el cumplimiento de los estándares convencionales en materia de derechos humanos por parte de la Unión, sometiéndose, así, al mismo control que ya venía realizando con respecto de los restantes Estados partes del Convenio. La negativa del Tribunal de Justicia a la adhesión se basa en una pluralidad de argumentos, si bien todos ellos se fundamentan, en esencia, en que el proyecto de acuerdo no puede garantizar que el mismo «no afecte a las características específicas de la Unión y de su Derecho»⁵⁵. Continúa el Tribunal precisando que «entre esas características figuran las relativas a la estructura constitucional de la Unión, que tiene su reflejo en el principio de atribución de competencias (...), así como en el marco institucional definido en los artículos 13 TUE a 19 TUE»⁵⁶. En este contexto, presenta un peso específico en el rechazo del Tribunal de Luxemburgo la falta de garantías respecto del carácter exclusivo de su jurisdicción para interpretar o aplicar los Tratados.

En suma, las tres decisiones judiciales anteriores (Dictamen 1/91, Dictamen 1/09 y Dictamen 2/13) parecen apuntar a una misma dirección. Todas ellas coinciden en subrayar que las características esenciales del original sistema jurisdiccional supranacional forman parte de la estructura constitucional básica del Derecho de la Unión. A falta de límites expresos a la reforma de los Tratados constitutivos, la doctrina ha interpretado que estos pronunciamientos de la Corte de Luxemburgo están configurando una teoría de límites implícitos a la modificación de los Tratados europeos. Con todo, es un enfoque ciertamente limitado, que pone el énfasis en un ámbito normativo muy concreto que no puede entenderse en un sentido exhaustivo, es decir, no agota todos los posibles límites materiales a la reforma de los Tratados –y, por extensión, tampoco la concepción de la identidad constitucional de la Unión–.

⁵³ *Ibid.*, apartado 81.

⁵⁴ *Ibid.*, apartado 85.

⁵⁵ DTJUE de 18 de diciembre de 2014, 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, apartado 164.

⁵⁶ *Ibid.*, apartado 165.

Llegados a este punto, se han analizado dos de las fuentes normativas privilegiadas para determinar la noción de identidad constitucional europea: los preámbulos y la reforma constitucional. Falta, por tanto, indagar el papel de la jurisprudencia supranacional en la identificación de la identidad constitucional europea.

Antes de entrar en el detalle de esa actividad judicial, conviene retomar los resultados preliminares que se desprenden de los primeros pasos de este recorrido metodológico. A modo de síntesis, tanto una fuente como otra convergen en la afirmación de los valores de la Unión Europea (artículo 2 TUE) como elemento central de la identidad constitucional europea, que, recordemos, aluden a «la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías». A esa misma conclusión llega un buen número de autores que se ha manifestado en favor de esa identificación⁵⁷. No sería descartable ampliar esa noción a otros principios constitucionales básicos del Derecho de la Unión, si bien no parecen existir discrepancias desde el punto de vista doctrinal en torno a que esos valores fundamentales son una parte integrante indiscutible de la identidad constitucional de la Unión. No solo interesa, en todo caso, conocer el contenido de esa categoría jurídica, sino también su aplicabilidad, y es en este punto precisamente donde el estudio de una todavía escasa jurisprudencia puede contribuir a esclarecerla.

IV. RESPUESTA JUDICIAL A UNA NOCIÓN ILIBERAL DE LA IDENTIDAD NACIONAL

El par de sentencias dictadas en febrero de 2022 por el Tribunal de Justicia avalando la legalidad del Reglamento 2020/2092, sobre un régimen

⁵⁷ Lucia S. Rossi, «2, 4, 6 (TUE)...l'interpretazione dell'«Identity Clause» alla luce dei valori fondamentali dell'UE», en *Liber Amicorum in Onore Di Antonio Tizzano: De la Cour CECA à la Cour de l'Union: le Long Parcours de la Justice Européenne*, ed. por Roberto Adam, Enzo Cannizzaro y Massimo Codinanzi (Giappichelli: Turin, 2018), 869; Pietro Faraguna, «Constitutional Identity in the EU – A Shield or a Sword?», *op.cit.*, 1633-1634. En este punto, es interesante la tesis de Montesinos que sostiene que diversos mecanismos de garantía del Estado de Derecho –Reglamento 2020/2092, Nuevo marco de la Unión Europea para reforzar el Estado de Derecho (COM (2014) 158 final) y el Ciclo de revisión (COM (2019) 343 final)– contribuyen a delimitar el alcance del artículo 4.2 TUE a través de los valores fundamentales de la Unión. *Vid.* Carmen Montesinos Padilla, «Nuevos mecanismos de garantía del Estado de Derecho en la Unión Europea: límites a la identidad nacional», en *Identidades europeas, subsidiariedad e integración*, coord., por Javier García Roca y Rafael Bustos Gisbert (Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi, 2022).

general de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión, ha comportado, por primera vez, el reconocimiento expreso por parte de aquella institución de la identidad constitucional de la Unión. Rara vez, en todo caso, un pronunciamiento judicial es genuinamente innovador y, sin negar las novedades de dicha decisión, es posible advertir otros precedentes que avanzaron una dirección semejante. De hecho, la reiteración de fallos en un mismo sentido tiene la bondad de confirmar una determinada línea de interpretación que permite descartar el fenómeno de un caso aislado que no es posteriormente corroborado. En este sentido, un antecedente inexcusable aparece representado por el asunto Kadi.

1. *Precedente judicial: asunto Kadi*

No hace falta rememorar en detalle esta larga saga judicial, bastando con hacer referencia a sus aspectos principales y, en particular, aquellos que son relevantes a los efectos de profundizar sobre la identidad constitucional europea desde el prisma de la jurisprudencia supranacional⁵⁸. En breve, la Unión Europea aprobó el Reglamento (CE) 881/2002 en cumplimiento de una decisión del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas dirigida a adoptar medidas restrictivas contra personas relacionadas con actividades terroristas, siendo aquella norma impugnada por uno de los perjudicados. En concreto, la incorporación del Sr. Kadi en una lista de sospechosos conllevaba la imposición de sanciones, siendo cuestionable una posible vulneración de algunos de sus derechos fundamentales, singularmente el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho de propiedad. Una primera sentencia ante el Tribunal de Primera Instancia –actualmente, Tribunal General–, fue seguida por una segunda decisión en casación dictada por la Gran Sala del Tribunal de Justicia en un caso jurídicamente delicado por lo que se refiere a las relaciones entre el Derecho de la Unión y el Derecho Internacional.

Más interesantes que el sentido del fallo de la resolución, son los argumentos esgrimidos por el Tribunal de Luxemburgo. A ojos de este órgano judicial, «las obligaciones impuestas por un acuerdo internacional no pueden tener por efecto menoscabar los principios constitucionales del Tratado CE, entre los que figura el principio según el cual todos los actos comunitarios deben respetar los derechos fundamentales, pues el respeto de esos derechos constituye un requisito de legalidad de dichos actos, cuyo control incumbe al Tribunal de Justicia, en el marco del sistema completo de vías

⁵⁸ Para un examen en profundidad sobre esta saga judicial desde diferentes perspectivas, *vid.* Matej Avbelj, Filippo Fontanelli y Giuseppe Martinico, eds., *Kadi on Trial: A Multifaceted Analysis of the Kadi Trial* (Londres: Routledge, 2014).

de recurso establecido por dicho Tratado»⁵⁹. En varias ocasiones, el Tribunal de Justicia recalca que los principios de libertad, democracia y, especialmente en este asunto, derechos fundamentales constituyen «las propias bases del ordenamiento jurídico comunitario»⁶⁰, no siendo admisible «una pretendida primacía absoluta»⁶¹ de las resoluciones del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas cuando las mismas puedan comprometer tales principios.

Se ha valorado de manera muy sugerente por parte de la doctrina que este asunto colocaba al Tribunal de Justicia en una posición semejante a la del Tribunal Constitucional Federal alemán en la década de los años 70 del pasado siglo en la saga Solange⁶². Ante una insuficiente protección de los derechos fundamentales en otro orden jurídico que reivindica la primacía de sus normas, se pone en duda una prevalencia incondicionada como modo de salvaguardar una mínima tutela iusfundamental. Podría decirse que el Tribunal de Justicia viene a revelar, así, unos límites inderogables frente a una aplicación irrestricta del Derecho internacional (*ex artículo 307 TCE* –en la actualidad, artículo 351 TFUE⁶³–) cuando la misma pueda poner en entredicho los derechos fundamentales, así como el control judicial del Tribunal de

⁵⁹ STJCE de 3 de septiembre de 2008, Yassin Abdullah Kadi y Al Barakaat International Foundation c. Consejo de la Unión Europea, C-402/05 P y C-415/05 P, ECLI:EU:C:2008:461, apartado 282.

⁶⁰ *Ibid.*, apartados 303-304. A este respecto, parecen más claros y enfáticos los términos empleados en la versión inglesa de la sentencia, que describen esos principios como «the very foundations of the Community legal order».

⁶¹ *Ibid.*, apartado 305.

⁶² Julianne Kokkot y Christoph Sobotta, «The Kadi Case – Constitutional Core Values and International Law – Finding the Balance», *The European Journal of International Law*, n.º 23 (2012): 1018.

⁶³ Artículo 351 TFUE: «Las disposiciones de los Tratados no afectarán a los derechos y obligaciones que resulten de convenios celebrados, con anterioridad al 1 de enero de 1958 o, para los Estados que se hayan adherido, con anterioridad a la fecha de su adhesión, entre uno o varios Estados miembros, por una parte, y uno o varios terceros Estados, por otra.

En la medida en que tales convenios sean incompatibles con los Tratados, el Estado o los Estados miembros de que se trate recurrirán a todos los medios apropiados para eliminar las incompatibilidades que se hayan observado. En caso necesario, los Estados miembros se prestarán ayuda mutua para lograr tal finalidad y adoptarán, en su caso, una postura común.

En la aplicación de los convenios mencionados en el párrafo primero, los Estados miembros tendrán en cuenta el hecho de que las ventajas concedidas en los Tratados por cada uno de los Estados miembros son parte integrante del establecimiento de la Unión y están, por ello, inseparablemente ligadas a la creación de instituciones comunes, a la atribución de competencias en favor de estas últimas y a la concesión de las mismas ventajas por parte de los demás Estados miembros».

Luxemburgo para constatar la conformidad de sus actos legislativos con tales derechos⁶⁴. Y, aunque no lo exprese de manera tan clara la sentencia, en caso de constatarse una vulneración de ese espacio constitucional especialmente sensible, la jurisdicción europea se reserva la posibilidad de intervenir en su defensa⁶⁵.

A partir de esta sentencia, entre otros fundamentos normativos, un grupo cada vez más nutrido de estudiosos está defendiendo la existencia de una identidad constitucional europea que, como se ha puesto de relieve repetidamente, coincidiría sustancialmente con los valores fundamentales a que se refiere el artículo 2 TUE. Dicha identidad actuaría como una suerte de contralímites europeos frente a posibles transgresiones procedentes de otros sistemas jurídicos⁶⁶. A semejanza de la doctrina judicial elaborada a instancias de los Tribunales Constitucionales domésticos para hacer frente a potenciales violaciones de las estructuras constitucionales básicas por parte del Derecho de la Unión, el asunto Kadi parece emular esa misma jurisprudencia en el ámbito supranacional con el fin de salvaguardar sus principios constitucionales más elementales ante posibles violaciones imputables a la aplicación del Derecho Internacional.

No obstante, es imaginable que el ámbito de aplicación de esta línea jurisprudencial apenas apuntada pueda expandirse para cubrir igualmente aquellos casos en los que esas posibles lesiones provengan del Derecho nacional. Precisamente, como se examinará a continuación, esta es la hipótesis que se verifica con las sentencias sobre la condicionalidad de los fondos europeos dictadas a instancias de Hungría y Polonia. En tal caso, en lo que parece más bien un juego de palabras, la identidad constitucional europea operaría como un límite absoluto a la identidad nacional de los Estados miembros en los términos que se expondrá más detalladamente con motivo del análisis de esos fallos judiciales⁶⁷.

⁶⁴ Allan Rosas y Lorna Armatì, *EU Constitutional Law: An Introduction*, op. cit., 53.

⁶⁵ Giuseppe Martinico, «El TJUE como intérprete de la identidad constitucional de la Unión», en *La jurisdicción constitucional en la tutela de los Derechos Fundamentales de la UE: Especial referencia al Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia*, dir. por Juan Ignacio Ugartemendia Eceizabarrena, Alejandro Saiz Arnaiz y Mariela Morales-Antoniazzi (Oñati, IVAP, 2017), 323-324.

⁶⁶ Giacomo di Federico, «Il ruolo dell'art. 4, par. 2, TUE nella soluzione dei conflitti inter-ordinamentali», *Quaderni costituzionali*, n.º 39 (2019): 430-431; François-Xavier Millet, «Plaidier l'identité constitutionnelle de l'État devant la Cour de Justice», *Quaderni costituzionali*, n.º 38 (2018): 846-847; Joaquín Sarrión Esteve, «El retorno de los límites constitucionales a la primacía: a propósito del reciente rugido del guardián de la constitución alemana», *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 34 (2020).

⁶⁷ *Idem*.

2. *Análisis de las sentencias húngara y polaca contra el Reglamento 2020/2092*

2.1. Contexto político y legislativo

Con carácter previo al estudio de las sentencias de referencia, conviene presentar de manera breve el marco general, desde el punto de vista político y legislativo, en que se encuadran⁶⁸. La aprobación del reglamento 2020/2092 forma parte del paquete legislativo del marco financiero plurianual de la Comisión 2021-2027, aunque también es parte integrante de la estrategia general de las autoridades europeas para hacer frente a la crisis del Estado de Derecho en algunos Estados miembros en Europa del Este. Tras más de dos años de negociaciones, se alcanza en verano del año 2020, en uno de los Consejos Europeos más largos de la historia, un acuerdo respecto de la propuesta legislativa de dicho reglamento. También formaban parte de las transacciones de esa cumbre política el reglamento de perspectivas financieras y el paquete de los fondos «Next Generation EU» –programa de financiación de 750.000 millones de euros para responder a las consecuencias económicas de la crisis del coronavirus–, no pudiéndose desligarse en términos políticos las negociaciones en torno a estos y el propio reglamento.

Sin entrar en grandes detalles, el mecanismo general de condicionalidad es un instrumento configurado para proteger el presupuesto de la Unión bajo la premisa de que un Estado miembro que no respete los principios del Estado de Derecho no puede asegurar la buena gestión financiera de los fondos europeos. Para la activación de esa herramienta de control, es necesario constatar que la conculcación de esos principios «afecta o amenaza con afectar gravemente la buena gestión financiera del presupuesto de la Unión o la protección de los intereses financieros de la Unión de un modo suficientemente directo» (artículo 4.1 del Reglamento 2020/2092). En caso de concurrir ese presupuesto, previa propuesta de la Comisión, el Consejo podrá, por mayoría cualificada, adoptar medidas para la suspensión o cancelación de fondos europeos. Esas medidas deberán en todo caso respetar el principio de proporcionalidad y se prevé que las mismas puedan ser revisadas, adaptadas o levantadas cuando hayan desaparecido las causas que motivaron su imposición.

Como era previsible, Hungría y Polonia mostraron se desacuerdo con el mecanismo de condicionalidad. En especial, uno de los principales puntos de fricción consistía en que resultaba suficiente una mayoría cualificada para

⁶⁸ Vid. Alberto de Gregorio Merino, «El nuevo régimen general de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 71 (2022).

poner en marcha ese sistema de supervisión presupuestaria, a diferencia de la hasta ahora infructuosa herramienta del artículo 7 TUE que requiere de la unanimidad. Efectivamente, una de las críticas esgrimidas por los detractores de la propuesta de reglamento era que pretendía instaurarse subrepticamente un mecanismo alternativo de control del Estado de Derecho en sustitución del contemplado en el artículo 7 TUE ante la experiencia de su palmaria ineficacia. No siendo ajeno a estas objeciones, el Consejo se preocupó de diseñar un instrumento normativo de naturaleza eminentemente presupuestaria, abandonando todo intento por extender su aplicación a la violación de cualquier valor del artículo 2 TUE⁶⁹. De todos modos, para poder desencallar las negociaciones y obtener el respaldo de los Estados miembros renuentes fue necesario concederles ciertas garantías sobre la interpretación y aplicación del futuro reglamento. Entre ellas, una de las más censuradas doctrinalmente fue la declaración del Consejo Europeo de que el reglamento no sería aplicado hasta que la Comisión adoptara unas directrices interpretativas, que no serían redactadas hasta que se manifestara el Tribunal de Justicia en un eventual recurso de nulidad⁷⁰. En opinión de algunos de los opositores a estos instrumentos jurídicos de interpretación complementarios, las conclusiones del Consejo Europeo no son jurídicamente vinculantes y el retraso en la aplicación del reglamento no es conforme con el Derecho de la Unión⁷¹.

2.2. Examen de la dimensión constitucional de las sentencias

En estas dos sentencias el Tribunal de Justicia enuncia una jurisprudencia de excepcional interés por lo que respecta a la configuración jurídica de los valores fundamentales de la Unión (artículo 2 TUE), así como en cuanto al mecanismo extraordinario para su salvaguarda (artículo 7 TUE). Respecto de este último, Hungría alega que el reglamento impugnado establece un

⁶⁹ *Ibid.*, p. 17.

⁷⁰ Conclusiones del Consejo Europeo del 10 y 11 de diciembre de 2020, EUCO 22/20, página 2, apartado c): «Con el fin de garantizar el respeto de estos principios, la Comisión tiene la intención de elaborar y adoptar directrices sobre la manera en que debe aplicarse el Reglamento, así como un método para llevar a cabo su evaluación. Estas directrices se elaborarán en estrecha concertación con los Estados miembros. En caso de que se interponga un recurso de anulación en relación con el Reglamento, las directrices se finalizarían tras la sentencia del Tribunal de Justicia a fin de incorporar todo elemento pertinente derivado de dicha sentencia. La presidenta de la Comisión informará cumplidamente al Consejo Europeo. Hasta que se ultimen dichas directrices, la Comisión no propondrá medidas con arreglo al Reglamento».

⁷¹ Kim L. Scheppele, Laurent Pech y Sébastien Platon, «Compromising the Rule of Law while Compromising on the Rule of Law», *Verfassungsblog*, 2020, <https://verfassungsblog.de/compromising-the-rule-of-law-while-compromising-on-the-rule-of-law>.

«procedimiento paralelo» que tiene el mismo propósito que dicho precepto, lo que comporta su infracción⁷². Sostiene, asimismo, que el artículo 7 TUE constituye un procedimiento de carácter exclusivo para verificar el respeto de los valores enunciados en el artículo 2 TUE, siendo la motivación velada del Reglamento 2020/2092 «habilitar una vía “más fácil”, “más rápida” y “más eficaz” para constatar y sancionar la vulneración de los principios del Estado de Derecho»⁷³. El Tribunal de Justicia, por su parte, rebate este planteamiento señalando que «numerosas disposiciones de los Tratados, que a menudo se concretan en diversos actos de Derecho derivado, confieren a las instituciones de la Unión la competencia para examinar, constatar y, en su caso, sancionar la vulneración cometida en un Estado miembro de los valores que se recogen en el artículo 2 TUE»⁷⁴. Con más claridad aún en la sentencia polaca en respuesta al mismo argumento, dispone que el reglamento impugnado tiene un ámbito de aplicación diferente al del artículo 7 TUE –pues se restringe a solo uno de los valores declarados en el artículo 2 TUE: el Estado de Derecho–, difiere en cuanto a los criterios exigibles para su incoación –en especial, es preciso justificar un nexo causal directo entre la vulneración del Estado de Derecho y la afectación de la buena gestión financiera o los intereses financieros de la Unión– y podrían comportar, en su caso, medidas de diferente naturaleza –con una dimensión necesariamente financiera, alejadas del carácter eminentemente político de las decisiones dimanantes de la aplicación del artículo 7 TUE–⁷⁵.

En cuanto al artículo 2 TUE, el Tribunal de Justicia despliega un potente argumentario para articular una construcción judicial reforzada de los valores de la Unión⁷⁶. De un lado, recuerda que los mismos se erigen como un requisito previo para adquirir la condición de Estado miembro de conformidad con el artículo 49 TUE. De esta premisa se deriva la existencia de una confianza mutua entre los Estados miembros de que todos comparten y se comprometen a respetar dichos valores. Junto a la consideración del artículo 2 TUE como una exigencia para la adhesión a la Unión de todo Estado miembro, se suma su concepción como un requisito que debe cumplirse en todo momento mientras un Estado tenga la condición de miembro para poder

⁷² STJUE de 16 de febrero de 2022, Hungría c. Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, C-156/21, ECLI:EU:C:2022:97, apartado 81.

⁷³ *Ibid.*, apartado 95.

⁷⁴ *Ibid.*, apartado 159.

⁷⁵ STJUE de 16 de febrero de 2022, Polonia c. Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, C-157/21, ECLI:EU:C:2022:98, apartados 211-216.

⁷⁶ STJUE de 16 de febrero de 2022, Hungría c. Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, C-156/21, ECLI:EU:C:2022:97, apartado 124 y ss.; STJUE de 16 de febrero de 2022, Polonia c. Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, C-157/21, ECLI:EU:C:2022:98, apartado 142 y ss.

disfrutar de todos los derechos que derivan de los Tratados. Esta segunda dimensión es deudora de una jurisprudencia reciente que tiene su primer exponente judicial en el asunto *Repubblika*⁷⁷, habiendo sido posteriormente corroborada, entre otros, por el caso *Asociația Forumul Judecătorilor din România*⁷⁸. En todo caso, la Corte de Luxemburgo no ha querido desaprovechar la oportunidad para reafirmar esta interpretación del artículo 2 TUE, que viene a dar una solución por la vía hermenéutica al conocido dilema de Copenhague; entendiendo por tal el dispar control jurídico de los valores fundamentales de la Unión en atención al momento temporal, ya sea más robusto antes de la adhesión, ya sea más limitado cuando un Estado ha adquirido plenamente la condición de miembro⁷⁹.

Todo este razonamiento previo nos conduce al apartado clave de esta pareja de sentencias, con una redacción idéntica en ambos pronunciamientos, en el que se afirma que:

«Los valores que recoge el artículo 2 TUE han sido identificados por los Estados miembros, que los comparten. Definen la propia identidad de la Unión como un ordenamiento jurídico común. Así pues, la Unión debe estar en condiciones de defenderlos dentro de los límites de las atribuciones que les confieren los Tratados»⁸⁰.

Con esta proclamación el Tribunal de Justicia reconoce por primera vez de manera inequívoca la identidad constitucional de la Unión, así como su identificación con los valores fundamentales a que se refiere el artículo 2 TUE. En consecuencia, esta declaración supone un claro respaldo tanto a las teorías doctrinales que habían avanzado este planteamiento como a otros precedentes de ese mismo órgano judicial que de manera menos terminante habían iniciado esta senda interpretativa. En comparación con el asunto *Kadi*, es posible advertir, al menos, dos diferencias. En primer lugar, supone reconocer una dimensión más amplia de la identidad constitucional europea más allá del mero control judicial de los derechos fundamentales. En segundo lugar, ensancha el alcance de dicha noción, porque no solo es aplicable en

⁷⁷ STJUE de 20 de abril de 2021, *Repubblika*, C-896/19, EU:C:2021:311, apartado 63.

⁷⁸ STJUE de 18 de mayo de 2021, *Asociația Forumul Judecătorilor din România*, C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19 y C-397/19, EU:C:2021:393, apartado 162.

⁷⁹ *Vid.*, Matthieu Leloup, Dimitry Kochenov y Aleksejs Dimitrovs, «Opening the Door to Solving the “Copenhagen Dilemma”? All Eyes on *Repubblika v Il-Prim Ministru*», *European Law Review*, n.º 5 (2021).

⁸⁰ STJUE de 16 de febrero de 2022, *Hungría c. Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea*, C-156/21, ECLI:EU:C:2022:97, apartado 127; STJUE de 16 de febrero de 2022, *Polonia c. Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea*, C-157/21, ECLI:EU:C:2022:98, apartado 145.

caso de una vulneración de su núcleo constitucional intangible a resultas de la aplicación del Derecho Internacional, sino también cuando su transgresión provenga del Derecho nacional.

Ese apartado anteriormente transcrito es desarrollado más adelante en la propia sentencia. Frente a una alarmante concepción de los valores fundamentales de la Unión por parte de Hungría y Polonia, que entienden que estos presentan una «naturaleza exclusivamente política»⁸¹ y que «carecen de contenido jurídico propio»⁸², el Tribunal de Justicia sostiene una visión completamente opuesta. Así pues, precisa que «el artículo 2 TUE no constituye una mera enunciación de orientaciones o de intenciones de naturaleza política, sino que contiene valores que (...) comportan obligaciones jurídicamente vinculantes para los Estados miembros»⁸³.

Asimismo, los dos párrafos subsiguientes son igualmente cruciales porque permiten interpretar que el Tribunal de Luxemburgo se opone a una interpretación abusiva del artículo 4.2 TUE, rechazando que los Estados miembros puedan ampararse en su identidad nacional para justificar un incumplimiento del principio del Estado de Derecho⁸⁴. Cabe recordar que con la jurisprudencia iniciada con el asunto *Republika* no sólo se impone una observancia continuada de los valores del artículo 2 TUE, sino que, de manera añadida, se apuesta por la doctrina del principio de *non regression*, que prohíbe una reducción del nivel de protección de tales valores. Y, no menos importante, estos pasajes de la sentencia se opondrían, pues, a una corriente doctrinal que había denunciado que la identidad nacional prevista en el artículo 4.2 TUE era un concepto esencialmente indeterminado y, por ende, inherentemente peligroso en manos de los gobiernos iliberales de Hungría y Polonia⁸⁵. En virtud de esta caracterización, proponía abandonar esta

⁸¹ STJUE de 16 de febrero de 2022, *Polonia c. Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea*, C-157/21, ECLI:EU:C:2022:98, apartado 203. Esta misma defensa había sido argüida previamente en una conocida sentencia del Tribunal Constitucional polaco, sosteniéndose entonces que el artículo 2 TUE contiene una lista de valores de «mero significado axiológico». STC de Polonia, de 7 de octubre de 2021, K-3/21.

⁸² STJUE de 16 de febrero de 2022, *Hungría c. Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea*, C-156/21, ECLI:EU:C:2022:97, apartado 205.

⁸³ STJUE de 16 de febrero de 2022, *Hungría c. Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea*, C-156/21, ECLI:EU:C:2022:97, apartado 232; STJUE de 16 de febrero de 2022, *Polonia c. Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea*, C-157/21, ECLI:EU:C:2022:98, apartado 264.

⁸⁴ Pietro Faraguna y Tímea Drinócz, «Constitutional Identity in and on EU Terms», *Verfassungsblog*, 2022, <https://verfassungsblog.de/constitutional-identity-in-and-on-eu-terms/>.

⁸⁵ Federico Fabbrini y Andrés Sajó, «The dangers of constitutional identity», *European Law Journal*, n.º 25 (2019); Daniel Kelemen y Laurent Pech, «Why autocrats love

categoría jurídica porque proporciona a esos actores un valioso instrumento jurídico para obstaculizar la aplicación del Derecho de la Unión en esos Estados integrantes del grupo de Visegrado. Por el contrario, estas dos sentencias sobre el mecanismo de condicionalidad de fondos permiten avalar una noción, a nuestro juicio, más acertada de la identidad nacional, puesto que es más respetuosa con una lectura sistémica de los Tratados que interprete conjuntamente el artículo 4.2 TUE y el artículo 2 TUE⁸⁶.

V. CONCLUSIONES

A modo de consideraciones finales, la identidad constitucional de la Unión Europea es una categoría jurídica que está siendo objeto de un creciente interés por parte de la doctrina y, más recientemente, de la jurisprudencia supranacional. Con la pareja de sentencias sobre el mecanismo de condicionalidad de fondos europeos, el Tribunal de Justicia ha venido a suscribir una teoría académica que había anticipado la existencia de un espacio de intangibilidad constitucional en el ámbito del Derecho de la Unión. Esa emergente figura jurídica ha sido identificada fundamentalmente con los valores de Unión proclamados en el artículo 2 TUE en el marco de una jurisprudencia cada vez más elaborada e incisiva en su esfuerzo por dotarlos de un contenido jurídico vinculante ante el discurso iliberal proferido desde algunas instancias políticas y judiciales.

Es inevitable no incurrir en una comparación entre la cláusula de la identidad nacional (artículo 4.2 TUE) y la más novedosa identidad constitucional europea, siendo posible apreciar paralelismos entre ambas. En cuanto a los puntos de convergencia, esta nueva jurisprudencia europea recuerda a la teoría de los contralímites desarrollada por parte de los Tribunales Constitucionales nacionales como un intento de delimitar una esfera constitucional inderogable frente a intromisiones resultantes de la aplicación del Derecho de otro ordenamiento jurídico. Al mismo tiempo, recae en la máxima autoridad judicial –nacional y europea⁸⁷, respectivamente– la responsabilidad de salvaguardar ese núcleo constitucional en caso de que el mismo no sea respetado. De nuevo, es una construcción de matriz judicial, que no encuentra

constitutional identity and constitutional pluralism: Lessons from Hungary and Poland», *Reconnect Working Papers*, n.º 2 (2018).

⁸⁶ Para una elaboración más detalla de esta interpretación de la cláusula de identidad nacional, *vid.* Pablo Cruz Mantilla de los Ríos, «Identidad nacional y valores de la Unión Europea: límites a una interpretación extensiva del artículo 4.2 TUE», *op.cit.*, 269-272.

⁸⁷ María José García-Valdecasas Dorrego, «Estado de Derecho e independencia judicial en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE: la consagración de la identidad constitucional europea», *Revista Española de Derecho Europeo*, n.º 82 (2022): 57-58.

fundamento en la propia letra de los Tratados, sino que se deduce implícitamente de ellos. Respecto a las divergencias, resulta llamativo que se ha producido un cambio respecto de quiénes son aquellos agentes que pueden amenazar los principios constitucionales irrenunciables y aquellos otros que deben reaccionar para tutelarlos. Es ahora la Unión Europea quien teme que los Estados miembros puedan sufrir una involución que afecte peligrosamente los postulados elementales del constitucionalismo liberal en el ámbito estatal, aunque también con graves consecuencias en la esfera europea, puesto que son sistemas jurídicos fuertemente interdependientes⁸⁸. En este mismo sentido, la doctrina de los límites a la integración europea es ampliamente considerada como el estímulo externo que dio pie a una jurisprudencia supranacional que abogó por unos estándares más exigentes en materia de derechos fundamentales, mientras que en este caso parece claro que el ánimo que impulsa los recursos promovidos por los gobiernos húngaro y polaco es más bien un debilitamiento de las tradiciones constitucionales comunes sobre las que se ha construido la Unión Europea.

En todo caso, no puede dejar de enfatizarse que se trata de una categoría jurídica en construcción sobre la que existen algunas dudas sobre su contenido, aunque mayor incógnita suscita su ámbito de aplicación. De todos modos, lo que parece menos dudoso es que el Tribunal de Justicia no está dispuesto a aceptar una desviada concepción de la identidad nacional en los términos esencialistas e iliberales esbozados por las Cortes Constitucionales de

⁸⁸ Cabe recordar que la doctrina ha coincidido generalmente en situar el nacimiento de la cláusula de identidad nacional en un sentimiento de miedo o amenaza para la propia pervivencia del Estado o de sus particularismos jurídicos fruto de la progresiva consolidación de la integración europea. Es más, la primera formulación convencional de dicha cláusula (artículo F.1 del Tratado de Maastricht) era muy concisa, limitándose a declarar el respeto a la identidad nacional de los Estados miembros, poniéndola en relación con el principio democrático. Sin embargo, más bien parece que asistimos en estos momentos a una dinámica con la que guarda semejanzas, aunque ha cambiado de protagonistas. Es ahora la Unión Europea quien alberga el temor de que un severo retroceso democrático en Hungría y Polonia tenga repercusiones perjudiciales para todos los actores involucrados. Para un análisis de los orígenes de la identidad nacional en el que se sostiene ese sentimiento de «miedo» o «ansiedad» de los Estados miembros, *vid.* Jean-Denys Mouton, «Vers la reconnaissance d'un droit au respect de l'identité nationale pour les États membres de l'Union?», en *Mélanges en l'honneur de Jean Charpentier: La France, l'Europe et le Monde* (París: Pedone, 2009), 409-410; Marie-Claire Ponthoreau, «Constitution européenne et identités constitutionnelles nationales », 7^{ème} Congrès mondial de l'AIDC, Atenas, 11-15 julio de 2007, citado por Ségolène Barbou des Places, «Les droits fondamentaux des Etats membres de l'Union européenne : enjeux et limites d'une proposition doctrinale», en *Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux Etats membres de l'Union européenne ? Réflexions à partir des notions d'identité et de solidarité*, dir. por Jean-Christophe y Jean-Denys Mouton (Bruselas: Bruylant, 2010) 298.

Hungría y Polonia. Su invocación encuentra como límite absoluto las bases constitucionales esenciales de la Unión Europea o, lo que es lo mismo, la identidad constitucional europea⁸⁹. Por consiguiente, ni las autoridades europeas están dispuestas a renunciar al recurso a esta herramienta ni tampoco a abandonarla por considerarla susceptible de ser abusada, en la línea defendida por una determinada corriente doctrinal.

En contraposición a la relativa inactividad de otras instituciones europeas y, sobre todo, debido a la ineficacia del instrumento político por excelencia (artículo 7 TUE), el Tribunal de Justicia está asumiendo un rol protagonista en la defensa del Estado de Derecho en Europa⁹⁰. De cara a las previsibles críticas de activismo judicial y a la falta de legitimación dirigidas a la Corte de Luxemburgo, debe recordarse su responsabilidad en la correcta interpretación y aplicación de los Tratados (artículo 19.1 TUE)⁹¹. No es admisible aceptar que la Unión Europea carece de instrumentos jurídicos de autodefensa para reaccionar frente a las agresiones a los cimientos normativos de su ordenamiento jurídico. Solo una noción deliberadamente torcida de la obligación de respetar la identidad nacional de los Estados miembros puede hacer pensar que la Unión Europea está obligada a tolerar en su seno sistemas políticos que no obedezcan al modelo de democracia liberal.

⁸⁹ Sería un error, por otra parte, concebir a la identidad nacional y a la identidad constitucional de la Unión como categorías tendencialmente contrapuestas, esto es, que adolezcan de una propensión a colisionar entre sí. Este hipotético escenario fue previsto anticipadamente por el Abogado general Pedro Cruz Villalón en el asunto Gauweiler. Conclusiones del AG P. Cruz Villalón de 14 de enero de 2015, Gauweiler, ECLI:EU:C:2015:7, apartado 61: «Esa cultura constitucional común aparece como parte de la identidad común de la Unión, con la importante consecuencia, a mi juicio, de que la identidad constitucional de cada Estado miembro, específica desde luego en la medida en que a ello haya lugar, no pueda sentirse a una distancia astronómica de dicha cultura constitucional común, por decirlo con cautela. Por el contrario, una bien entendida actitud abierta respecto del Derecho de la Unión debiera inspirar en el medio y largo plazo un principio de confluencia básica entre la identidad constitucional de la Unión y la de cada uno de los Estados miembros».

⁹⁰ En opinión de Jacqué, el «mutismo» de las autoridades nacionales o de las instituciones europeas ha motivado que el Tribunal de Justicia haya asumido irremediamente un papel principal en el desafío de ciertos miembros del club europeo al Estado de Derecho. Por su parte, De Gregorio ha advertido de los peligros que comporta ese rol destacado de la Corte de Luxemburgo ante una crisis que es «eminente política», y no solo «jurídica o institucional». Jean Paul Jacqué, «Le juge de l'Union saisi par la politique», *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, n.º 57 (2021): 801; Alberto de Gregorio Merino, «El nuevo régimen general de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión», *op.cit.*, 25.

⁹¹ Sabrina Ragone y Juan Francisco Barroso Márquez, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, *op.cit.*

VI. BIBLIOGRAFIA

- ALBANESI, Enrico. «National identity (under Art. 4(2) TEU) and constitutional identity (as counter-limits) are not the same». En *Peace, Discontent and Constitutional Law: Challenges to Constitutional Order and Democracy*, editado por Martin Belov, 108-126. Nueva York: Routledge, 2021.
- AVBELJ, Matej, Filippo Fontanelli y Giuseppe MARTINICO, eds. *Kadi on Trial: A Multifaceted Analysis of the Kadi Trial*. Londres: Routledge, 2014.
- BENOÎT-ROHMER, Florence. «Identité européenne et identité nationale. Absorption, complémentarité ou conflit?». En *Chemins d'Europe: Mélanges en l'honneur de Jean Paul Jacqué*, 63-80. París: Dalloz, 2010.
- BON, Pierre. «La identidad nacional o constitucional, una nueva noción jurídica». *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 100 (2014): 167-188.
- BÚRCA, Gráinne de. «The Evolution of EU Human Rights Law». En *The Evolution of EU Human Rights Law*, editado por Paul Craig y Gráinne de Burca, 480-505. Oxford: Oxford University Press, 2021.
- BURGORGUE-LARSEN, Laurence. «La formación de un Derecho Constitucional europeo a través del diálogo judicial». En *Derecho Constitucional Europeo: actas del VIII Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, editado por Juan Ignacio Ugartemendia Eceizabarrena y Gurutz Jauregui Bererciartu, 41-73. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.
- . «La identidad constitucional en la jurisprudencia francesa: la historia del vals jurisprudencial hexagonal». *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 72 (2022): 411-430.
- CALLIES, Christian y Gerhard van der Schyff, eds. *Constitutional Identity in a Europe of multilevel constitutionalism*, Cambridge: Cambridge University Press, 2020.
- CANTARO, Antonio, «Democracia e identidad constitucional después de la “Lissabon Urteil”». La integración “protegida”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 13 (2010): 121-164.
- CLAES, Monica. «National identity: trump card or up for negotiation?». En *National Constitutional Identity and European Integration*, editado por Alejandro Saiz Arnaiz y Carina Alcoberro Llivina, 109-139. Cambridge, Intersentia, 2013.
- CLOOTS, Elke. *National Identity in EU Law*. Oxford: Oxford University Press, 2015.
- CONSTANTINESCO, Vlad. «La confrontation entre identité constitutionnelle européenne et identités constitutionnelles nationales. Convergence ou contradiction? Contrepoint ou hiérarchie?». En *Mélanges en l'honneur de Philippe Manin. L'Union européenne: union de droit, unions des droits*, 79-94. París: Pedone, 2010.
- CRUZ MANTILLA DE LOS RÍOS, Pablo. *La identidad nacional de los Estados miembros en el Derecho de la Unión Europea*. Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi, 2021.
- . «Identidad nacional y valores de la Unión Europea: límites a una interpretación extensiva del artículo 4.2 TUE». *Revista de Derecho Político*, n.º 114 (2022): 245-275.
- CRUZ VILLALÓN, Pedro. *La Constitución inédita: estudios ante la constitucionalización de Europa*. Madrid: Trotta, 2004.

- «La identidad constitucional de los Estados miembros: dos relatos europeos». *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 17 (2013): 501-514.
- DA CRUZ VILAÇA y NUNO PIÇARRA. «Y A-T-IL DES LIMITES MATÉRIELLES À LA RÉVISION DES TRAITÉS INSTITUANT LES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES?». *CAHIERS DE DROIT EUROPÉEN*, n.º 39 (1993): 3-37.
- DÍEZ-PICAZO, Luis María. *Constitucionalismo de la Unión Europea*. Madrid: Civitas, 2002.
- FABBRINI, Federico y Andrés Sajó. «The dangers of constitutional identity». *European Law Journal*, n.º 25 (2019): 457-473.
- FARAGUNA, Pietro. «On the Identity Clause and Its Abuses: “Back to the Treaties”». *European Public Law*, n.º 27 (2021): 427-446.
- FEDERICO, Giacomo di. *L'identità nazionale degli Stati membri nel diritto dell'Unione Europea*, Nápoles: Editoriale scientifica, 2017.
- «Il ruolo dell'art. 4, par. 2, TUE nella soluzione dei conflitti inter-ordinamentali». *Quaderni costituzionali*, n.º 39 (2019): 333-360.
- GARCÍA ORTIZ, Adrián. «De civis europaeus sum. Una propuesta para la construcción de una identidad constitucional europea». *Revista Española de Derecho Europeo*, n.º 80 (2021): 85-124.
- GARCÍA-VALDECASAS DORREGO, María José. «Estado de Derecho e independencia judicial en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE: la consagración de la identidad constitucional europea». *Revista Española de Derecho Europeo*, n.º 82 (2022): 19-76.
- GREGORIO MERINO, Alberto de. «El nuevo régimen general de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión». *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 71 (2022): 11-26.
- GREWE, Constance. «L'identité constitutionnelle des États membres de l'Union européenne: flash back sur le coming-out d'un concept ambigu». En *Mélanges en l'honneur de Jean Paul Jacqué*. París: Dalloz, 2010.
- «Methods of Identification of National Constitutional Identity». En *National Constitutional Identity and European Integration*, editado por Alejandro Saiz Arnaiz y Carina Alcoberto Llivina, 37-48. Cambridge, Intersentia, 2013.
- GRIMM, Dieter. «Does Europe Need a Constitution?». *European Law Journal*, n.º 1 (1995): 282-302.
- HABERMAS, Jürgen. *Identidades nacionales y postnacionales*. Madrid: Tecnos, 1989.
- «Remarks on Dieter's Grimm Does Europe Need a Constitution». *European Law Journal*, n.1 (1995): 303-307.
- HALMAI, Gábor. «Abuse of Constitutional Identity. The Hungarian Constitutional Court on Interpretation of Article E(2) of the Fundamental Law». *Review of Central and East European Law*, n.º 43 (2018): 23-42.
- JACQUÉ, Jean Paul. «Le juge de l'Union saisi par la politique». *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, n.º 57 (2021): 799-802.
- KELEMEN, Daniel y Laurent PECH. «Why autocrats love constitutional identity and constitutional pluralism: Lessons from Hungary and Poland». *Reconnect Working Papers*, n.º 2 (2018): 1-23.

- KOKKOT, Julianne y Christoph SOBOTTA. «The Kadi Case – Constitutional Core Values and International Law – Finding the Balance». *The European Journal of International Law*, n.º 23 (2012): 1015-1024.
- KÖRTVÉLYESI, Zsolt y Balázs Majtényi. «Game of Values: The Threat of Exclusive Constitutional Identity, the EU and Hungary». *German Law Journal*, n.º 18 (2017): 1721-1744.
- LAZARI, Antonio. «La cuestión de la identidad en el Derecho Internacional, europeo y comparado: por una visión relacional del Derecho». *Revista Española de Derecho Europeo*, n.º 81 (2022): 101-155.
- LELOUP, Matthieu, Dimitry Kochenov y Aleksejs Dimitrovs. «Opening the Door to Solving the “Copenhagen Dilemma”? All Eyes on Repubblica v Il-Prim Ministru». *European Law Review*, n.º 5 (2021): 692-703.
- LEVADE, Anne. «Préambule». En *Traité Établissant une Constitution pour l’Europe. Partie II. La Charte des droits fondamentaux de l’Union Européene. Comentaire article par article*, dirigido por Laurence Burgogues-Larsen, Anne Levaud y Fabrice Picod. París: Bruylant, 2005.
- LÓPEZ CASTILLO, Antonio. *La Constitución de Europa a debate: estudios sobre el complejo constitucional de la Unión*. Valencia: Tirant lo blanch, 2005.
- MARTÍ, José Luis. «Two Different Ideas of Constitutional Identity: Identity of the Constitution v. Identity of the People». En *National Constitutional Identity and European Integration*, editado por Alejandro Saiz Arnaiz y Carina Alcobero Llivina, 17-36. Cambridge: Intersentia, 2013.
- MARTIN, Sébastien. «L’identité de l’État dans l’Union européenne: entre “identité nationale” et “identité constitutionnelle”». *Revue Française de droit constitutionnel*, n.º 91 (2012): 13-44.
- MARTÍNEZ-LÓPEZ SÁEZ, Mónica. «A la búsqueda de la identidad constitucional: una aproximación al caso español y europeo en clave de pluralismo constitucional y diálogo judicial». *Revista de Derecho Político*, n.º 105 (2019): 315-358.
- MARTINICO, Giuseppe. «El TJUE como intérprete de la identidad constitucional de la Unión». En *La jurisdicción constitucional en la tutela de los Derechos Fundamentales de la UE: Especial referencia al Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia*, dirigido por Juan Ignacio Ugartemendia Eceizabarrena, Alejandro Saiz Arnaiz y Mariela Morales-Antoniazzi. Oñati: IVAP, 2017, 314-338.
- MILLET, François-Xavier. *L’Union européenne et l’identité constitutionnelles de l’États membres*. París: LGDJ, 2013.
- . «Plaider l’identité constitutionnelle de l’État devant la Cour de Justice». *Quaderni costituzionali*, n.º 38 (2018): 831-854.
- . «Constitutional Identity in France: Vice and Above all Virtues». En *Constitutional Identity in a Europe of Multilevel Constitutionalism*, editado por Christian Callies y Gerhard van der Schyff, 134-152. Cambridge, Cambridge University Press, 2019.
- MONTESINOS PADILLA, Carmen. «Nuevos mecanismos de garantía del Estado de Derecho en la Unión Europea: límites a la identidad nacional». En *Identidades europeas, subsidiariedad e integración*, coordinado por Javier García Roca y Rafael Bustos Gisbert, 277-307. Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi, 2022.

- MOUTON, Jean-Denys. «Vers la reconnaissance d'un droit au respect de l'identité nationale pour les États membres de l'Union?». En *Mélanges en l'honneur de Jean Charpentier: La France, l'Europe et le Monde*. París: Pedone, 2009.
- PASSCHIER, Reijer y Maarten STREMLER. «Unconstitutional Constitutional Amendments in European Union Law: Considering the Existence of Substantive Constraints on Treaty Revision». *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, n.º 5 (2016): 337-362.
- PÉREZ TREMPES, Pablo. «Constitución española y Unión Europea». *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 71 (2004): 103-121.
- RAGONE, Sabrina y Juan Francisco BARROSA MÁRQUEZ. «El giro “reactivo” de la identidad europea: condicionamiento de fondos y confianza mutua». *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 37 (2022).
- ROCA FERNÁNDEZ, María J. «La identidad constitucional en la Unión europea : una bisagra integradora de las diversidades nacionales», en *Identidades europeas, subsidiariedad e integración*, coord., por Javier García Roca y Rafael Bustos Gisbert, 63-90. Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi, 2022.
- ROSAS, Allan y Lorna ARMATI. *EU Constitutional Law: An Introduction* (3ª edición). Oxford: Hart, 2018.
- ROSENFELD, Michel. «Constitutional Identity», En *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, editado por Michel Rosenfeld y Andrés Sajó, 756-776. Oxford: Oxford University Press, 2013.
- ROSSI, Lucia S. «2, 4, 6 (TUE)...l'interpretazione dell'“Identity Clause” alla luce dei valori fondamentali dell'UE». En *Liber Amicorum in Onore Di Antonio Tizzano: De la Cour CECA à la Cour de l'Union: le Long Parcours de la Justice Européenne*, editado por Roberto Adam, Enzo Cannizzaro y Massimo Codinanzu, 859-870. Turín: Giappichelli, 2018.
- SADURSKI, Wojciech. «European Constitutional Identity?». *EUI Working Papers*, n.º 33 (2006): 1-22.
- SAIZ ARNAIZ, Alejandro y Carina Alcoberro Llivina, *National Constitutional Identity and European Integration*, Cambridge, Intersentia, 2013.
- SARMIENTO, Daniel. «The EU's Constitutional Core». En *National Constitutional Identity and European Integration*, editado por Alejandro Saiz Arnaiz y Carina Alcoberro Llivina, 177-204. Cambridge, Intersentia, 2013.
- SARRIÓN ESTEVE, Joaquín. «El retorno de los límites constitucionales a la primacía: a propósito del reciente rugido del guardián de la constitución alemana». *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, n.º 34 (2020).
- TATHAM, Allan Francis. «The paradox of judicial dialogue with the European Court of Justice in an Illiberal Democracy: the recent experience with the Hungarian Constitutional Court». *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 72 (2022): 483-517.
- TRIDIMAS, Takis. *The General Principles of EU Law* (2ª edición). Oxford: Oxford University Press, 2006.
- VIALA, Alex. «Le concept d'identité constitutionnelle. Approche théorique». En *L'identité constitutionnelle saisie par les juges*, dirigido por Laurence Burgorue-Larsen, . París, Pedone, 2011.

- VOERMANS, Win, Maarten Stremmen y Paul Cliteur. *Constitutional Preambles: A Comparative Analysis*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2017.
- VON BOGDANDY, Armin. «Identidad constitucional. Exploración de un fenómeno ambigüo con ocasión de la política de identidad europea de *lege lata* y de *lege ferenda*». *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 75 (2005): 9-32.
- «Founding Principles of EU Law: A Theoretical and Doctrinal Sketch». *European Law Journal*, n.º 16 (2010): 95-111.
- WEILER, Joseph H.H. y Ulrich HALTERN. «The Autonomy of the Community Legal Order: Through the Looking Glass». *Harvard International Law Journal*, n.º 37, (1996): 411-448
- WEILER, Joseph H.H. «Federalism Without Constitutionalism: Europe's *Sonderweg*». En *The Federal Vision: Legitimacy and Levels of Governance in the United States and the European Union*, editado por Kalypso Nicolaidis y Robert Howse, 54-70. Oxford: Oxford University Press, 2003.
- WITTE, Bruno. «The Past and Future role of the European Court of Justice in the Protection of Human Rights». En *The EU and Human Rights*, editado por Paul Alston y Joseph H.H. Weiler. Oxford: Oxford University Press, 1999.

LOS OBJETIVOS DE DESARROLLO SOSTENIBLE (ODS): HACIA UN NUEVO CONTRATO SOCIAL INTRA E INTER-GENERACIONAL

*Sustainable Development Goals (SDG): Towards a new
intra- and inter-generational social contract*

Felipe Gómez Isa

Catedrático de Derecho Internacional Público Universidad de Deusto
Investigador Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe

<https://doi.org/10.18543/ed.2650>

Recibido: 30.09.2022

Aceptado: 21.11.2022

Publicado en línea: diciembre 2022

Resumen

Los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) proclamados por las Naciones Unidas en 2015 pretenden servir de hoja de ruta de la comunidad internacional para lograr un más que necesario equilibrio entre el crecimiento económico, la justicia social y la protección del medio ambiente. Sin ninguna duda, la lucha contra el cambio climático es el objetivo más urgente en este incierto comienzo de siglo. A pesar de algunos logros en objetivos concretos, lo cierto es que la pandemia global del Covid-19, la guerra de agresión en Ucrania y la emergencia climática están teniendo efectos devastadores en la consecución de los ODS. Hará falta un mayor compromiso y una mayor voluntad política si queremos estar a la altura de las exigencias que tiene planteadas ante sí la humanidad.

Palabras clave

Naciones Unidas, Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), Derecho Internacional, cambio climático, cooperación internacional, derechos humanos, igualdad de género.

Abstract

The Sustainable Development Goals (SDGs) proclaimed by United Nations in 2015 are aimed at being the road map of the international community to achieve a necessary balance between economic growth, social justice, and the protection of the environment. Without a doubt, the fight against climate change is the most urgent goal in this uncertain beginning of a new century. In spite of some achievements, the truth is that the global pandemic of Covid-19, the war of aggression in Ukraine, and the climatic emergence are having devastating effects on SDGs. A renewed commitment and higher political will are necessary to meet the expectations of humankind.

Keywords

United Nations, Sustainable Development Goals (SDGs), International Law, climate change, international cooperation, human rights, gender equality.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. CONTENIDO DE LOS ODS. 1. Los ODS ante la fragmentación del Derecho Internacional. 2. Carácter integrado e indivisible de los ODS. 3. La universalidad de los ODS. 4. Los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible. III. LUCHA CONTRA LOS EFECTOS DEL CAMBIO CLIMÁTICO. 1. El cambio climático: una evidencia científica. 2. El populismo global ante el cambio climático. 3. Hacia un cambio en los modelos de producción y de consumo. IV. LUCHA CONTRA LOS EFECTOS DEL CAMBIO CLIMÁTICO. 1. El cambio climático: una evidencia científica. 2. Hacia un cambio en los modelos de producción y de consumo. V. A MODO DE CONCLUSIONES. VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) proclamados por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 25 de septiembre de 2015 suponen una “visión de futuro sumamente ambiciosa y transformativa”¹ que pretende marcar la hoja de ruta de la comunidad internacional para lograr equilibrar el crecimiento económico, la justicia social y la protección del medio ambiente en un mundo en el que la pobreza, la desigualdad y la degradación ecológica siguen siendo una realidad cotidiana para millones de personas. La presente Lección Inaugural del Curso Académico 2022-2023 de la Universidad de Deusto abordará, en primer lugar, el origen de la denominada Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, de la que los ODS forman parte esencial. En gran medida, la Agenda 2030 no supone más que una continuación de iniciativas que comenzaron en los años 60 del siglo XX de la mano de la Organización de las Naciones Unidas (ONU). En segundo lugar, nos detendremos en los principales aspectos de los contenidos de los 17 objetivos y las 169 metas establecidas por la Asamblea General de la ONU con el horizonte temporal del año 2030 para su consecución. A continuación, me voy a detener en uno de los objetivos más relevantes y más urgentes en el contexto actual de emergencia climática. El objetivo 13 de los ODS hace un llamamiento para “adoptar medidas urgentes para combatir el cambio climático y sus efectos”². Dado que en esta breve contribución no voy a poder prestar atención a todos los objetivos proclamados por las Naciones Unidas, me parece pertinente centrarme en uno de los desafíos más urgentes que enfrenta la humanidad. Como ha señalado con gran acierto Belén Barreiro, “el verano nos ha dado de bruces con la gravedad de la crisis climática”³.

¹ Doc. ONU, Asamblea General, *Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*, Resolución 70/1, 25 de septiembre de 2015, 4, para. 7.

² *Ibid.*, 26.

³ Belén Barreiro, «El verano como punto de inflexión», *El País*, 5 de septiembre de 2022, 14.

II. ORIGEN DE LOS ODS

1. *De los Decenios de las Naciones Unidas para el Desarrollo a los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM)*

El compromiso de la comunidad internacional con el desarrollo no es algo reciente, sino que se remonta a los años 60 del siglo pasado⁴ cuando, de la mano del proceso de descolonización, comenzaron a surgir diferentes iniciativas para tratar de aplicar el principio de cooperación internacional que figuraba en el artículo 1.3 de la Carta de las Naciones Unidas⁵, el tratado internacional constitutivo de la nueva organización internacional que había surgido en 1945 de las cenizas de la Segunda Guerra Mundial. Si hasta entonces la cuestión de la paz y la seguridad internacionales habían constituido el auténtico leitmotiv de la ONU, a partir de los años 60 la agenda de las Naciones Unidas se amplía para dar entrada a una nueva preocupación que se añade a la anterior: la promoción del desarrollo, principalmente de los países más pobres surgidos del proceso descolonizador. Una de las primeras muestras de este creciente compromiso es la aprobación por parte de la Asamblea General de la ONU del *Primer Decenio de las Naciones Unidas para el Desarrollo* (1961-1970). Ello respondía a la constatación por parte de la Asamblea General de que “a pesar de los esfuerzos efectuados en los últimos años, las diferencias entre los ingresos per cápita de los países económicamente desarrollados y los de los menos desarrollados han aumentado y que el ritmo de progreso económico y social de los países en desarrollo dista todavía de ser satisfactorio”⁶. Ante esta realidad, se instaba a los Estados miembros de las Naciones Unidas “a adoptar medidas conducentes a un aumento de la corriente de recursos públicos y privados para el desarrollo de los países en desarrollo”⁷. Desde entonces se han sucedido todo un conjunto de iniciativas para tratar de promover el progreso económico y social de los países más pobres⁸. Lamentablemente, fue necesaria la proclamación de tres

⁴ Ver al respecto Michel Virally, «Vers un Droit International du Développement», *Annuaire Français de Droit International*, (1965): 3-12.

⁵ El artículo 1.3 de la Carta de las Naciones Unidas (1945) establece como uno de los propósitos de la organización la realización de “la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión”.

⁶ Doc. ONU, Asamblea General, *Decenio de las Naciones Unidas para el Desarrollo*, Resolución 1710 (XVI), 19 de diciembre de 1961, Preámbulo.

⁷ *Ibid.*, para. 2 c).

⁸ Estas iniciativas las he analizado en profundidad en Felipe Gómez Isa, *El derecho al desarrollo como derecho humano en el ámbito jurídico internacional* (Bilbao: Univer-

nuevos Decenios de las Naciones Unidas para el desarrollo⁹, ante la constatación de que los objetivos marcados en los sucesivos Decenios estaban todavía muy lejos de cumplirse.

Cuando llegó el año 2000, las Naciones Unidas aprovecharon el simbolismo del cambio de milenio para interrumpir la estrategia de los Decenios y apostar por el establecimiento de unos objetivos de desarrollo más precisos y detallados, con indicadores concretos para su evaluación y seguimiento. La Declaración del Milenio fue aprobada solemnemente por la Asamblea General de las Naciones el 8 de septiembre de 2000¹⁰. En esta Declaración, los miembros de la ONU establecieron cuáles son los valores que consideran esenciales para las relaciones internacionales del siglo XXI. Estos valores son la libertad, la igualdad, la solidaridad, la tolerancia, el respeto a la naturaleza y la responsabilidad común¹¹. Sobre la base de estos valores y principios, las Naciones Unidas establecieron 8 Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM) que se tenían que tratar de alcanzar para el año 2015. Estos Objetivos son: 1. Erradicar la pobreza extrema y el hambre; 2. Lograr la enseñanza primaria universal; 3. Promover la igualdad entre los sexos y el empoderamiento de la mujer; 4. Reducir la mortalidad infantil de los niños menores de 5 años; 5. Mejorar la salud materna; 6. Combatir el VIH/SIDA, la malaria y otras enfermedades; 7. Garantizar la sostenibilidad del medio ambiente, y 8. Fomentar una alianza mundial para el desarrollo.

sidad de Deusto, 1997). Una de las iniciativas más relevantes fue la adopción en mayo de 1974 de la Declaración sobre el Nuevo Orden Económico Internacional, que establecía un ambicioso programa para tratar de abordar las causas estructurales del atraso económico y social de los países en vías de desarrollo. Dada su vocación transformadora de la arquitectura económica y financiera global, los principales países desarrollados se opusieron firmemente a esta iniciativa impulsada fundamentalmente por los países en vías de desarrollo. Ver Doc. ONU, Asamblea General, *Declaración sobre el Establecimiento de un Nuevo Orden Económico Internacional*, Resolución 3201 (S-VI), 1 de mayo de 1974. Uno de los análisis más lúcidos sobre este ambicioso programa se puede encontrar en Mohammed Bedjaoui, *Hacia un Nuevo Orden Económico Internacional* (Salamanca: UNESCO, 1979).

⁹ Doc. ONU, *Estrategia Internacional del Desarrollo para el Segundo Decenio de las Naciones Unidas para el Desarrollo* (1971-1980), Resolución 2626 (XXV), 24 de octubre de 1970; Doc. ONU, *Estrategia Internacional del Desarrollo para el Tercer Decenio de las Naciones Unidas para el Desarrollo* (1981-1990), Resolución 35/56, 5 de diciembre de 1980; Doc. ONU, *Estrategia Internacional del Desarrollo para el Cuarto Decenio de las Naciones Unidas para el Desarrollo* (1991-2000), Resolución 45/199, 21 de diciembre de 1990.

¹⁰ Doc. ONU, Asamblea General, *Declaración del Milenio*, Resolución 55/2, 8 de septiembre de 2000.

¹¹ *Ibid.*, para. 6.

A pesar de algunas críticas derivadas de su falta de abordaje de las causas estructurales que subyacen a la pobreza y al subdesarrollo¹², de la ausencia de un enfoque basado en las obligaciones de los Estados en el ámbito de los derechos humanos¹³ y de que muchas de sus metas suponían en realidad una rebaja en relación con compromisos anteriores, lo cierto es que los ODM lograron aglutinar la voluntad de muchos Estados y de muchas organizaciones de la sociedad civil para convertir la lucha contra la pobreza en uno de los objetivos esenciales de la comunidad internacional en un incierto pero esperanzador comienzo del siglo XXI¹⁴.

El balance de la consecución de los ODM no resulta muy alentador, ya que, a pesar de algunos logros notables, el Grupo Interinstitucional de Expertos a cargo de la evaluación de los resultados de los ODM ha subrayado que “las desigualdades persisten y el progreso ha sido desigual”¹⁵. Este informe elaborado en 2015, al final del plazo establecido para la consecución de los ODM, señala que “la pobreza continúa concentrada predominantemente en algunas partes del mundo”¹⁶. Además, algunos sectores en situación de vulnerabilidad¹⁷ han visto que su situación ha cambiado bien poco. En este sentido, “el progreso tiende a pasar por alto a las mujeres y a aquéllos que se encuentran en los escalones más bajos, o que están en desventaja debido a su

¹² Alfonso Dubois, «La dimensión normativa del desarrollo en la globalización: una visión crítica de los Objetivos del Milenio», *Revista de Dirección y Administración de Empresas*, No. 13 (2006): 41 y 42.

¹³ Philip Alston, «Ships Passing in the Night: The Current State of the Human Rights and Development Debate Seen Through the Lens of the Millennium Development Goals», *Human Rights Quarterly*, Vol. 27, No. 3 (2005): 755-829.

¹⁴ Ver información sobre la Campaña lanzada por las Naciones Unidas para tratar de recabar apoyo para la consecución de los ODM desde diferentes ámbitos de la sociedad civil global, en www.endpoverty2015.org (acceso el 12 de septiembre de 2022).

¹⁵ Naciones Unidas, *Objetivos de Desarrollo del Milenio. Informe de 2015*, Naciones Unidas, Nueva York, 2015, 3.

¹⁶ *Ibid.* Como ha puesto de relieve Nanda, las cifras de reducción global de la pobreza de esa época son muy engañosas, quedando distorsionadas por los significativos avances que se produjeron en China e India. De hecho, más del 40% de la población del África Sub-Sahariana siguieron sufriendo de pobreza extrema en 2015, y se prevé que esos números incluso se incrementen en Asia, en Ved P. Nanda, «The Journey from the Millennium Development Goals to the Sustainable Development Goals», *Denver Journal of International Law & Policy*, Vol. 44, No. 3 (2016): 396.

¹⁷ El concepto de *Vulnerabilidad* es clave para poder entender las dinámicas de exclusión del progreso económico y social que experimentan determinados grupos sociales como las mujeres, los pueblos indígenas, las personas mayores o las personas con discapacidad. Un análisis interesante de la vulnerabilidad desde el punto de vista de los derechos humanos se encuentra en Mari Carmen Barranco Avilés y Cristina Churruca Muguza (Eds.), *Vulnerabilidad y Protección de los Derechos Humanos* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2014).

edad, discapacidad o etnia”. Hará falta una renovada voluntad política y un mayor esfuerzo colectivo para que esos grupos salgan de esa situación y se beneficien de manera equitativa del progreso económico y social.

De los ODM a los ODS

El concepto convencional de “desarrollo” ha estado marcado profundamente por su dimensión económica; el desarrollo se ha concebido tradicionalmente como un incremento del Producto Interno Bruto (PIB) de cada sociedad, como mero crecimiento económico¹⁸. Las consideraciones ambientales no comenzaron a estar presentes, si bien de una manera muy emergente, hasta los años 70. La primera manifestación pública acerca de la preocupación ambiental en el ámbito internacional se produjo con la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano, celebrada del 5 al 16 de junio de 1972 en Estocolmo, Suecia. En la Declaración Final de esta Conferencia se hace referencia a la capacidad del ser humano de transformar todo lo que le rodea en beneficio de su desarrollo. Ahora bien, aplicada errónea o imprudentemente esa capacidad, “puede causar daños incalculables al ser humano y a su medio”¹⁹. De hecho, ya en 1972 la Declaración de Estocolmo constataba “niveles peligrosos de contaminación del agua, el aire, la tierra y los seres vivos; grandes trastornos del equilibrio ecológico de la biosfera; destrucción y agotamiento de recursos insustituibles y graves deficiencias, nocivas para la salud física, mental y social del hombre, en el medio... en que vive y trabaja”²⁰.

Ese mismo año, en marzo de 1972, había visto la luz un informe que había sido encargado por el Club de Roma a un grupo de personas expertas del Massachusetts Institute of Technology (MIT) bajo el elocuente título de “Los límites del crecimiento económico”²¹. Por primera vez se comienza a poner sobre la mesa que pueden existir límites físicos a un crecimiento económico que hasta entonces se había considerado como ilimitado. En palabras de José Juan Romero, este informe “contribuyó a resquebrajar el optimismo desarrollista alimentado y disfrutado durante más de veinte

¹⁸ El economista norteamericano Walt Rostow fue uno de los principales inspiradores en los años 60 del siglo XX de las denominadas *teorías de la modernización*, que privilegiaban el crecimiento económico como principal motor del desarrollo de un país por encima de cualquier otra consideración. Ver Walt W. Rostow, *The Stages of Economic Growth: A Non-Communist Manifesto* (Cambridge: Cambridge University Press, 1960).

¹⁹ *Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano*, Estocolmo, 21 de junio de 1972, Doc. ONU, A/CONF.48/14/Rev.1, para. 3.

²⁰ *Ibid.*

²¹ Dennis Meadows *et al.*, *Los límites del crecimiento. Informe al Club de Roma sobre el Predicamento de la Humanidad* (México: Fondo de Cultura Económica, 1972).

años”²². Los autores de este estudio llegaron a vaticinar que, si el desarrollo de la humanidad seguía el mismo ritmo que hasta ese momento, antes del año 2100 se produciría un colapso de consecuencias impredecibles. El planeta, finito por naturaleza, no podría soportar una población y una producción industrial siempre crecientes. Los países industrializados, que consumen la mayor parte de los recursos naturales del planeta en beneficio de una pequeña parte de la población mundial, “marchan casi ciegamente hacia niveles de consumo material y de deterioro físico que a la larga no pueden sostenerse”²³. Lo cierto es que las recomendaciones efectuadas por este informe no han sido tenidas en cuenta y llevadas a la práctica, llegando a ser calificado por algunos como un informe de carácter catastrofista. Esos mismos autores del MIT llevaron a cabo en 1992 una actualización de su primer informe, llegando a la conclusión de que “ya se han rebasado ciertos límites de los indicados en 1972. Si persisten las tendencias actuales será prácticamente inevitable que el siglo próximo vea el colapso total de nuestro mundo”²⁴.

En este contexto de una creciente conciencia ambiental, en 1984 las Naciones Unidas crearon una Comisión Independiente sobre Medio Ambiente y Desarrollo²⁵ para que elaborara un informe sobre los principales problemas globales a los que se enfrentaba la humanidad desde el punto de vista medioambiental. Esta Comisión Mundial, también conocida como Comisión Brundtland en honor a su Presidenta, la Primera Ministra noruega Gro Harlem Brundtland, publicó su informe en 1987. Este informe ayudó a popularizar la noción de *desarrollo sostenible*²⁶, que es definido como

“aquel desarrollo que satisface las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las futuras generaciones para satisfacer las propias”²⁷.

²² José Juan Romero Rodríguez, «Los límites del crecimiento, después de Río 92, ¿más allá del ‘desarrollo sostenible’?», *Revista de Fomento Social*, Vol. 48, No. 189 (1993): 14.

²³ Meadows *et al*, *Los límites del crecimiento...*, 12.

²⁴ Dennis Meadows *et al.*, *Más allá de los límites del crecimiento* (Madrid: El País-Aguilar, 1992).

²⁵ Doc. ONU, Asamblea General, *Proceso de elaboración de la perspectiva ambiental hasta el año 2000 y más adelante*, Resolución 38/161, 19 de diciembre de 1983.

²⁶ El término desarrollo sostenible ya se había utilizado en un informe de la organización no gubernamental (ONG) Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza (UICN) en 1980, UICN, *Estrategia Mundial para la Conservación: la conservación de los recursos vivos para el logro de un desarrollo sostenido* (Gland: UICN, 1980). Un año más tarde, el académico Lester Brown también utilizó el término “sostenible” para referirse a aquellas sociedades que llevan a cabo un uso insostenible de los recursos naturales, Lester Brown, *Building a Sustainable Society* (New York: WW Norton&Co., 1982).

²⁷ The World Commission on Environment and Development, *Our Common Future* (Oxford: Oxford University Press, 1987) 43. Existe traducción española de este informe,

La puesta de largo de este novedoso concepto vino de la mano de la III Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo²⁸ que se celebró en Río de Janeiro en junio de 1992. De la Conferencia de Río de Janeiro surgieron la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo²⁹ y dos tratados internacionales que han sido clave para los avances en la protección medioambiental: el Convenio sobre la Diversidad Biológica³⁰ y la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático³¹. A pesar de que la denominada Cumbre de la Tierra constituyó un gran éxito y contribuyó a incrementar la conciencia ecológica a nivel planetario, debemos reconocer que los compromisos reales quedaron muy lejos de las proclamaciones retóricas efectuadas en el marco de la Conferencia. Ya en su momento algunas voces alertaron de esta distancia entre la retórica y la realidad. Como puso de relieve en su momento la profesora Pilar Pozo, “los compromisos financieros son el pulso de la voluntad real de llevar a la práctica las decisiones de la Conferencia, y hay que reconocer que los Estados no se mostraron dispuestos a adquirir compromisos firmes en la materia durante la Conferencia, ni tampoco se han mostrado dispuestos después”³².

Otro problema importante que ya se percibió en Río de Janeiro fue la existencia de interpretaciones divergentes acerca del alcance del concepto de

Comisión Mundial sobre Medio Ambiente y Desarrollo, *Nuestro Futuro Común* (Madrid: Alianza Editorial, 1989).

²⁸ A los 10 años de la Conferencia de Estocolmo se celebró en Nairobi la II Conferencia Mundial sobre el Medio Humano. Fruto de esta Conferencia fue la adopción de la *Declaración de Nairobi* el 18 de mayo de 1982, Doc. ONU, A/37/25.

²⁹ El estudio más completo acerca de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo se encuentra en Jorge Viñuales (Ed), *The Rio Declaration on Environment and Development* (Oxford: Oxford University Press, 2015).

³⁰ Abierto a la firma en junio de 1992, entró en vigor el 29 de diciembre de 1993. Actualmente se trata de un tratado de alcance prácticamente universal, contando a día de hoy con 196 Estados parte. Ver el estado de ratificaciones en <https://www.cbd.int/information/parties.shtml> (acceso el 13 de septiembre de 2022). Un análisis detallado de la negociación que condujo al Convenio, así como de sus principales disposiciones, se encuentra en Secretariat to the CBD, *Handbook on the Convention on Biological Diversity* (Abingdon: Routledge, 2000).

³¹ Abierta a la firma en junio de 1992, entró en vigor en 1994. Actualmente, son 195 los Estados parte de la Convención Marco. Tres años más tarde, en 1997, ante las evidencias señaladas por el Panel Intergubernamental sobre Cambio Climático acerca de los cambios en el clima fruto de las emisiones de gases de efecto invernadero, se aprobó el Protocolo de Kyoto sobre Cambio Climático, con medidas más enérgicas para tratar de poner límite a dichas emisiones. Este Protocolo a la Convención Marco entró en vigor en 2005.

³² Pilar Pozo Serrano, «El desafío de Río: la financiación de un desarrollo ecológicamente sostenible», *Revista de Naciones Unidas* (1994) 37.

desarrollo sostenible por parte de los países industrializados y por parte de los países del Sur global³³. Para estos últimos, el desarrollo sostenible debería servir para poner freno a un modelo de desarrollo impulsado por los países desarrollados que se ha convertido en insostenible. Para ellos, los países industrializados son los principales causantes de la degradación ambiental (la denominada “huella ecológica”), por lo que deberían asumir una mayor responsabilidad. La propia Declaración de Río, consciente de la diferente situación en la que se encuentran los diferentes países de la comunidad internacional, estableció un principio que se ha convertido en clave en el ámbito del Derecho Internacional Medioambiental: el principio de las responsabilidades comunes pero diferenciadas. Como establece el principio 7 de la Declaración,

“... en vista de que han contribuido en distinta medida a la degradación del medio ambiente mundial, los Estados tienen *responsabilidades comunes pero diferenciadas*. Los países desarrollados reconocen la responsabilidad que les cabe en la búsqueda internacional del desarrollo sostenible, en vista de las presiones que sus sociedades ejercen en el medio ambiente mundial y de las tecnologías y los recursos financieros de que disponen” (la cursiva es nuestra).

Asimismo, los países del Sur global reclaman transferencias de recursos para poder implementar medidas que hagan compatible su desarrollo económico con la protección del medio ambiente.

Lo más importante desde el punto de vista de la evolución del concepto de desarrollo es que, a partir de Río de Janeiro, la perspectiva medioambiental ha pasado a formar parte integral del desarrollo. Ya no se concibe un desarrollo que no tenga en cuenta los impactos en los ecosistemas del crecimiento económico.

2. La formulación de los ODS: un proceso participativo

Un paso importante para el establecimiento de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) fue la Conferencia convocada de nuevo en Río de Janeiro en junio de 2012 para conmemorar el 20 aniversario de la Declaración de Río sobre Medio Ambiente y Desarrollo de 1992. En esta Conferencia, los Jefes de Estado y de Gobierno de los países que acudieron aprobaron

³³ He analizado con detenimiento esta división en Felipe Gómez Isa, «Desarrollo sostenible: hacia una vinculación más estrecha entre la economía y la ecología», en *Transformaciones estructurales en el actual escenario económico y sus proyecciones de futuro*, VII Jornadas de la Especialidad Jurídico Económica-Homenaje a Don José María Solozábal (Bilbao: Universidad de Deusto, Bilbao, 1996): 188-191.

un importante documento bajo el título “El Futuro que queremos”³⁴, en el que renovaron su “compromiso en favor del desarrollo sostenible y de la promoción de un futuro sostenible desde el punto de vista económico, social y ambiental para nuestro planeta y para las generaciones presentes y futuras”³⁵. Asimismo, reafirmaron su voluntad de seguir cumpliendo los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM) que se habían aprobado en el año 2000³⁶. Ahora bien, los Estados presentes en Río eran conscientes de la necesidad de empezar a reflexionar acerca de la agenda de desarrollo de las Naciones Unidas más allá de 2015, cuando finalizaba el plazo para la consecución de los ODM. En ese sentido, la Conferencia decidió “establecer un proceso intergubernamental inclusivo y transparente sobre los objetivos de desarrollo sostenible que esté abierto a todas las partes interesadas”³⁷. Para ello, se procedió a la creación de “un grupo de trabajo de composición abierta..., compuesto por treinta representantes, designados por los Estados Miembros y procedentes de los cinco grupos regionales de las Naciones Unidas, con el objetivo de lograr una representación geográfica justa, equitativa y equilibrada”³⁸. Ese grupo de trabajo debería tratar de “asegurar la plena participación de la sociedad civil, la comunidad científica y el sistema de las Naciones Unidas”³⁹. El objetivo primordial del grupo de trabajo de composición abierta sería presentar una propuesta de objetivos de desarrollo sostenible para poder ser aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 2015 en sustitución de los ODM.

La verdad es que, a diferencia de lo que ocurrió en su momento con la definición de los ODM, que estuvo en manos de un selecto grupo de altos funcionarios de organizaciones internacionales como las Naciones Unidas, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), el Fondo Monetario Internacional (FMI) o el Banco Mundial⁴⁰, en el caso de los ODS se abrió un interesante e inclusivo proceso de participación de la sociedad civil internacional. En este sentido, el grupo de trabajo de composición abierta recibió sugerencias de actores tan variados como la sociedad civil, grupos empresariales, think tanks o conferencias convocadas por las propias Naciones Unidas para impulsar el proceso participativo de diseño de los nuevos ODS. El Secretario General de las Naciones Unidas fue muy activo en

³⁴ Doc. ONU, Asamblea General, *El Futuro que queremos*, Resolución 66/288, Anexo, 27 de julio de 2012.

³⁵ *Ibid.*, para. 1.

³⁶ *Ibid.*, para. 246.

³⁷ *Ibid.*, para. 248.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ Alfonso Dubois, «La dimensión normativa del desarrollo...», 42.

este proceso, lanzando en 2012 la *Sustainable Development Solutions Network* (SDSN) para tratar de movilizar a la comunidad científica global para aportar el conocimiento tecnológico que es necesario para hacer frente a los retos del desarrollo sostenible⁴¹. Esta red publicó en 2013 un informe para el Secretario General de las Naciones Unidas que realizó aportaciones muy relevantes para coadyuvar en el proceso de formulación de los ODS⁴². En la misma línea, el Secretario General de la época, Ban Ki-moon, estableció un Panel de Alto Nivel para la Agenda de Desarrollo Post-2015 para seguir recibiendo insumos. Este grupo compuesto por 27 personas expertas presentaron su informe para el Secretario General en mayo de 2013⁴³, con propuestas, recomendaciones y sugerencias que fueron tomadas en cuenta en el proceso de elaboración de los ODS. Otra aportación relevante al proceso vino de la mano de un grupo de 27 ONGs del ámbito de los derechos humanos, el desarrollo, el medio ambiente o el feminismo. Este grupo agradeció, en primer lugar, al Secretario General de las Naciones Unidas la generación de espacios para que se escuchen las voces de la gente. A continuación, recomendaron que el marco general de protección y promoción de los derechos humanos se sitúe “en el corazón de los ODS”⁴⁴. Debemos reconocer que esta carta al Secretario General influyó decisivamente en que los ODS finalmente incorporen, aunque tímidamente y de manera insuficiente según algunos⁴⁵, un enfoque transversal de derechos humanos.

⁴¹ Esta red global sigue trabajando en pos de la consecución de los ODS y del Acuerdo de París sobre Cambio Climático. Ver su trabajo en <https://www.unsdsn.org/> (acceso el 13 de septiembre de 2022). Una iniciativa emblemática de esta red es la Academia de los ODS, un espacio que reúne a expertos de todo el mundo para crear y ofrecer contenidos educativos sobre temas críticos para el futuro de las personas y el planeta, incluidos la salud, la educación, el cambio climático, la agricultura y los sistemas alimentarios, y la inversión sostenible, en <https://www.unsdsn.org/sdg-academy> (acceso el 13 de septiembre de 2022).

⁴² Leadership Council of the Sustainable Development Solutions Network, *An Action Agenda for Sustainable Development. Report for the UN Secretary-General*, 6 June 2013, en <https://unstats.un.org/unsd/broaderprogress/pdf/130613-SDSN-An-Action-Agenda-for-Sustainable-Development-FINAL.pdf> (acceso el 13 de septiembre de 2022).

⁴³ High-Level Panel of Eminent Persons on the Post-2015 Agenda on Sustainable Development, *A New Global Partnership: Eradicate Poverty and Transform Economies Through Sustainable Development* (New York: United Nations, 2013).

⁴⁴ Post-2015 Human Rights Caucus, *The Post-2015 Agenda won't deliver without Human Rights at the Core*, 28 September 2014, en <https://www.cesr.org/post-2015-agenda-wont-deliver-without-human-rights-core/> (acceso el 13 de septiembre de 2022).

⁴⁵ Antonio Cardesa-Salzmán y Antoni Pigrau Solé, «La Agenda 2030 y los ODS. Una mirada crítica desde su aportación a la gobernanza global en términos de justicia distributiva y sostenibilidad ambiental», *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 69, No. 1 (2017): 283.

El grupo de trabajo de composición abierta creado en 2012 tuvo en cuenta todas estas aportaciones para elaborar su informe final que fue presentado en agosto de 2014. En este informe, el grupo de trabajo propuso 17 objetivos generales y 169 metas más concretas “que se elaborarán con mayor detalle mediante indicadores centrados en resultados mensurables”⁴⁶. Estos objetivos, como señalan, “tienen por objeto terminar la tarea incompleta de los Objetivos de Desarrollo del Milenio y responden a los nuevos desafíos”⁴⁷. Sobre la base de estas ambiciosas metas y objetivos, “cada gobierno establece sus propias metas nacionales guiado por el nivel de ambición a escala mundial, pero teniendo en cuenta las circunstancias nacionales”⁴⁸.

Teniendo en cuenta todas estas propuestas y recomendaciones, el Secretario General de las Naciones Unidas elaboró un informe de síntesis que presentó en diciembre de 2014 y que constituyó la base sobre la cual la Asamblea General de las Naciones Unidas iba a formular los ODS. En su informe, el Secretario General declara que

“todas las voces han reclamado una agenda centrada en las personas y con conciencia planetaria que asegure el respeto de la dignidad humana, la igualdad, la ordenación del medio ambiente, economías saludables, la libertad para vivir sin miseria y sin temor y una asociación mundial renovada para el desarrollo sostenible. La lucha contra el cambio climático y el fomento de las agendas de desarrollo sostenible son dos caras de una misma moneda que se refuerzan mutuamente. Para lograr esos fines, todos han pedido una agenda de desarrollo sostenible después de 2015 transformadora y universal, respaldada por la ciencia y los hechos y basada en los principios de los derechos humanos y el estado de derecho, la igualdad y la sostenibilidad”⁴⁹.

Como ya hemos señalado, este proceso culminó con la solemne adopción de los ODS por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 25 de septiembre de 2015⁵⁰.

Hemos visto claramente cómo todo el proceso de definición, discusión y diseño de los nuevos ODS estuvo marcado por la activa participación desde diferentes ámbitos con algo que decir al respecto. Comparto plenamente la

⁴⁶ Doc. ONU, A/68/970, *Informe del Grupo de Trabajo Abierto sobre los objetivos de desarrollo sostenible*, 12 de agosto de 2014, 6, para. 18.

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ Doc. ONU, Secretario General de las Naciones Unidas, *El camino hacia la dignidad para 2030: acabar con la pobreza y transformar vidas protegiendo el planeta. Informe de síntesis del Secretario General sobre la agenda de desarrollo sostenible después de 2015*, A/69/700, 4 de diciembre de 2014, para. 49.

⁵⁰ Doc. ONU, Asamblea General, *Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*, Resolución 70/1, 25 de septiembre de 2015.

opinión de Nanda en el sentido de que este proceso estuvo caracterizado por amplias dosis de “transparencia y apertura”⁵¹, algo que considera como “histórico y sin precedentes”⁵² en un ejercicio de esta naturaleza a nivel internacional.

III. CONTENIDO DE LOS ODS

1. *Los ODS ante la fragmentación del Derecho Internacional*

En primer lugar, debemos subrayar que los ODS no surgen por generación espontánea en un vacío normativo e institucional; al contrario, muchos de los objetivos y de las metas establecidas por la Asamblea General de las Naciones Unidas tienen un fuerte anclaje en obligaciones jurídicas tanto vinculantes como de *soft-law* que se derivan del Derecho Internacional⁵³. No olvidemos que, como hemos visto, el origen de estos objetivos se remonta a los inicios de la cooperación al desarrollo en la década de los 60 del siglo pasado. Ante la progresiva fragmentación de que adolece el Derecho Internacional contemporáneo por su creciente diversificación y expansión⁵⁴, con la emergencia de regímenes autónomos con objetivos, racionalidades y discursos normativos en ocasiones difíciles de conciliar⁵⁵, los ODS pretenden servir de “marco político de coordinación y síntesis de obligaciones internacionales asumidas por los Estados en los ámbitos económico, social y medioambiental”⁵⁶. Esta dimensión política de los ODS, más allá de su indudable carácter jurídico internacional, es importante tenerla en cuenta, ya que una de las máximas virtualidades de estos objetivos es la de servir de catalizador y de impulso para movilizar la voluntad política imprescindible y los recursos necesarios para su implementación.

Un dramático ejemplo de los efectos que la fragmentación del Derecho Internacional puede tener en la consecución de los ODS es la difícil

⁵¹ Ved P. Nanda, «The Journey from the Millennium Development Goals...», 406.

⁵² *Ibid.*

⁵³ Rakhylene E. Kim, «The Nexus between International Law and the Sustainable Development Goals», *Review of European Community & International Environmental Law*, Vol. 25, No. 1 (2016): 15.

⁵⁴ Una reflexión interesante acerca de los ODS desde los diferentes debates que están teniendo lugar en torno al Derecho Internacional contemporáneo la encontramos en Carlos Fernández-Liesa, «El desarrollo sostenible y la teoría del Derecho Internacional», *Revista Iberoamericana de Estudios de Desarrollo*, Vol. 11, No. 2 (2022): 54-77.

⁵⁵ International Law Commission, *Report of the Study Group, Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law: Conclusions*, Doc. ONU, A/CN.4/L.702, 18 July 2006.

⁵⁶ Antonio Cardesa-Salzmán y Antoni Pigrau Solé, «La Agenda 2030 y los ODS...», 281.

conciliación entre la protección de los derechos de propiedad intelectual relativos a las patentes, por un lado, y la garantía del derecho a la salud, por el otro. Este dilema se ha planteado con toda su crudeza en relación con el (profundamente desigual) acceso a las vacunas contra el COVID-19⁵⁷. En primer lugar, debemos congratularnos de la enorme rapidez y eficacia con la que se han desarrollado vacunas para tratar de frenar los efectos más perniciosos del COVID-19. Ha sido un magnífico ejemplo de cómo la colaboración entre organizaciones internacionales como la Organización Mundial de la Salud (OMS), los Estados (principalmente los más industrializados) y el mundo científico y empresarial puede dar lugar a resultados beneficiosos para el conjunto de la humanidad. Ahora bien, si esa colaboración ha sido muy eficaz a la hora de desarrollar vacunas, desgraciadamente no lo ha sido tanto en cuanto a su distribución global. El propio Tedros Adhanom Ghebreyesus, Director General de la OMS, se refirió en su momento a la desigualdad escandalosa que está caracterizando el acceso a las vacunas desde un punto de vista global. En su opinión, “la inequidad vacunal es el mayor obstáculo para poner fin a la pandemia y recuperarse de la COVID-19”⁵⁸. Esta situación ha llevado a algunos, como el experto en desigualdades y salud de la Universidad Pompeu Fabra Joan Benach, a hablar de un auténtico “apartheid vacunal”. Como señala de una manera muy elocuente, “si las vacunas fueran realmente un bien común de toda la humanidad, se podría atenuar el impacto global de la pandemia, pero, lamentablemente, ese deseo se contrapone a la realidad de un sistema neoliberal de producción y distribución de vacunas en el que los grandes laboratorios farmacéuticos compiten por ganar cuotas de mercado y obtener beneficios enormes”⁵⁹. Este modelo de producción y distribución de vacunas está garantizado por un Derecho de la propiedad intelectual que está pensado para crear

⁵⁷ De hecho, la actual pandemia global ha exacerbado la vulnerabilidad de aquellos grupos sociales que ya estaban en una situación de marginalidad y exclusión. El coronavirus ha afectado de una manera desproporcionada a grupos tales como las personas mayores en Europa, los pueblos indígenas en las Américas, los afro-americanos y latinos en Estados Unidos o los migrantes y desplazados internos a nivel mundial. Ver al respecto Felipe Gómez Isa, «A post-pandemic era: Human Rights Challenges for a ‘new normal’», *Global Campus, Human Rights Preparedness*, 2020, en <https://gchumanrights.org/preparedness/article-on/a-post-pandemic-era-human-rights-challenges-for-a-new-normal.html> (acceso el 14 de septiembre de 2022).

⁵⁸ «La inequidad vacunal socava la recuperación económica mundial», Comunicado de Prensa conjunto entre el PNUD, la OMS y la Universidad de Oxford, en <https://www.who.int/es/news/item/22-07-2021-vaccine-inequity-undermining-global-economic-recovery> (acceso el 14 de septiembre de 2022).

⁵⁹ Joan Benach, «El ‘apartheid’ vacunal es un espejo del capitalismo neoliberal», *Contexto y Acción*, 26 de mayo de 2021, en <https://ctxt.es/es/20210501/Firmas/36123/apartheid-vacunas-covid-capitalismo-Joan-Benach.htm> (acceso el 14 de septiembre de 2022).

seguridad jurídica y garantizar un entorno favorable para la investigación y la innovación, primando en todo momento la óptica de los principales países desarrollados y sus empresas. Si realmente queremos que la investigación en este campo se convierta en una herramienta para garantizar el desarrollo de los más pobres, el Derecho de la propiedad intelectual se tiene que flexibilizar⁶⁰. Esta flexibilización ya se produjo en su momento en el ámbito de la fabricación de medicamentos genéricos para la lucha contra el SIDA en países especialmente afectados por esa enfermedad como Sudáfrica, Brasil o La India, gracias a una campaña de presión internacional liderada por la ONG Médicos Sin Fronteras (MSF) sobre el acceso a medicamentos esenciales⁶¹. Una de las plasmaciones de esta progresiva flexibilización del Derecho de propiedad intelectual fue la *Declaración de Doha sobre los Acuerdos sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio* (TRIPS Agreement) adoptada el 14 de noviembre de 2001 en el marco de la Conferencia Ministerial de la Organización Mundial del Comercio (OMC)⁶². Esta Declaración supuso un auténtico hito, ya que reconoce expresamente que los derechos de propiedad intelectual deben estar supeditados a la garantía de los elementos esenciales del derecho a la salud. Como señala al respecto el párrafo 4 de la Declaración de Doha,

“... el Acuerdo TRIPS no debería evitar la posibilidad de que los Estados miembros adopten medidas para proteger la salud pública. En consecuencia, aunque reafirmamos nuestro compromiso con el Acuerdo TRIPS, declaramos que dicho Acuerdo puede y debería ser interpretado e implementado de manera que apoye *el derecho de los Estados miembros a proteger la salud pública y, en particular, a promover el acceso a las medicinas para toda la población*” (la cursiva es nuestra).

Por lo tanto, la Declaración de Doha permitiría una flexibilización de los derechos de propiedad intelectual en relación con la producción y distribución de las vacunas contra el COVID-19. India y Sudáfrica propusieron ya en 2020, cuando los efectos de la pandemia en la salud de millones de personas ya eran devastadores, un levantamiento temporal (“waiver”) de los derechos de propiedad intelectual sobre las patentes relacionadas con dichas vacunas. Estas peticiones, apoyadas por más de 100 países en el marco de la OMC,

⁶⁰ He analizado en detalle este aspecto en Felipe Gómez Isa, «Biotecnología y derecho al desarrollo», en Carlos María Romeo Casabona (Ed.), *Biotecnología, Desarrollo y Justicia* (Granada: Editorial Comares, 2008): 57-93.

⁶¹ La información básica sobre esta exitosa campaña se puede encontrar en <https://accessmed-msf.org/> (acceso el 14 de septiembre de 2022).

⁶² *Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health*, 14 November 2001, Ministerial Conference, Fourth Session, Doha, 9-14 November 2001, WT/MIN(01)/DEC/2, 20 November 2001.

cayeron en saco roto por las presiones de la Big Pharma a los países desarrollados, en particular Estados Unidos y la Unión Europea⁶³.

Recientemente, en junio de 2022, más de dos años más tarde de la declaración de la COVID-19 como una pandemia global por parte de la OMS, y tras la muerte de más de 15 millones de personas como consecuencia directa de la pandemia, la OMC ha aprobado una flexibilización de los derechos de patente para la producción y suministro de vacunas contra la COVID-19 “en la medida necesaria para hacer frente a la pandemia de COVID-19”⁶⁴. A pesar del avance que supone esta decisión, ha sido criticada como “insuficiente para sanear las barreras globales que actualmente existen sobre el acceso a tecnologías sanitarias asociadas al COVID-19”⁶⁵. Mientras que en algunos países como el nuestro nos estamos planteando ya la pertinencia de una cuarta vacuna, millones de personas en el Sur Global todavía no han tenido acceso a la primera. Los datos hablan por sí solos: mientras que en los países de ingresos bajos sólo una de cada cinco personas (20,66%) se ha vacunado con al menos una dosis, en los países de ingresos altos tres de cada cuatro personas (72,45%) se han vacunado con al menos una dosis⁶⁶. Una muestra más de cómo los derechos humanos se convierten en privilegios cuando no se logran universalizar.

2. *Carácter integrado e indivisible de los ODS*

Un aspecto importante de los ODS es que “los objetivos y las metas son de carácter integrado e indivisible y conjugan las tres dimensiones del

⁶³ En cambio, estos países sí que han apoyado la distribución de un pequeño porcentaje de vacunas mediante el Fondo de Acceso Global para Vacunas COVID-19 (COVAX) de la OMS. Para Joan Benach, este modelo “caritativo” no sirve más que “para encubrir cómo funciona un sistema mercantil y neocolonial” de producción y distribución de vacunas a nivel global, en Joan Benach, «El ‘apartheid’ vacunal...». Sobre la Iniciativa COVAX ver información en <https://www.who.int/es/initiatives/act-accelerator/covax> (acceso el 14 de septiembre de 2022).

⁶⁴ *Decisión Ministerial relativa al Acuerdo sobre los ADPIC*, Duodécimo período de sesiones, WT/MIN(22)/30/WT/L/1141, 17 de junio de 2022.

⁶⁵ Dejusticia, *Comentarios sobre la Decisión Ministerial del Acuerdo sobre los ADPIC del pasado 17 de junio de 2022*, en <https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2022/08/Documento-vacunas-OMC.pdf> (acceso el 14 de septiembre de 2022). Esta opinión crítica es compartida por varias ONGs que trabajan en el ámbito sanitario, entre ellas Médicos del Mundo, *El mundo no debe permitir que se prolongue el apartheid de las vacunas*, en <https://www.medicosdelmundo.org/actualidad-y-publicaciones/noticias/el-mundo-no-debe-permitir-que-se-prolongue-el-apartheid-de-las> (acceso el 14 de septiembre de 2022).

⁶⁶ Los datos son de julio de 2022, en Dejusticia, *Comentarios sobre la Decisión Ministerial del Acuerdo sobre los ADPIC...*

desarrollo sostenible: económica, social y ambiental”⁶⁷. Este enfoque holístico es un elemento extremadamente importante del contenido de los ODS⁶⁸, pero debemos reconocer que hay tensiones muy serias entre las tres dimensiones del desarrollo sostenible⁶⁹. Como señala la Asamblea General de las Naciones Unidas al proclamar los ODS, “estamos resueltos a liberar a la humanidad de la tiranía de la pobreza y las privaciones y a sanar y proteger nuestro planeta”⁷⁰. Aquí es donde subyace una de las principales tensiones entre las tres dimensiones del desarrollo sostenible: la económica, la social y la medioambiental. Como revela muy acertadamente Jorge Viñuales, el propio concepto de desarrollo sostenible no resolvió el dilema que existe en la práctica entre el crecimiento económico y la protección del medio ambiente. Lo que hizo el paradigma del desarrollo sostenible a partir de los años 80 fue “tender un velo sobre la tensión entre desarrollo y medio ambiente para permitir el consenso”, pero su contenido práctico para tratar de resolver esa ecuación es “muy limitado”⁷¹. Como concluye este autor, “en la medida en que la implementación se convierte en cada vez más urgente, la principal fuerza del concepto de desarrollo sostenible se torna en su principal debilidad, dado que es muy difícil establecer prioridades”⁷². Es este dilema irresuelto el que hace que emerjan algunas contradicciones entre los propios ODS establecidos en 2015. Así, va a ser muy difícil conciliar en la práctica la promoción del crecimiento económico sostenido (Objetivo 8), el fin de la pobreza (Objetivo 1) y la reducción de la desigualdad en los países y entre ellos (Objetivo 10) con la protección del medio ambiente y la lucha contra el cambio climático (Objetivos 12, 13, 14 y 15). No debemos olvidar que es el sistema económico imperante el que genera una desigualdad creciente que abre la puerta a la pobreza; asimismo, es el modelo actual de desarrollo, que sigue privilegiando el crecimiento económico basado en un consumo intensivo de recursos naturales, el que está detrás de la grave crisis ecológica que estamos padeciendo. La Declaración de la Asamblea General de las

⁶⁷ Doc. ONU, Asamblea General, *Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*, Resolución 70/1, 25 de septiembre de 2015, Preámbulo.

⁶⁸ Jeffrey Sachs, *La Era del Desarrollo Sostenible* (Barcelona: Ediciones Deusto, 2015) 20.

⁶⁹ El profesor Ángel Rodrigo propone el principio de integración como elemento que puede abrir la puerta a relaciones de colaboración entre las tres dimensiones del desarrollo sostenible, en Ángel Rodrigo Hernández, «El principio de integración de los aspectos económicos, sociales y medioambientales del desarrollo sostenible», *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. LXIV, No. 2 (2012) 133-161.

⁷⁰ Doc. ONU, Asamblea General, *Transformar nuestro mundo...*

⁷¹ Jorge Viñuales, «The Rise and Fall of Sustainable Development», *Review of European Community & International Environmental Law*, Vol. 22, No. 1 (2013): 4.

⁷² *Ibid.*

Naciones Unidas en la que se formulan los ODS establece un diagnóstico de cuáles son los grandes desafíos a los que se enfrenta el conjunto de la humanidad: desde la pobreza y el hambre a las desigualdades, hasta el desempleo o el cambio climático. Ahora bien, lo que algunos echan en falta es que, “como si se tratara de desastres naturales, no se establece ninguna relación causal ni de conexión entre el sistema económico global imperante y tales desafíos”⁷³. Como señalan Antonio Cardesa-Salzmán y Antoni Pigrau no sin cierta resignación, “insostenibilidad e injusticia intergeneracional son los pilares del modelo capitalista en su fase actual, y, sin cuestionar esos pilares, los ODS... pueden ser, en gran medida, quimeras para la mayoría de los seres humanos”⁷⁴. Este componente de una necesaria transformación estructural si queremos que los ODS sean una realidad palpable es algo que está presente en muchas de las reflexiones acerca de la virtualidad práctica de los mismos. En este sentido, el Papa Francisco ha hecho un llamamiento muy nítido en su Encíclica *Laudato Si* a la “necesidad de cambiar el modelo de desarrollo global”⁷⁵.

3. *La universalidad de los ODS*

Otra dimensión importante de los ODS es su vocación de universalidad. A diferencia de los Decenios de las Naciones Unidas para el Desarrollo y de los ODM, que se dirigían fundamentalmente a los países en vías de desarrollo, la Agenda 2030 y los ODS “son universales y afectan al mundo entero, tanto a los países desarrollados como a los países en desarrollo..., aunque teniendo en cuenta las diferentes realidades, capacidades y niveles de desarrollo de cada uno y respetando sus políticas y prioridades nacionales”⁷⁶. Es decir, el cumplimiento de los ODS va a ser un proceso en el que van a participar todo un conjunto de actores tanto públicos como privados. En cuanto a los actores públicos, los entes llamados a implementar los ODS van desde organizaciones internacionales como las Naciones Unidas o la Organización Mundial de la Salud (OMS) a gobiernos nacionales, pasando por gobiernos autonómicos, regionales e, incluso, municipales⁷⁷. En ese sentido, la elabora-

⁷³ Antonio Cardesa-Salzmán y Antoni Pigrau Solé, «La Agenda 2030 y los ODS...», 282.

⁷⁴ *Ibid.*, 283.

⁷⁵ Santo Padre Francisco, *Carta Encíclica Laudato Si sobre el Cuidado de la Casa Común*, 24 de mayo de 2015, para. 194.

⁷⁶ Doc. ONU, Asamblea General, *Transformar nuestro mundo...*, para. 5.

⁷⁷ Al momento de escribir estas líneas, el 14 de septiembre de 2022, se ha conocido la decisión de las Naciones Unidas de elegir a Bilbao como sede del Secretariado de la Coalición Local 2030. Sin duda, se trata de un reconocimiento al compromiso del Estado, de la Comunidad Autónoma Vasca y del Ayuntamiento de Bilbao con el proceso de “locali-

ción de planes para la consecución de los ODS se ha convertido en una herramienta esencial. En algunos países, como en el caso de España, no sólo contamos con un plan nacional para la Agenda 2030, sino que incluso se ha creado un ministerio con ese cometido⁷⁸, y algunos gobiernos autonómicos como el vasco⁷⁹ han asumido explícitamente el compromiso de avanzar en el cumplimiento de los ODS.

4. Los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible

Los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible y las 169 metas que tratan de concretarlos constituyen un plan de acción muy ambicioso que pretende lograr cambios relevantes en las tres dimensiones del desarrollo sostenible, la económica, la social y la medioambiental. En el siguiente cuadro recojo los 17 Objetivos tal y como aparecen en la resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 2015.

Objetivos de Desarrollo Sostenible

- Objetivo 1.** Poner fin a la pobreza en todas sus formas y en todo el mundo
- Objetivo 2.** Poner fin al hambre, lograr la seguridad alimentaria y la mejora de la nutrición y promover la agricultura sostenible
- Objetivo 3.** Garantizar una vida sana y promover el bienestar de todos y a todas las edades

zación⁷⁷ de los ODS, en <https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/exteriores/Paginas/2022/140922-bilbao-secretariado-coalicion-local-2030.aspx> (acceso el 15 de septiembre de 2022). La Coalición Local 2030 es una plataforma liderada por las propias Naciones Unidas para apoyar y acelerar a nivel local la Agenda 2030 y los 17 ODS. Una descripción y un análisis de lo que significa la Coalición Local 2030 se encuentra en Stockholm Environment Institute, *The Local 2030 Coalition for the Decade of Action. Accelerating Progress on the Sustainable Development Goals at the Local Level*, SEI, 2021, en <http://www.sei.org/wp-content/uploads/2021/11/local2030-coalition-for-the-decade-of-action.pdf> (acceso el 15 de septiembre de 2022).

⁷⁸ En España, el Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030 cuenta con una Secretaría de Estado para la Agenda 2030. En el año 2020 el Ministerio presentó la *Estrategia de Desarrollo Sostenible 2030. Un Proyecto de País para hacer realidad la Agenda 2030*, en <https://www.mdsocialesa2030.gob.es/agenda2030/documentos/eds-cast-acce.pdf> (acceso el 13 de septiembre de 2022).

⁷⁹ El Gobierno Vasco ha asumido los ODS mediante la aprobación en abril de 2018 de la *Agenda Euskadi-Basque Country 2030. Contribución Vasca a la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*, en https://www.euskadi.eus/contenidos/informacion/agenda2030/es_def/adjuntos/Agenda_Euskadi_Basque_Country_2030_desarrollo_sostenible.pdf (acceso el 13 de septiembre de 2022).

Objetivo 4. Garantizar una educación inclusiva y equitativa de calidad y promover oportunidades de aprendizaje permanente para todos

Objetivo 5. Lograr la igualdad de género y empoderar a todas las mujeres y las niñas

Objetivo 6. Garantizar la disponibilidad y la gestión sostenible del agua y el saneamiento para todos

Objetivo 7. Garantizar el acceso a una energía asequible, fiable, sostenible y moderna para todos

Objetivo 8. Promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos

Objetivo 9. Construir infraestructuras resilientes, promover la industrialización inclusiva y sostenible y fomentar la innovación

Objetivo 10. Reducir la desigualdad en los países y entre ellos

Objetivo 11. Lograr que las ciudades y los asentamientos humanos sean inclusivos, seguros, resilientes y sostenibles

Objetivo 12. Garantizar modalidades de consumo y producción sostenibles

Objetivo 13. Adoptar medidas urgentes para combatir el cambio climático y sus efectos

Objetivo 14. Conservar y utilizar sosteniblemente los océanos, los mares y los recursos marinos para el desarrollo sostenible

Objetivo 15. Proteger, restablecer y promover el uso sostenible de los ecosistemas terrestres, gestionar sosteniblemente los bosques, luchar contra la desertificación, detener e invertir la degradación de las tierras y detener la pérdida de biodiversidad

Objetivo 16. Promover sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, facilitar el acceso a la justicia para todos y construir a todos los niveles instituciones eficaces e inclusivas que rindan cuentas

Objetivo 17. Fortalecer los medios de implementación y revitalizar la Alianza Mundial para el Desarrollo Sostenible

Dado que en esta breve contribución no puedo entrar en detalle en todos y cada uno de los ODS, me voy a centrar en uno de los que considero más urgentes en la actualidad, la lucha contra el cambio climático (Objetivo 13).

IV. LUCHA CONTRA LOS EFECTOS DEL CAMBIO CLIMÁTICO

1. *El cambio climático: una evidencia científica*

Un punto de partida fundamental para poder afrontar de manera efectiva los efectos del cambio climático es reconocer que nos encontramos ante una evidencia de carácter científico. Existe un consenso casi unánime entre la comunidad científica en torno a que es la actividad humana la principal causa del calentamiento global. En opinión del Panel Intergubernamental sobre

Cambio Climático (IPCC en sus siglas en inglés), el foro científico más reconocido a nivel mundial en este ámbito, “es inequívoco que la influencia humana ha calentado la atmósfera, los océanos y la tierra”⁸⁰. Como consecuencia de ello, “la influencia humana ha calentado el clima a un ritmo sin precedentes en al menos los últimos 2000 años”⁸¹. Por último, este foro de expertos alerta sobre los efectos que el cambio climático *ya* está produciendo. Estos impactos no son predicciones distópicas para un futuro más o menos cercano, sino realidades que ya estamos experimentando. Como señalan en su último informe de 2021, “el cambio climático inducido por la actividad humana ya está afectando a muchos fenómenos meteorológicos y climáticos extremos en todas las regiones del mundo. La evidencia de los cambios observados en extremos como olas de calor, fuertes precipitaciones, sequías y ciclones tropicales y, en particular, su atribución a la influencia humana se ha fortalecido”⁸² desde el último informe en 2013.

La universidad tiene una enorme responsabilidad en este reconocimiento de la gravedad de la crisis climática y de su base científica⁸³. Tenemos que seguir investigando en estos temas, formando y concienciando a nuestros estudiantes, y transfiriendo el conocimiento generado al conjunto de la sociedad⁸⁴. Como establece la meta 13.3 que concreta el Objetivo 13 relativo al

⁸⁰ Intergovernmental Panel on Climate Change, «Summary for Policymakers», en Valérie Masson-Delmotte *et al.* (Eds.), *Climate Change 2021: The Physical Science Basis. Contribution of Working Group I to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change* (Cambridge: Cambridge University Press, 2021) 4.

⁸¹ *Ibid.*, 6.

⁸² *Ibid.*, 8.

⁸³ La Conferencia de Rectores de las Universidades Españolas (CRUE) aprobó en octubre de 2021 una importante declaración sobre el cambio climático “dada la profunda preocupación originada por la gravedad del calentamiento global del planeta y por los efectos del Cambio Climático”. En ella, las universidades españolas “comparten la opinión de los expertos climáticos de la comunidad internacional, abrumadoramente mayoritaria y evidenciada recientemente en el informe del grupo de trabajo I del IPCC, relativa a que el Cambio Climático del planeta es ya una realidad y está inequívocamente causado por las emisiones de gases de efecto invernadero generadas por las actividades humanas”. Las universidades españolas también expresan “su compromiso para ser actores activos en la transición energética que nos lleve a la neutralidad climática en nuestro sistema de producción y consumo”. La declaración final acaba con la constatación de que el cambio climático es, “probablemente, el mayor reto al que se enfrenta la humanidad”, en Crue, *Declaración de Emergencia Climática. Compromiso y Liderazgo de las Universidades Españolas contra el Cambio Climático*, Almería, 29 de octubre de 2021, en <https://www.crue.org/wp-content/uploads/2021/11/2021.10.29-Declaracion-de-Emergencia-Climatica.pdf> (acceso el 14 de septiembre de 2022).

⁸⁴ Es por ello que la CRUE ha creado en su seno una Comisión para la Promoción de la Agenda 2030 y los ODS, lo que evidencia su compromiso con dichos Objetivos. Una muestra de las diferentes actividades llevadas a cabo por la CRUE en este ámbito se pue-

combate contra el cambio climático, es necesario “mejorar la educación, la sensibilización y la capacidad humana e institucional respecto de la mitigación del cambio climático, la adaptación a él, la reducción de sus efectos y la alerta temprana”⁸⁵. Este papel es particularmente relevante en un momento como el actual donde, desde ciertos planteamientos populistas, se aboga por posturas escépticas o abiertamente negacionistas ante las evidencias del cambio climático⁸⁶. Como señala muy acertadamente Mariam Martínez-Bascuñán, “el riesgo es convertir el clima en guerra cultural y obstruir cualquier proyección compartida sobre un nuevo modelo de desarrollo y las nuevas formas de solidaridad que habrá que activar”⁸⁷. Va a ser necesaria mucha pedagogía, dado que los cambios que se avecinan van a requerir de un gran compromiso por parte de la ciudadanía. En este sentido, debemos huir de discursos catastrofistas que generan miedo y ansiedad⁸⁸ ante un futuro bastante incierto⁸⁹; es mucho más motivador, y más eficiente, apostar por estrategias que insistan en una cultura del compromiso y de la responsabilidad tanto individual como colectiva.

El populismo global ante el cambio climático

Al calor de la recesión económica y social provocada por la crisis financiera global de 2008⁹⁰ y del incremento (real o imaginado) de las migraciones internacionales y de las dinámicas asociadas a la globalización, algunos señalan que el siglo XXI está en camino de convertirse en “el siglo del populismo”⁹¹. El crecimiento de movimientos y partidos políticos populistas

den encontrar en CRUE, *III Edición de la Memoria de Acciones CRUE en materia de Agenda 2030*, CRUE, 2020, en <https://www.crue.org/wp-content/uploads/2022/02/2021.02.22-Memoria-Acciones-Crue-Agenda-2030-2020.pdf> (acceso el 14 de septiembre de 2022).

⁸⁵ Doc. ONU, Asamblea General, *Transformar nuestro mundo...*, 26.

⁸⁶ Iñigo Errejón, «Negacionistas ¿de qué?», *El País*, 3 de agosto de 2022, 11.

⁸⁷ Mariam Martínez-Bascuñán, «Apartheid climático», *El País*, 7 de agosto de 2022, 13.

⁸⁸ Víctor M. Toledo, «El malestar civilizatorio», *Papeles de Relaciones Ecosociales y Cambio Global*, No. 158 (2022) 13-26.

⁸⁹ Ciertos relatos catastrofistas y distópicos acerca de las amenazas de todo tipo que nos esperan en el futuro están generando lo que algunos califican como *futurofobia*. Ver al respecto Héctor García Barnés, *Futurofobia. Una generación atrapada entre la nostalgia y el apocalipsis* (Barcelona: Plaza & Janés, 2022).

⁹⁰ Ignacio Saiz, «Human Rights and the Global Protests: Addressing Systems as well as Symptoms», 2019, en <https://www.cesr.org/human-rights-and-global-protests-addressing-systems-well-symptoms> (acceso el 14 de septiembre de 2022).

⁹¹ Pierre Rosanvallon, *El siglo del populismo* (Barcelona: Galaxia Gutenberg, 2020).

y de extrema derecha⁹² en Europa ha posibilitado la manipulación de temas como la globalización o la emigración para generar discursos trufados de odio, xenofobia y de defensa de la soberanía nacional, y para aumentar de manera significativa sus apoyos⁹³. Hay que reconocer que los partidos y movimientos populistas de extrema derecha han conseguido hacer llegar a los medios de comunicación y a la opinión pública un discurso cada vez más agresivo y una narrativa distorsionada que dibuja la globalización y la emigración como un riesgo para la supervivencia de nuestra identidad y de nuestras formas de vida⁹⁴.

La creciente desigualdad instalada en nuestras sociedades desde el estallido de la crisis financiera global ha ido generando una brecha económica y social⁹⁵ y una ansiedad⁹⁶ que han sido el caldo de cultivo ideal para la consolidación de movimientos y partidos políticos de corte populista y de extrema derecha en Europa y en otras partes del planeta⁹⁷. Estos movimientos y partidos políticos se han ido articulando progresivamente hasta constituir una auténtica red global, y han conseguido situar la globalización y la (supuesta, en su opinión) crisis climática como uno de los temas del debate político, con posiciones al respecto muy esencialistas y polarizadas. Una reciente encuesta

⁹² No debemos olvidar que también hay un populismo de izquierda. No lo abordamos en este artículo porque sus posiciones sobre la globalización y la degradación ambiental se alejan radicalmente de las defendidas por los populismos de derecha. Sobre el populismo de izquierda ver Chantal Mouffe, *Pour un populisme de gauche* (Paris: Albin Michel, 2018).

⁹³ Gregorio de la Dehesa, «The roots of Populism in Europe, the United States and Latin America», *Centre for Economic Policy Research, Policy Insight*, nº 96 (2019): 1-7. Ver en la misma línea Benjamin Moffitt, *The Global Rise of Populism: Performance, Political Style, and Representation* (Stanford: Stanford University Press, 2016).

⁹⁴ Paul Marschall and Stephan Klingebiel, *Populism: Consequences for Global Sustainable Development*, German Development Institute, Briefing Paper, No. 8 (2019). El *Make America Great Again* (MAGA) de Donald Trump no supone más que la sublimación de este discurso que percibe la globalización como una amenaza a la identidad y la supervivencia de las naciones.

⁹⁵ He analizado este tema en profundidad en Felipe Gómez Isa, «Economic, social and political costs of the (non-)realization of human rights: towards a new social contract», en Jan Wouters *et al.* (Eds.), *Can We Still Afford Human Rights? Critical Reflections on Universality, Proliferation and Costs* (Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2020) 220-240.

⁹⁶ Richard Wilkinson and Kate Pickett, *The Inner Level. How More Equal Societies Reduce Stress, Restore Sanity and Improve Everyone's Well-being* (London: Penguin, 2019).

⁹⁷ Niall Ferguson, «Populism as a Backlash against Globalization: Historical Perspectives», *Horizons. Journal of International Relations and Sustainable Development*, vol. 8 (2016): 12-21.

en España⁹⁸, realizada en un verano como el de 2022 marcado por olas de calor extremo, sequía y graves incendios, evidencia cómo la percepción acerca de la crisis climática divide a la ciudadanía española en nichos ideológicos⁹⁹. Si para los votantes de izquierda más de seis de cada diez creen que la crisis climática es un problema importante que hay que abordar con urgencia, en cambio, para los votantes de derecha sólo cuatro de cada diez lo perciben así¹⁰⁰. Aquéllos que defienden posturas abiertamente negacionistas se concentran en el espectro político de Vox¹⁰¹.

2. *Hacia un cambio en los modelos de producción y de consumo*

El Objetivo 12 de los ODS hace referencia a “garantizar modalidades de consumo y producción sostenibles”¹⁰². Este objetivo resulta de la evidencia en torno a que es nuestro modelo de producción y consumo el principal causante de la grave crisis medioambiental que estamos viviendo. Además, se trata de un modelo profundamente desigual, ya que ni todos los países ni todos los grupos sociales se benefician en la misma medida del mismo. Por lo tanto, además de insostenible, es un modelo injusto. Traigo aquí unas esclarecedoras y proféticas palabras de Ignacio Ellacuría, quien hace ya más de treinta años nos alertaba de la inmoralidad de disfrutar de niveles de bienestar que no son generalizables. Como nos interpelaba el jesuita vasco-salvadoreño,

⁹⁸ Barómetro de Agosto de 40dB para El País y la Cadena SER, agosto de 2022, en <https://40db.es/actividad/el-observatorio-de-la-cadena-ser/> (acceso el 14 de septiembre de 2022).

⁹⁹ Cristina Monge, «Hasta lo verde va por bloques», *El País*, 21 de agosto de 2022, 15. Desgraciadamente, éste es un fenómeno que también se observa en otros países europeos. Ver al respecto Stella Schaller and Alexander Carius, *Convenient Truths, mapping climate agendas of right-wing populist parties in Europe* (Berlin: Adelphi, 2019). En la misma línea, Sara Gotenhuber and Eric Mulholland, «Implementing the Sustainable Development Goals in Times of Rising Right-Wing Populism in Europe», *Sustainability*, Vol. 12 (2020) 1-14.

¹⁰⁰ Ver la interpretación de los datos de esta encuesta en Belén Barreiro, «El verano como punto de inflexión»...

¹⁰¹ No olvidemos que Vox ha solicitado en varias ocasiones que España se desvincule de la Agenda 2030 y de los ODS, ya que éstos constituyen una amenaza para nuestra soberanía. Como señaló al respecto el Presidente del partido, Santiago Abascal, en la presentación de la “Agenda España” frente a la Agenda 2030, con ello se pretende ofrecer una “respuesta a las agendas globalistas que pretenden la destrucción de las clases medias, la liquidación de la soberanía de las naciones y el ataque a la familia, la vida y las raíces comunes de Occidente”, en <https://www.europapress.es/nacional/noticia-decalogo-vox-contra-agenda-2030-igualdad-unidad-produccion-nacional-familia-espana-rural-20211010132755.html> (acceso el 14 de septiembre de 2022).

¹⁰² Doc. ONU, Asamblea General, *Transformar nuestro mundo...*, 25.

“la oferta de humanización y de libertad que hacen los países ricos a los países pobres no es universalizable... Si el comportamiento y aun el ideal de unos pocos no puede convertirse en comportamiento y en realidad de la mayor parte de la humanidad, no puede decirse que ese comportamiento y ese ideal sean morales...: cuanto más si el disfrute de unos pocos se hace a costa de la privación de los más... El ideal práctico de la civilización occidental no es universalizable, ni siquiera materialmente, por cuanto no hay recursos materiales en la Tierra para que todos los países alcanzaran el mismo nivel de producción y consumo, usufructuado hoy por los llamados países ricos...”¹⁰³.

En el fondo, este Objetivo 12 supone un llamamiento a incorporar planteamientos éticos en nuestras formas de producción y de consumo, caminando hacia “estilos de vida en armonía con la naturaleza”¹⁰⁴ (meta 12.8). En palabras de Adela Cortina, “el primer criterio para discernir si una forma de consumo es justa consiste en considerar si puede universalizarse”¹⁰⁵. En consecuencia, en la actual situación nos vemos abocados a replantear nuestro modelo de desarrollo y de consumo tanto desde el punto de vista de la justicia social global (dimensión intra-generacional) como desde la óptica de la sostenibilidad ambiental (dimensión inter-generacional). No es otro el sentido de la invocación del Papa Francisco a una “conversión ecológica global”, lo que supone necesariamente “cambios profundos en los estilos de vida, en los modelos de producción y de consumo”¹⁰⁶. El propio Presidente francés Emmanuel Macron se ha referido al “fin de la abundancia” ante la evidencia del agotamiento de los recursos no renovables y de la profundidad de la crisis ambiental¹⁰⁷. Ello va a requerir “esfuerzos y sacrificios”¹⁰⁸ por parte de una ciudadanía informada, concienciada y comprometida. Evidentemente, para que esta transición económica y ecológica se pueda producir,

¹⁰³ Ignacio Ellacuría, «Utopía y profetismo», en *Mysterium Liberationis* (Madrid: Trotta, 1991) tomo I, 393.

¹⁰⁴ Doc. ONU, Asamblea General, *Transformar nuestro mundo...*, 26.

¹⁰⁵ Adela Cortina, «Ética del Consumo», *El País*, 21 de enero de 1999, 12. Esta reflexión ha sido ampliada en Adela Cortina, *Por una Ética del Consumo* (Madrid: Taurus, 2002).

¹⁰⁶ Santo Padre Francisco, *Carta Encíclica Laudato Si...*, para. 5.

¹⁰⁷ Jorge Riechmann ha agradecido a Macron que “rompiera parcialmente el consenso discursivo negador de la realidad que hasta hoy siguen defendiendo las élites económicas, políticas y mediáticas”. Para este intelectual ecologista, “el calentamiento global es nuestra tragedia climática, y no significa algunas molestias más para nuestra vida cotidiana: lo que está en juego son sociedades inviables en una Tierra inhabitable”, Jorge Riechmann, «¿Qué significa el ‘fin de la abundancia’?», *El País*, 27 de agosto de 2022, 4.

¹⁰⁸ «Macron decreta el ‘fin de la abundancia’ y pide ‘sacrificios’ a los ciudadanos», *El País*, 25 de agosto de 2022, 4.

se va a necesitar una auténtica “revolución cultural”¹⁰⁹ en la que la educación y la concienciación van a tener un papel protagonista. Una vez más, las universidades son un actor llamado a investigar, educar y concienciar a toda una generación de jóvenes (y no tan jóvenes) que tendrán que liderar una de las grandes transformaciones civilizatorias de nuestro tiempo. Como ha puesto de manifiesto Jessica Green, experta en energía y medio ambiente de la Universidad de Toronto, hoy en día hemos avanzado mucho en una mayor conciencia ecológica, usamos más energías renovables, hacemos más uso del reciclaje..., pero eso no es suficiente, es necesaria una mayor “responsabilidad”¹¹⁰ tanto individual como colectiva. Lo que necesitamos es pasar de una ética de la convicción a una ética de la responsabilidad. En el fondo, esto nos sitúa en una de las dimensiones que, lamentablemente, ha estado ausente de los debates en el campo de los derechos humanos: la relación entre derechos y deberes¹¹¹. Si releemos la Declaración Universal de Derechos Humanos aprobada por las Naciones Unidas en 1948 nos encontramos con la grata sorpresa de un artículo que ha pasado prácticamente desapercibido en los análisis sobre uno de los documentos sin los cuales no se puede entender la segunda mitad del siglo XX. Me refiero al artículo 29.1 de la Declaración Universal. En esa evocadora disposición se establece que “todo individuo tiene *deberes* respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad”¹¹² (la cursiva es nuestra). Lo cierto es que esta referencia a los deberes en el contexto actual se tiene que interpretar en clave inter-generacional¹¹³. Es decir, debemos poner sobre la mesa el debate sobre los deberes de las generaciones presentes hacia las generaciones futuras¹¹⁴.

¹⁰⁹ Santo Padre Francisco, *Carta Encíclica Laudato Si...*, para. 114.

¹¹⁰ «Cien empresas son las responsables del 70% de las emisiones globales», *El País*, 3 de agosto de 2022, 23. Sus reflexiones al respecto se encuentran en Jessica F. Green, *Rethinking Private Authority. Agents and Entrepreneurs in Global Environmental Governance* (Princeton: Princeton University Press, 2013).

¹¹¹ Un análisis interesante acerca de la potencialidad, pero también de las tensiones inherentes, de la relación entre derechos y deberes se puede encontrar en Stephan Parmenier *et al.* (Eds.), *Between Rights and Responsibilities: A Fundamental Debate* (Antwerp: Intersentia, 2016).

¹¹² Un comentario sobre el alcance de este artículo figura en Jaime Oraá y Felipe Gómez Isa, *La Declaración Universal de los Derechos Humanos* (Bilbao: Universidad de Deusto, 2009).

¹¹³ Ver al respecto Yota Negishi, «The forgotten principle of fraternité: Re-interpreting the last three articles of the Universal Declaration of Human Rights», en Kasey McCall-Smith *et al.* (Eds.), *Human Rights in Times of Transition* (Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2020) 41-63.

¹¹⁴ La UNESCO ha sido muy activa en el desarrollo de esta dimensión de los deberes en clave inter-generacional. Ver al respecto la *Declaración sobre las Responsabilidades*

En esta línea de evidenciar la necesidad de una responsabilidad tanto individual como colectiva tiene que jugar un rol esencial el mundo empresarial. No es otro el sentido del llamamiento que hace la meta 12.6 a las empresas, “en particular las grandes empresas y las empresas transnacionales, a que adopten prácticas sostenibles e incorporen información sobre la sostenibilidad en su ciclo de presentación de informes”¹¹⁵. Un sector en el que es urgente garantizar unos modelos de producción y de consumo sostenibles es en la industria textil, donde la denominada *fast fashion* supone un paradigma basado en una producción que no tiene en cuenta ni consideraciones sociales ni medioambientales, y en un consumo cada vez más acelerado que se ha convertido en totalmente insostenible. La Unión Europea (UE) está elaborando una estrategia para la circularidad y la sostenibilidad de los productos textiles que pretende promover una “transición hacia una industria textil sostenible y circular... para contribuir positivamente a hacer frente a las crisis climáticas y de biodiversidad y a la injusticia social”¹¹⁶. El problema de fondo es, como señala la Comisión Europea, que “la producción y el consumo de productos textiles siguen creciendo, como también lo hacen su impacto en el clima, en el consumo de agua y energía y en el medio ambiente”¹¹⁷. La producción mundial de textiles sigue creciendo a un ritmo frenético, casi duplicándose entre los años 2000 y 2015, y siguiendo un modelo de producción y de consumo completamente lineal¹¹⁸. Además, se espera que “el consumo de prendas y de calzado aumente un 63% de aquí a 2030”¹¹⁹. Este consumo es alentado hasta el paroxismo por una tendencia de las grandes firmas del sector a lanzar nuevas colecciones y nuevos productos cada 15 días que hace que el uso de las prendas de vestir sea cada vez más efímero... antes de acabar en el vertedero¹²⁰. Como apunta la Comisión Europea, los impactos negativos de la industria textil “tienen su origen en un modelo lineal caracterizado por bajos índices de uso, reutilización, reparación y reciclaje”. Por otro lado, las crecientes presiones del mercado para obtener productos más asequibles hacen que el trabajo infantil y muy feminizado, con salarios muy bajos y sin la suficiente protección social, sean moneda común en

de las Generaciones Actuales para con las Futuras Generaciones, aprobada el 12 de noviembre de 1997 por la Conferencia General de la UNESCO en su 29ª reunión.

¹¹⁵ Doc. ONU, Asamblea General, *Transformar nuestro mundo...*, 26.

¹¹⁶ Comisión Europea, *Estrategia para la circularidad y sostenibilidad de los productos textiles*, COM(2022) 141 final, 30 de marzo de 2022, 16.

¹¹⁷ *Ibid.*, 1.

¹¹⁸ Ellen MacArthur Foundation, *A New Textiles Economy: Redesigning Fashion's Future*, 2017, en <https://ellenmacarthurfoundation.org/a-new-textiles-economy> (acceso el 15 de septiembre de 2022).

¹¹⁹ Comisión Europea, *Estrategia para la circularidad...*, 1.

¹²⁰ «Moda circular: cómo evitar que la ropa acabe en el vertedero», *El País*, 20 de agosto de 2022, 20.

el sector textil. Lo que la UE pretende con esta mayor atención a la sostenibilidad social y medioambiental es “reforzar las cadenas de valor mundiales, contribuyendo así a los Objetivos de Desarrollo Sostenible en todo el mundo”¹²¹. Ante este panorama, debemos insistir una vez más en la responsabilidad individual y colectiva. Las empresas deben asumir la necesidad de caminar hacia patrones de producción y de comercialización que tengan en cuenta las dimensiones sociales y ambientales. A su vez, los ciudadanos también debemos asumir nuestra responsabilidad en el mantenimiento de unos niveles de consumo que son, sencillamente, insostenibles. En fin, debemos adquirir conciencia de que somos parte del problema, y parte de la solución¹²².

V. A MODO DE CONCLUSIONES

La Agenda 2030 y los Objetivos de Desarrollo Sostenible marcan una hoja de ruta para un cambio y una transformación que son urgentes en un mundo marcado por una creciente desigualdad y un grave deterioro ecológico. Hemos visto que hay tensiones serias entre las dimensiones económica, social y medioambiental del desarrollo sostenible. Es evidente que, sin cambios profundos en un sistema económico global que pone por encima de todo el crecimiento económico, va a ser difícil conciliar las dimensiones relacionadas con la justicia social global y con la protección del medio ambiente. Este es el principal nudo gordiano al que nos enfrentamos en este turbulento comienzo del siglo XXI.

Asimismo, la consecución de los ODS necesita una renovada voluntad política y un incremento significativo de los recursos disponibles. Sin un compromiso firme y sincero en torno al cumplimiento de la Agenda 2030 por parte de los diferentes actores involucrados, los ODS no serán más que un nuevo ejercicio de vana retórica al que las Naciones Unidas nos tiene tan acostumbrados desde los inicios de la cooperación al desarrollo en los años 60 del siglo XX.

Lo cierto es que los datos de avance en el cumplimiento de los ODS no invitan al optimismo. Han pasado ya ocho años desde la proclamación de estos Objetivos en 2015 y, como señala el Secretario General de las Naciones Unidas, Antonio Guterres, “las expectativas establecidas en la Agenda 2030

¹²¹ Comisión Europea, *Estrategia para la circularidad...*, 2.

¹²² Algo parecido ocurre con el desperdicio de alimentos. Solamente en la UE se desperdician unos 88 millones de toneladas al año, unos 173 Kilos por persona. Ver los datos globales en FAO, *Save Food: Iniciativa Mundial sobre la reducción de la pérdida y el desperdicio de alimentos*, en <https://www.fao.org/save-food/es/> (acceso el 15 de septiembre de 2022). Es por ello que la meta 12.3 de los ODS plantea “de aquí a 2030, reducir a la mitad el desperdicio de alimentos *per capita* mundial...”.

para el Desarrollo Sostenible están en peligro”¹²³. Basándose en los datos que proporciona el exhaustivo informe llevado a cabo por el grupo que hace el seguimiento al cumplimiento de los ODS, la pandemia de COVID-19, la guerra en Ucrania y la emergencia climática están teniendo “efectos destructivos en el logro de los ODS”¹²⁴. Por lo tanto, resulta urgente renovar y reforzar el compromiso asumido en 2015 si queremos que los ODS tengan algún tipo de virtualidad. En definitiva, es necesario un nuevo contrato social de carácter tanto intra-generacional como inter-generacional. La justicia social global debe impulsar una transformación del sistema económico que incorpore al debate a las futuras generaciones.

VI. BIBLIOGRAFIA

- ALSTON, Philip, «Ships Passing in the Night: The Current State of the Human Rights and Development Debate Seen Through the Lens of the Millennium Development Goals», *Human Rights Quarterly*, Vol. 27, No. 3 (2005): 755-829.
- BARRANCO AVILÉS, Mari Carmen y Churruca Muguruza, Cristina (Eds.), *Vulnerabilidad y Protección de los Derechos Humanos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.
- BARREIRO, Belén, «El verano como punto de inflexión», *El País*, 5 de septiembre de 2022, 14.
- BEDJAOU, Mohammed, *Hacia un Nuevo Orden Económico Internacional*. Salamanca: UNESCO, 1979.
- BENACH, Joan, «El ‘apartheid’ vacunal es un espejo del capitalismo neoliberal», *Contexto y Acción*, 26 de mayo de 2021, en <https://ctxt.es/es/20210501/Firmas/36123/apartheid-vacunas-covid-capitalismo-Joan-Benach.htm> (acceso el 14 de septiembre de 2022).
- BROWN, Lester *Building a Sustainable Society*. New York: WW Norton&Co., 1982.
- CARDESA-SALZMANN, Antonio y Pigrau Solé, Antoni «La Agenda 2030 y los ODS. Una mirada crítica desde su aportación a la gobernanza global en términos de justicia distributiva y sostenibilidad ambiental», *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. 69, No. 1 (2017): 279-285.
- CORTINA, Adela, *Por una Ética del Consumo*. Madrid: Taurus, 2002.
- CRUE, *Declaración de Emergencia Climática. Compromiso y Liderazgo de las Universidades Españolas contra el Cambio Climático*, Almería, 29 de octubre de 2021, en <https://www.crue.org/wp-content/uploads/2021/11/2021.10.29-Declaracion-de-Emergencia-Climatica.pdf> (acceso el 14 de septiembre de 2022).
- *III Edición de la Memoria de Acciones CRUE en materia de Agenda 2030*, CRUE, 2020, en <https://www.crue.org/wp-content/uploads/2022/02/2021.02.22-Memoria-Acciones-Crue-Agenda-2030-2020.pdf> (acceso el 14 de septiembre de 2022).

¹²³ Naciones Unidas, *Informe de los Objetivos de Desarrollo Sostenible 2022* (Nueva York: Naciones Unidas, 2022) 2.

¹²⁴ *Ibid.*

- DE LA DEHESA, Gregorio, «The roots of Populism in Europe, the United States and Latin America», *Centre for Economic Policy Research, Policy Insight*, n° 96 (2019): 1-7.
- DEJUSTICIA, *Comentarios sobre la Decisión Ministerial del Acuerdo sobre los ADPIC del pasado 17 de junio de 2022*, en <https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2022/08/Documento-vacunas-OMC.pdf> (acceso el 14 de septiembre de 2022).
- DUBOIS, Alfonso, «La dimensión normativa del desarrollo en la globalización: una visión crítica de los Objetivos del Milenio», *Revista de Dirección y Administración de Empresas*, No. 13 (2006): 35-52.
- ELLACURÍA, Ignacio, «Utopía y profetismo», en *Mysterium Liberationis*. Madrid: Trotta, 1991, tomo I.
- ELLEN MACARTHUR FOUNDATION, *A New Textiles Economy: Redesigning Fashion's Future*, 2017, en <https://ellenmacarthurfoundation.org/a-new-textiles-economy> (acceso el 15 de septiembre de 2022).
- ERREJÓN, Iñigo, «Negacionistas ¿de qué?», *El País*, 3 de agosto de 2022, 11.
- FAO, *Save Food: Iniciativa Mundial sobre la reducción de la pérdida y el desperdicio de alimentos*, en <https://www.fao.org/save-food/es/> (acceso el 15 de septiembre de 2022).
- FERGUSON, Niall, «Populism as a Backlash against Globalization: Historical Perspectives», *Horizons. Journal of International Relations and Sustainable Development*, vol. 8 (2016): 12-21.
- FERNÁNDEZ-LIESA, Carlos, «El desarrollo sostenible y la teoría del Derecho Internacional», *Revista Iberoamericana de Estudios de Desarrollo*, Vol. 11, No. 2 (2022): 54-77.
- GARCÍA BARNÉS, Héctor, *Futurofobia. Una generación atrapada entre la nostalgia y el apocalipsis*. Barcelona: Plaza & Janés, 2022.
- GÓMEZ ISA, Felipe, «A post-pandemic era: Human Rights Challenges for a 'new normal'», *Global Campus, Human Rights Preparedness*, 2020, en <https://gchumanrights.org/preparedness/article-on/a-post-pandemic-era-human-rights-challenges-for-a-new-normal.html> (acceso el 14 de septiembre de 2022).
- «Biotecnología y derecho al desarrollo», en Carlos María Romeo Casabona (Ed.), *Biotecnología, Desarrollo y Justicia* (Granada: Editorial Comares, 2008): 57-93.
- «Desarrollo sostenible: hacia una vinculación más estrecha entre la economía y la ecología», en *Transformaciones estructurales en el actual escenario económico y sus proyecciones de futuro*, VII Jornadas de la Especialidad Jurídico Económica-Homenaje a Don José María Solozábal (Bilbao: Universidad de Deusto, Bilbao, 1996): 188-191.
- «Economic, social and political costs of the (non-)realization of human rights: towards a new social contract», en Jan Wouters *et al.* (Eds.), *Can We Still Afford Human Rights? Critical Reflections on Universality, Proliferation and Costs*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2020, 220-240.
- *El derecho al desarrollo como derecho humano en el ámbito jurídico internacional*. Bilbao: Universidad de Deusto, 1997.

- GOTENHUBER, Sara and Mulholland, Eric, «Implementing the Sustainable Development Goals in Times of Rising Right-Wing Populism in Europe», *Sustainability*, Vol. 12 (2020): 1-14.
- GREEN, Jessica F., *Rethinking Private Authority. Agents and Entrepreneurs in Global Environmental Governance*. Princeton: Princeton University Press, 2013.
- HIGH-LEVEL PANEL OF EMINENT PERSONS ON THE POST-2015 AGENDA ON SUSTAINABLE DEVELOPMENT, *A New Global Partnership: Eradicate Poverty and Transform Economies Through Sustainable Development*. New York: United Nations, 2013.
- INTERGOVERNMENTAL PANEL ON CLIMATE CHANGE, «Summary for Policymakers», en Valérie Masson-Delmotte *et al.* (Eds.), *Climate Change 2021: The Physical Science Basis. Contribution of Working Group I to the Sixth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*. Cambridge: Cambridge University Press, 2021.
- KIM, Rakhylene E., «The Nexus between International Law and the Sustainable Development Goals», *Review of European Community & International Environmental Law*, Vol. 25, No. 1 (2016): 15-26.
- LEADERSHIP COUNCIL OF THE SUSTAINABLE DEVELOPMENT SOLUTIONS NETWORK, *An Action Agenda for Sustainable Development. Report for the UN Secretary-General*, 6 June 2013, en <https://unstats.un.org/unsd/broaderprogress/pdf/130613-SDSN-An-Action-Agenda-for-Sustainable-Development-FINAL.pdf> (acceso el 13 de septiembre de 2022).
- MARTÍNEZ-BASCUÑÁN, Mariam, «Apartheid climático», *El País*, 7 de agosto de 2022, 13.
- MEADOWS, Dennis *et al.*, *Los límites del crecimiento. Informe al Club de Roma sobre el Predicamento de la Humanidad*. México: Fondo de Cultura Económica, 1972.
- *Más allá de los límites del crecimiento*. Madrid: El País-Aguilar, 1992.
- MOFFITT, Benjamin, *The Global Rise of Populism: Performance, Political Style, and Representation*. Stanford: Stanford University Press, 2016.
- MONGE, Cristina, «Hasta lo verde va por bloques», *El País*, 21 de agosto de 2022, 15.
- MOUFFE, Chantal, *Pour un populisme de gauche*. Paris: Albin Michel, 2018.
- NANDA, Ved P., «The Journey from the Millennium Development Goals to the Sustainable Development Goals», *Denver Journal of International Law & Policy*, Vol. 44, No. 3 (2016): 389-412.
- NEGISHI, Yota, «The forgotten principle of fraternité: Re-interpreting the last three articles of the Universal Declaration of Human Rights», en Kasey McCall-Smith *et al.* (Eds.), *Human Rights in Times of Transition*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2020, 41-63.
- ORAA, Jaime y Gómez Isa, Felipe, *La Declaración Universal de los Derechos Humanos*. Bilbao: Universidad de Deusto, 2009.
- PARMENTIER, Stephan *et al.* (Eds.), *Between Rights and Responsibilities: A Fundamental Debate*. Antwerp: Intersentia, 2016.
- MARSHALL, Paul and Stephan KLINGEBIEL, *Populism: Consequences for Global Sustainable Development*, German Development Institute, Briefing Paper, No. 8 (2019).
- POST-2015 HUMAN RIGHTS CAUCUS, *The Post-2015 Agenda won't deliver without Human Rights at the Core*, 28 September 2014, en <https://www.cesr.org/post-2015-agenda-wont-deliver-without-human-rights-core/> (acceso el 13 de septiembre de 2022).

- POZO SERRANO, Pilar, «El desafío de Río: la financiación de un desarrollo ecológicamente sostenible», *Revista de Naciones Unidas* (1994) 37.
- RIECHMANN, Jorge, «¿Qué significa el ‘fin de la abundancia’?», *El País*, 27 de agosto de 2022, 4.
- RODRIGO HERNÁNDEZ, Ángel, «El principio de integración de los aspectos económicos, sociales y medioambientales del desarrollo sostenible», *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. LXIV, No. 2 (2012): 133-161.
- ROMERO RODRÍGUEZ, Juan José, «Los límites del crecimiento, después de Río 92, ¿más allá del ‘desarrollo sostenible’?», *Revista de Fomento Social*, Vol. 48, No. 189 (1993): 11-40.
- ROSANVALLON, Pierre, *El siglo del populismo*. Barcelona: Galaxia Gutenberg, 2020.
- ROSTOW, Walt W., *The Stages of Economic Growth: A Non-Communist Manifesto*. Cambridge: Cambridge University Press, 1960.
- SACHS, Jeffrey, *La Era del Desarrollo Sostenible*. Barcelona: Ediciones Deusto, 2015.
- SAIZ IGNACIO, «Human Rights and the Global Protests: Addressing Systems as well as Symptoms», 2019, en <https://www.cesr.org/human-rights-and-global-protests-addressing-systems-well-symptoms> (acceso el 14 de septiembre de 2022).
- SANTO PADRE FRANCISCO, *Carta Encíclica Laudato Si sobre el Cuidado de la Casa Común*, 24 de mayo de 2015.
- SCHALLER, Stella and Carius, Alexander, *Convenient Truths, mapping climate agendas of right-wing populist parties in Europe*. Berlin: Adelphi, 2019.
- SECRETARIAT TO THE CBD, *Handbook on the Convention on Biological Diversity*. Abingdon: Routledge, 2000.
- THE WORLD COMMISSION ON ENVIRONMENT AND DEVELOPMENT, *Our Common Future*. Oxford: Oxford University Press, 1987.
- TOLEDO, Víctor M., «El malestar civilizatorio», *Papeles de Relaciones Ecosociales y Cambio Global*, No. 158 (2022): 13-26.
- UICN, *Estrategia Mundial para la Conservación: la conservación de los recursos vivos para el logro de un desarrollo sostenido*. Gland: UICN, 1980.
- VIÑUALES, Jorge (Ed), *The Rio Declaration on Environment and Development*. Oxford: Oxford University Press, 2015.
- «The Rise and Fall of Sustainable Development», *Review of European Community & International Environmental Law*, Vol. 22, No. 1 (2013): 4.
- VIRALLY, Michel, «Vers un Droit International du Développement», *Annuaire Français de Droit International*, (1965): 3-12.
- WILKINSON, Richard and Pickett, Kate, *The Inner Level. How More Equal Societies Reduce Stress, Restore Sanity and Improve Everyone’s Well-being*. London: Penguin, 2019.

Documentos de organizaciones internacionales

- Comisión Europea, *Estrategia para la circularidad y sostenibilidad de los productos textiles*, COM(2022) 141 final, 30 de marzo de 2022.
- Decisión Ministerial relativa al Acuerdo sobre los ADPIC*, Duodécimo periodo de sesiones, WT/MIN(22)/30/WT/L/1141, 17 de junio de 2022.

- Declaración de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Humano*, Estocolmo, 21 de junio de 1972, Doc. ONU, A/CONF.48/14/Rev.1, para. 3.
- Declaración de Nairobi* el 18 de mayo de 1982, Doc. ONU, A/37/25.
- Declaración sobre las Responsabilidades de las Generaciones Actuales para con las Futuras Generaciones*, aprobada el 12 de noviembre de 1997 por la Conferencia General de la UNESCO en su 29ª reunión.
- Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health*, 14 November 2001, Ministerial Conference, Fourth Session, Doha, 9-14 November 2001, WT/MIN(01)/DEC/2, 20 November 2001.
- Doc. ONU, A/68/970, *Informe del Grupo de Trabajo Abierto sobre los objetivos de desarrollo sostenible*, 12 de agosto de 2014.
- Doc. ONU, Asamblea General, *Decenio de las Naciones Unidas para el Desarrollo*, Resolución 1710 (XVI), 19 de diciembre de 1961.
- Doc. ONU, Asamblea General, *Declaración del Milenio*, Resolución 55/2, 8 de septiembre de 2000.
- Doc. ONU, Asamblea General, *Declaración sobre el Establecimiento de un Nuevo Orden Económico Internacional*, Resolución 3201 (S-VI), 1 de mayo de 1974.
- Doc. ONU, Asamblea General, *El Futuro que queremos*, Resolución 66/288, Anexo, 27 de julio de 2012.
- Doc. ONU, Asamblea General, *Proceso de elaboración de la perspectiva ambiental hasta el año 2000 y más adelante*, Resolución 38/161, 19 de diciembre de 1983.
- Doc. ONU, Asamblea General, *Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible*, Resolución 70/1, 25 de septiembre de 2015.
- Doc. ONU, *Estrategia Internacional del Desarrollo para el Cuarto Decenio de las Naciones Unidas para el Desarrollo (1991-2000)*, Resolución 45/199, 21 de diciembre de 1990.
- Doc. ONU, *Estrategia Internacional del Desarrollo para el Segundo Decenio de las Naciones Unidas para el Desarrollo (1971-1980)*, Resolución 2626 (XXV), 24 de octubre de 1970.
- Doc. ONU, *Estrategia Internacional del Desarrollo para el Tercer Decenio de las Naciones Unidas para el Desarrollo (1981-1990)*, Resolución 35/56, 5 de diciembre de 1980.
- Doc. ONU, Secretario General de las Naciones Unidas, *El camino hacia la dignidad para 2030: acabar con la pobreza y transformar vidas protegiendo el planeta. Informe de síntesis del Secretario General sobre la agenda de desarrollo sostenible después de 2015*, A/69/700, 4 de diciembre de 2014.
- International Law Commission, *Report of the Study Group, Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law: Conclusions*, Doc. ONU, A/CN.4/L.702, 18 July 2006.
- Naciones Unidas, *Informe de los Objetivos de Desarrollo Sostenible 2022*. Nueva York: Naciones Unidas, 2022.
- Naciones Unidas, *Objetivos de Desarrollo del Milenio. Informe de 2015*, Naciones Unidas, Nueva York, 2015.

SÍMBOLOS, NEUTRALIDAD E INTEGRACIÓN CONSTITUCIONAL

Symbols, Neutrality and Constitutional Integration

Josu de Miguel Bárcena
Profesor de Derecho Constitucional
Universidad de Cantabria

<https://doi.org/10.18543/ed.2651>

Recibido: 29.11.2022

Aceptado: 14.12.2022

Publicado en línea: diciembre 2022

Resumen

El presente trabajo pretende analizar los conflictos simbólicos que vienen sucediéndose en España, desde un punto de vista constitucional. Para ello se aborda el símbolo como noción jurídica que contribuye a la integración de la comunidad política. Es importante tener en cuenta que las polémicas sobre banderas y otros emblemas se producen en lo que puede calificarse como espacio y tiempo *iusfundamentales*, es decir, ámbitos donde concurren derechos fundamentales y potestades de las administraciones públicas. Se propone, en tal sentido, usar el concepto de neutralidad institucional para ensanchar el principio de objetividad y así resolver en el contexto jurisdiccional o de la legalidad ordinaria, los problemas de semiótica política.

Palabras clave

Símbolos políticos; espacio iusfundamental; integración constitucional; neutralidad institucional; principio de objetividad.

Abstract

The present work aims to analyze the symbolic conflicts that have been taking place in Spain in the last years, from a constitutional point of view. For this, the symbol is studied as a legal notion that contributes to the political integration of the

national community. It is important to take into account that the controversies over flags and others emblems occur in *iusfundamental* time and space, that is, areas where rights and power of public administrations coincide. In this sense, it is proposed to use the concept of neutrality to broaden the principle of objectivity and thus resolve, in the jurisdictional and legality context, the problems of political semiotics.

Keywords

Political symbols; iusfundamental space; constitutional integration; institutional neutrality; principle of objectivity.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL SÍMBOLO COMO CONCEPTO JURÍDICO Y COMO MECANISMO DE INTEGRACIÓN CONSTITUCIONAL. III. LOS SÍMBOLOS EN EL ESPACIO Y TIEMPO PÚBLICOS: DELIMITACIÓN JURÍDICA. IV. BREVE EXCURSO: LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA PRAXIS SIMBÓLICA. V. CONFLICTOS JURÍDICOS EN TORNO AL USO DE BANDERAS Y OTROS SÍMBOLOS EN EL ESPACIO PÚBLICO E INSTITUCIONAL. 1. La obligación de utilizar la bandera de España en edificios y actos públicos y sus incumplimientos. 2. Instalación de banderas y otros símbolos autonómicos en otras Comunidades Autónomas. 3. La exhibición en edificios públicos de banderas y símbolos partidistas. VI. LA NEUTRALIDAD INSTITUCIONAL Y LAS MANIFESTACIONES SIMBÓLICAS EN EL ESPACIO PÚBLICO. VII. CONCLUSIONES. VIII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Las últimas décadas han sido especialmente conflictivas en materia de símbolos en nuestro país. Son diversos motivos los que explican esta conflictividad: en primer lugar, la nación española, reconocida como sujeto político en el art. 2 CE, es ampliamente discutida por los nacionalismos periféricos. Estos nacionalismos no se han contentado con tener un reconocimiento jurídico constitucional y estatutario de sus propios símbolos, sino que han puesto en cuestión los símbolos comunes en sus propios territorios, lo que ha llevado, sobre todo tras la puesta en marcha de los ciclos soberanistas, a tensiones de gran alcance con amplio reflejo en la jurisdicción ordinaria (Moreno Luzón y Núñez Seixas, 2017). Algo, no mucho, hablaremos sobre esta cuestión en el presente trabajo.

Por otro lado, estamos ante una gran repolitización de la esfera pública y de la vida institucional. La democracia que emergió tras la II Guerra Mundial desconfiaba mucho de la soberanía y de la propia política, lo que condujo a un reforzamiento del Estado de Derecho y a la construcción de consensos conservadores en torno a la redistribución y los servicios públicos (Judt, 2006). A comienzos de la década de 1970, generalizada la crisis económica, en Estados Unidos y en Europa se ponen en entredicho los modelos contramayoritarios y la democracia se reconvierte en una lucha agonista de grupos minoritarios por ver reconocidos sus derechos (Levitsky y Ziblatt, 2021). La proliferación de procesos identitarios de autodeterminación personal –consecuencia, precisamente, del retorno de la soberanía como concepto operativo– y la recuperación de la fuerza moral de la mayoría, también se expresan a través de un combate semiótico de gran relevancia¹.

¹ La aplicación del principio de soberanía a la esfera individual no solo ha tenido reflejo en el ámbito económico –neoliberalismo– sino en la proliferación de la cultura narcisista (Lasch, 2020).

Este combate, con amplios reflejos jurídicos, tiene sentido, precisamente, en el contexto de una forma política sentimental que ha recuperado las ideas que caracterizan al ser humano como animal simbólico: en la sociedad tecnológica la imagen parece haber sustituido a la palabra en la formación de una opinión pública que dé sentido a los procesos democráticos (Arias Maldonado, 2016). Los nuevos movimientos sociales y políticos no han descreído, como a veces se piensa, de las instituciones formales: conocen perfectamente su prestigio democrático y pretenden utilizar su soporte legitimador para hacer llegar sus reivindicaciones a la mayoría de la población (Villaverde, 2018). En tal sentido, las reformas legislativas o reglamentarias suelen venir precedidas de una praxis simbólica que ha pretendido desvelar la balanza política sobre temas centrales para la sociedad, haciendo uso de declaraciones, pancartas u otros símbolos de notable importancia para la posterior formación de la voluntad del Estado en sus diferentes manifestaciones.

No es casualidad que la mayor parte de los conflictos simbólicos tengan lugar en los ayuntamientos y entes locales: es en la parcela más cercana, en el espacio municipal, donde nos identificamos más fácilmente con la economía simbólica. Así las cosas, el juez o tribunal que ha tenido que abordar un problema concreto por el colgamiento de una bandera, una pancarta o un emblema distintos de los oficiales, ha venido utilizando distintos criterios interpretativos para salir del paso a la hora de encontrar soluciones que satisfagan los intereses en liza. A veces basta con un acercamiento gramatical a la legalidad, bien sea constitucional, estatutaria u ordinaria. En otras sobresale, en los últimos tiempos, el recurso al principio de neutralidad, que suele ser confundido sin mayor cuestionamiento con la objetividad reconocida en el art. 103 CE.

El tema simbólico tiene una multitud de aristas legales. Afecta a la integración constitucional, asunto que casi nunca se plantea cuando por ejemplo se aborda el espinoso tema de la “guerra de las banderas”. También tiene relación con la creación de un espacio y un tiempo públicos de carácter iusfundamental en los que los ciudadanos participen de una forma o de otra en los asuntos políticos. Por supuesto, en el caso de las administraciones locales, muestra problemas de carácter competencial que afectan, teóricamente, a la autonomía constitucionalmente garantizada. Por último, confronta en no pocas ocasiones con el ejercicio legítimo de derechos fundamentales, tanto en su dimensión activa como pasiva, sobre todo cuando aquellos tienen la función de expresar el pluralismo social y político. A continuación, trataremos estos y otros temas partiendo de una noción amplia de símbolo que, aunque haga hincapié en las banderas, trate de recoger sus más variadas expresiones, descartando las voluntades que se canalizan normativamente o a través de declaraciones o actos de carácter político (Martínez Otero, 2020).

II. EL SÍMBOLO COMO CONCEPTO JURÍDICO Y COMO MECANISMO DE INTEGRACIÓN CONSTITUCIONAL

No es casualidad que la definición del hombre como animal simbólico la realizara uno de los filósofos más importantes del periodo de entreguerras: Ernst Cassirer (2016). Cassirer anuncia un desplazamiento epistemológico de las premisas aristotélicas que atribuían al ser humano una dimensión racional y sociable: existe un universo simbólico creado históricamente a través de la ciencia, el lenguaje, los mitos, la ética, la política y el arte y que repercute notablemente en la mente y acción humanas. Recuérdese que las reflexiones sobre la relación entre lo racional e irracional se realizaron en el contexto de una naciente República donde se discutía intelectualmente sobre el fundamento social sobre el que se tenía que levantar constitucionalmente. Los acontecimientos fácticos inmediatos a la inauguración del tiempo de Weimar muestran cómo las tropas que volvían del frente se enfrentaban fratricidamente en la patria, blandiendo, unas, las insignias de los *Freikorps* y otras, obedeciendo las consignas del *Rat* que lideraba a marinería y soldados rojos. Una amenaza de conflagración que, más allá de lo constitucional, se trasladaría a la determinación de los colores de la bandera nacional, negro –rojo– oro para unos y negro –blanco– rojo para otros. Todo un dilema que terminaría convirtiendo su proclamación oficial como tal estandarte nacional en una disputa mal solucionada que pronto conmovería a toda Alemania (Möller, 2015: 231)².

Lo que se discutía en aquel instante era cuál iba a ser el lazo que debería servir para organizar la convivencia una vez que la sociedad había dejado de estar modelada en base a las estructuras organicistas corporativo –medievales y que la fuerza de las bayonetas se demostraba incapaz de actuar como alternativa estructural permanente para la vertebración de los seres humanos.

Toda esta polémica social abonaría el terreno y se convertiría en controversia intelectual a partir del ensayo de Rudolf Smend, *Constitución y derecho constitucional*, de 1928 (Smend, 1986). Un libro que si, por un lado, ponía sobre la mesa el concepto “integración”, por otro se esforzaba en construir una argumentación de otro tipo que haría de la Constitución la pieza

² Los republicanos, apoyados en la decisión de la primera Asamblea nacional alemana de 1848, estaban a favor del negro-rojo-oro, los monárquicos a favor del negro-blanco-rojo, los colores del Imperio alemán. Los republicanos se impusieron en 1919, pero la parte minoritaria, lejos de aceptar su derrota, no hizo sino encender la mecha de la discordia. Hasta hubo directores de colegios que se negaron a izar la bandera oficial. El 5 de mayo de 1926 el presidente Hindenburg promulgó un decreto sobre la bandera que dividía por igual los colores alemanes, recuperando la derribada bandera de la marina mercante negra-blanca-roja. En el futuro, la legación alemana y los consulados en el exterior deberían mostrar, junto a la bandera oficial de Weimar, la de la marina mercante.

clave desde la que se operaba la unificación social a través del derecho, rompiendo de esta suerte con la pretendida asepsia de la interpretación positivista característica de la doctrina iuspublicista precedente, que todavía era el saber académico oficialmente imperante en Weimar (García, 2021: 21). Y es verdad que, mientras uno de sus grandes contendientes, Hans Kelsen, proponía como fórmula para organizar el poder la *articulación* de un derecho neutral y puro que permitiera engarzar el pluralismo y encauzar el conflicto, el concepto de *integración* de Smend tenía la ventaja de incorporar a la naciente Teoría de la Constitución formas de expresión que basculaban entre lo irracional o lo simbólico³.

Está doctrinalmente asumido que las Constituciones incorporan elementos irracionales que están presentes en la organización social y atraen al ser humano: estos elementos mantienen unido al pueblo en los aspectos no públicos y las Constituciones los reconocen como identidad cultural que las vivifica. La Norma Fundamental no solo organiza el Estado, sino que *racionaliza* determinados símbolos del propio Estado, que se beneficia para su estabilidad del ingrediente cultural constitucional y de un simbolismo que le permite conectarse espiritualmente con la comunidad política o nacional (Vernet, 2003: 107). A su vez, el símbolo manifiesta una idea que no siempre es accesible a través de las palabras. De este modo, los símbolos constitucionalizados incorporan una psicología colectiva que permite *integrar* realidades heterogéneas y cumplen importantes funciones representativas que tratan de fortalecer, con mejor o peor fortuna, al sujeto constituyente. El rey es símbolo de la unidad y permanencia del Estado (art. 56.1 CE), mientras que la bandera y símbolos como el himno o el escudo, representan con su tangibilidad las realidades políticas a las que se refieren (Troncoso, 2018).

Como se sabe, nuestra Constitución reconoce símbolos nacionales y autonómicos. Empecemos por apuntar, en términos históricos, que la Constitución de 1931 señalaba en su art. 1.4 que la “bandera de la República española es roja, amarilla y morada”. El derecho comparado, por su parte, ofrece no pocos ejemplos de regulación constitucional de la bandera y otros símbolos del Estado, lo que pone de manifiesto que se trata de un bien constitucional no disponible por los poderes constituidos. Las Constituciones de Francia (art. 2), Portugal (art. 11), Alemania (art. 22.2), Italia (art. 12) o Austria (art. 8) así lo hacen. Por el contrario, países caracterizados por su estabilidad o por no haber vivido recientemente cambios bruscos en su régimen político no mencionan su bandera en la Constitución: Suiza, Suecia, Luxemburgo, Dinamarca, Países Bajos, Finlandia o Malta. Particulares son los casos de Bélgica, que retiró los símbolos nacionales de la Constitución de 1831 mediante

³ La conocida polémica entre ambos, en Smend y Kelsen (2019).

reforma, o de Chipre, un país donde las comunidades turco –chipriota y greco– chipriota han estado tradicionalmente enfrentadas, lo que ha tenido reflejo en la bandera⁴.

La regulación en la Constitución de 1978 de la bandera en el Título Preliminar muestra la importancia que los constituyentes quisieron dar al símbolo de la bandera. La bandera aparece tras la definición de nuestro Estado como social y democrático de Derecho, la atribución de la soberanía al pueblo español o la afirmación de que la Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la nación española (González del Campo, 2003). El art. 4 CE llama la atención, en todo caso, por otros dos datos importantes. El primero, que muestra una voluntad deliberada de no hacer referencia a otros símbolos nacionales como el himno, el escudo o las divisas, después de una dictadura caracterizada por la exaltación constante y abusiva de aquellos. La bandera es de España y no de la nación. Por otro lado, el art. 4.2 CE es una novedad en nuestra historia constitucional y en el derecho comparado. Constituciona- liza las enseñas autonómicas, con reserva estatutaria y una obligación que ha causado no pocos conflictos: el uso conjunto de las banderas autonómicas junto a la bandera de España (Solózabal, 2008). A este respecto, la STC 119/1992 señalará que “El art. 2 insta un Estado complejo: sin necesidad de insistir en el sentido anfibológico del término Estado, no cabe duda de que, siendo los principales símbolos del Estado las banderas y su escudo, también son símbolos del Estado español las banderas autonómicas, que constituyen la expresión de la autonomía que la Constitución ampara y de la pluralidad del Estado que configura” (FJ 1).

En definitiva, los símbolos que se reconocen en el Estado de Derecho consagran un paso del mito a la razón, camino que está en el nacimiento del propio Estado de Derecho, canalizando la utilización de este como elemento, parte o componente que se reconoce en derechos y libertades. Los símbolos constitucionalizados *integran* jurídicamente, como reconocía la STC 94/1985, a la comunidad política mediante el reconocimiento de elementos diacrónicos que promueven una respuesta socioemocional, contribuyendo a la formación de una conciencia comunitaria cada vez más aislada⁵. En cualquier caso, en la cuestión de su protección penal, esa integración jurídica

⁴ El art. 4 de la Constitución de Chipre señala que el presidente y el vicepresidente elegirán la bandera de la República con un diseño neutral, permitiendo a autoridades y administraciones públicas utilizar junto a la bandera de Chipre, la bandera de Grecia y la de Turquía siempre al mismo tiempo, reconociendo el derecho de lo sus ciudadanos a utilizar ambas sin ningún tipo de restricción.

⁵ Como bien se sabe, Manuel García-Pelayo (1981), que formaba parte del Tribunal Constitucional que realizó la sentencia que aludimos, fue uno de los grandes referentes teóricos del símbolo político durante el siglo XX.

tiene por lo general que ceder ante la potencia de los derechos fundamentales, que se presentan como un listón más elevado de integración constitucional porque son el principal fundamento y preocupación del orden político (art. 10.1 CE) (Belda, 2019).

III. LOS SÍMBOLOS EN EL ESPACIO Y TIEMPO PÚBLICOS: DELIMITACIÓN JURÍDICA

El espacio y el tiempo son conceptos sociales y, por lo tanto, susceptibles de ser producidos jurídicamente⁶. Con respecto al tiempo y su relación con los símbolos, poco habría que decir en principio: en efecto, en este ámbito hay que distinguir entre tiempo normal y tiempo electoral, que es el que determinan los arts. 50 y 51 de la LOREG. Pues bien, en el marco de esta distinción la Junta Electoral Central ha tenido que determinar en numerosas ocasiones la neutralidad temporal asociada a espacios concretos. La neutralidad se construye aquí a partir de la prohibición implícita contenida en el art. 50.2 de la LOREG, que considera a los partidos, candidatos, federaciones, agrupaciones y coaliciones los únicos sujetos legitimados para captar sufragios durante la campaña. Por lo tanto, ello genera un tiempo en el que los poderes públicos no podrán llevar a cabo actuaciones –en nuestro caso simbólicas– que puedan ser consideradas partidistas, desnivelando la igual competición entre formaciones. La doctrina es abundante y los conflictos significativos, sobre todo desde que se iniciara el *procés* independentista en Cataluña.

En tal sentido, y sin ánimo de ser exhaustivos, los Acuerdos 55 y 383/2019 de la Junta Electoral Central, establecieron que la bandera estelada y los lazos amarillos simbolizaban las aspiraciones de una parte de la sociedad catalana, pero no de toda ella. Los partidos pueden hacer uso libre de los símbolos que consideren oportunos, pero los poderes públicos estarían obligados a ser rigurosamente neutrales en procesos electorales, en particular en los espacios tutelados por ellos⁷. Según la Junta Electoral Central, por

⁶ En cuanto al tiempo, ver Cuocolo (2009). El espacio como producción social y jurídica, en Lefebvre (1976).

⁷ La STS 1841/2016, que abordó los recursos a los Acuerdos de la Junta Electoral Central que acabamos de citar, señaló que lo relevante no era que la bandera estelada perteneciera o no a un partido sino que no pertenecía y no se identificaba con la comunidad de ciudadanos que en su conjunto, con independencia de mayorías y minorías, constituye jurídicamente el referente territorial de cualquiera de las administraciones, siendo notorio que era un símbolo de la reivindicación independentista de una parte de los ciudadanos catalanes. Asimismo, apuntó que la actividad partidista era incompatible con el deber de objetividad y neutralidad de la administración pública, **algo esencial, además, para garantizar el sufragio igualitario en periodo electoral.**

espacio público habría que entender “cualquier edificio público, local electoral, lugar de titularidad pública o cualquier espacio que esté bajo el control de la administración pública, incluyendo el mobiliario urbano dependiente de los ayuntamientos y otras administraciones”⁸.

Merece la pena reseñar, para acabar con la cuestión del tiempo electoral, otras dos decisiones que relacionan símbolos y neutralidad. Por un lado, el Acuerdo de 18 de diciembre de 2017 de la Junta Electoral Provincial de Barcelona, que corrigiendo a la Junta Electoral de Zona de Barcelona determinó que los símbolos oficiales no eran de carácter partidista y podían considerarse neutrales desde un punto de vista político. Se trataba de una bandera oficial de España y de Cataluña en un despacho de un concejal, pero visibles desde la calle. Por otro lado, en el Acuerdo 619/2015 la Junta Electoral Central estableció que los miembros de las mesas, interventores y apoderados que participaran en la jornada electoral en el interior de los colegios, no podían utilizar vestimentas o símbolos que contuvieran alusiones partidistas.

El espacio, su tratamiento simbólico y su relación con el ejercicio de derechos fundamentales, es una cuestión más compleja que la del tiempo (Aláez Corral, 2017). Conviene comenzar apuntando que existe una superestructura ideológica que condiciona la infraestructura espacial (Bastida Freijedo, 2016). Es decir, el paso del Estado liberal al Estado democrático provocó una reconsideración del espacio urbano como ámbito propicio para el ejercicio de derechos de participación en un sentido amplio (libertad de expresión, reunión y asociación). Si el siglo XIX se caracterizó por un despliegue restrictivo de la participación, las calles y plazas de las ciudades terminaron por convertirse en los ámbitos de protesta propicios que precedieron la consecución del sufragio universal. Durante el siglo XX los partidos y sindicatos parece que hubieran monopolizado el uso del espacio público con fines políticos, ajustándose a la construcción de una esfera pública de carácter vertical y en parte elitista según el diseño de Habermas (Innerarity, 2006). La situación actual sería verdaderamente paradójica: la privatización comercial de los centros de las ciudades, la formación de guetos culturales y la expansión incontrolada de lo urbano haría más difícil el uso de un espacio público que, sin embargo, se presenta como la continuación física ideal de un ágora digital que ha sido caracterizada como democracia simulativa (Blühdorn, 2020).

En la utilización de símbolos partidistas, la primera cuestión a dilucidar es saber qué es espacio público. En términos políticos, la jurisprudencia y la doctrina norteamericanas han construido la teoría de los foros públicos,

⁸ En el mismo sentido, Acuerdo de la Junta Electoral Central 91/2019.

ámbitos informales de carácter físico donde la ciudadanía puede participar, en nuestro caso, haciendo uso de los símbolos (Vázquez Alonso, 2017). Así, frente a los foros privados –por ejemplo, domicilios y otros recintos comerciales– habría que distinguir entre foros tradicionales (calles y plazas), donde existe la máxima libertad de acceso en el ejercicio de los derechos fundamentales, y foros calificados como abiertos al público con un uso determinado, donde el Tribunal Supremo admite limitaciones y restricciones importantes (teatros, museos, aeropuertos o recintos deportivos). En España, esta distinción puede observarse en las modalidades de reunión en lugares cerrados y en lugares de tránsito público que realiza la LO 9/1983, reguladora del derecho de reunión.

La delimitación normativa del espacio público es determinante para la solución de una controversia en la que la muestra de un símbolo político puede ser consecuencia del ejercicio de un derecho fundamental. Así, la sentencia 16861/2003 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, consideró que la resolución del alcalde de Torreldones, que ordenaba la retirada de la bandera tricolor republicana de un chiringuito del partido Izquierda Unida donde ondeaba en las fiestas patronales por generar eventualmente alguna situación de riesgo y de alteración del orden público, suponía una vulneración del derecho a la libertad de expresión. Aunque el Tribunal se centre en el posible carácter discriminatorio, racista o incitador del odio de la bandera republicana, es evidente que la argumentación se sostiene sobre un a priori implícito de cierta relevancia: el recinto ferial de una localidad es un foro abierto al público donde los ciudadanos pueden ejercer una libertad (de expresión) simbólica que concurre en un espacio idóneo para participar colectivamente.

Nótese que ese espacio público demanial, propicio para que los ciudadanos ejerzan la participación política no formalizada, se presenta también como un campo fértil para que los poderes públicos puedan tomar parte en las batallas simbólicas de nuestro tiempo. Dejamos de lado, pues no es nuestro tema, las campañas y mensajes de sensibilización que las administraciones públicas pueden realizar en el marco de lo que se ha llamado nuevo derecho *paternalista*⁹. Los poderes públicos, en el espacio público demanial deben de ser contenidos a la hora de mostrar símbolos que no sean constitucional, estatutaria o legalmente oficiales. La sentencia 579/2018 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, abordó un recurso contra la decisión del acuerdo municipal que ordenaba la colocación de un mástil con una bandera independentista al alcalde de Sant Cugat. Al margen de algunas

⁹ Y que tendrían soporte en el principio de dirección política del art. 97 CE. Sobre el concepto y desarrollos del llamado derecho paternalista, ver Alemany (2006). En términos filosóficos, ver Thaler y Sunstein (2009).

cuestiones consolidadas –las instituciones no gozan de derechos fundamentales y la decisión mayoritaria no avala la legalidad de la sucesión de actos que se produjo– el Tribunal determinó que la colocación de un mástil y una bandera estelada de forma permanente en un espacio público tutelado por los poderes públicos, supuso la privatización del espacio de uso común porque el símbolo tenía carácter partidista. Se vulneraron, de esta forma, los principios de objetividad y neutralidad que deben guiar la actuación de las administraciones.

Si nos alejamos de los foros públicos, la cuestión simbólica se centra en la colocación de banderas, emblemas o estandartes –incluso pancartas– en los edificios públicos. Pero, ¿qué hay que entender por edificio público? La doctrina no ha abordado con precisión esta cuestión, dada la dificultad de relacionar el espacio físico con un régimen jurídico que en ocasiones tiene una dimensión mixta, es decir, público –privada. En nuestra opinión, además de los edificios oficiales –gobiernos, parlamentos, ayuntamientos y órganos directamente dependientes de estos– hay que entender por edificio público todo espacio físico interior y exterior relacionado con lo que la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público considera el ámbito subjetivo del sector público (art. 2): administración general del Estado, las administraciones de las Comunidades Autónomas, las entidades que integran la administración local y, por último, el sector público institucional (organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de las administraciones públicas, las entidades de derecho privado vinculadas o dependientes de las administraciones públicas, cuando ejerzan potestades administrativas, y las universidades públicas).

Dentro de los edificios públicos, la jurisprudencia ordinaria ha ido delimitando de forma casuística los conflictos entre derechos fundamentales, la colocación de símbolos y lo que puede considerarse como espacio propiamente público o privativo de personas que trabajan o representan a los ciudadanos en las distintas administraciones¹⁰. En cuanto al espacio propiamente público, la colocación de dos banderas republicanas por el Ayuntamiento de Buñol en un balcón de la fachada lateral del consistorio –manteniéndose las banderas oficiales en los mástiles del balcón principal– vulneró diversos preceptos de la Ley 39/1981 por la que se regula el uso de la bandera de España

¹⁰ Dicho esto, hasta donde nosotros sabemos, nadie se ha cuestionado la compatibilidad del uso de fachadas y balcones como soporte simbólico en aquellas viviendas que estén sujetas a la Ley 49/1960, de propiedad horizontal. No es el tema del presente estudio, pero resulta claro que la fachada es un elemento común, según el art. 3 de la Ley citada, estableciéndose que el copropietario no podrá modificar sus instalaciones o servicios cuando esto suponga alterar la configuración o estado exterior del piso o local o perjudicar los derechos de otros propietarios (arts. 7, 16 y 17 de la Ley 49/1960).

y otros símbolos oficiales: además de no respetarse el deber de objetividad y neutralidad que debe regir la actividad de las administraciones públicas, se utilizó el edificio municipal para la exhibición de una bandera que reflejaría una determinada ideología que choca con lo dispuesto en el art. 1.3 CE (la forma política del Estado es la monarquía parlamentaria)¹¹.

Con respecto a la delimitación del espacio público para un uso privativo donde se coloquen símbolos, la jurisprudencia ordinaria y los pronunciamientos administrativos también han sido más o menos claros (aunque no abundantes y cualitativamente significativos). El Tribunal Administrativo de Navarra –que agota la vía administrativa– señaló en la Resolución 4863/2013 que la exhibición de símbolos no oficiales en espacios municipales propios pero que se vean desde el exterior –bandera republicana pegada a los cristales del despacho del grupo municipal– puede dar lugar a confusión entre la ciudadanía sobre la pretendida oficialidad del símbolo en cuestión. Ello habilita una competencia de la alcaldía para ordenar su retirada en virtud del ornato y protección de los espacios públicos. El Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, en el mismo sentido, ha sentenciado la licitud del requerimiento del Delegado del Gobierno para retirar una bandera republicana de un balcón del Ayuntamiento de Miranda de Ebro que era de uso exclusivo de los concejales de Izquierda Unida: la libertad de expresión de los concejales no ampara el uso de símbolos no oficiales “ni en el balcón principal, ni en cualquiera de sus fachadas o ventanas, se trate o no de un mástil o cualquier otro tipo de exhibición pública, de otra bandera que no sea la oficial o la propia bandera del Municipio”¹².

Por el contrario, las libertades de expresión e ideológica sí ampararían que, dentro de los despachos propios de cada representante, concejal o grupo político, de un ayuntamiento u otra institución pública, se colocaran o exhibieran banderas, carteles, pancartas, anuncios, fotografías, escritos o cualesquiera otros elementos en que se plasman sus ideas. Este es el parecer, a nuestro modo de ver correcto, de nuevo del Tribunal Administrativo de Navarra en su Decisión 179/2015, que abordó la legalidad de un requerimiento de la alcaldía para que un concejal del partido Bildu retirara de su despacho una ikurriña, bandera no oficial en la Comunidad Autónoma de Navarra. En definitiva, la licitud de la demostración de símbolos descansa en buena medida en el uso público o privado que se haga de los mismos a partir de su previa y no siempre fácil delimitación jurídico-espacial (Bauzá Martorell, 2021).

¹¹ Sentencia de lo Contencioso Administrativo de 2 de febrero de 2018, nº de recurso 168/2017.

¹² Sentencia de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, nº 5043/2015.

IV. BREVE EXCURSO: LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA PRAXIS SIMBÓLICA

Una de las cuestiones clave a la hora de abordar los conflictos que estamos analizando es determinar previamente los sujetos y los posibles derechos fundamentales que puedan estar ejerciendo en el contexto de la praxis simbólica dentro de un espacio público determinado. Los sujetos, ya los hemos identificado: las instituciones públicas y los ciudadanos y grupos, bien sean partidos, sindicatos o cualquier otro tipo de asociación amparada por la ley. Veamos ahora, brevemente, qué derechos fundamentales pueden ejercer y con qué limitaciones unos y otros.

Ha sido frecuente que en los asuntos que han tenido que dirimirse ante la jurisdicción ordinaria, las instituciones y organismos públicos utilicen el argumento de que las libertades de expresión e ideológica ampararían una política simbólica que obedeciera a la voluntad política mostrada por las personas que los integran. Sobre esta cuestión, apenas existe discusión: es reiterada y pacífica la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que sostiene que las instituciones públicas, a diferencia de los ciudadanos, no gozan del derecho fundamental a la libertad de expresión que proclama el art. 20 CE (SSTC 254/1993, 14/2003 y 244/2007). Son los ciudadanos, y no las instituciones, los que básicamente –con la excepción, por ejemplo, de la tutela judicial efectiva o la inviolabilidad del domicilio– disfrutan de derechos fundamentales. Nadie duda de que la administración pública puede *hablar* a los ciudadanos haciendo uso de las *potestades* y *competencias* que tiene atribuidas, teniendo en cuenta el art. 97 CE, el principio de pluralismo (art. 1.1 CE) y las diferentes fuentes del derecho que la Constitución y los Estatutos reconocen.

Ahora bien, en el marco simbólico si los poderes públicos se inmiscuyen en el debate político hablando en nombre de la colectividad y utilizando medios que son de todos para tomar partido por una determinada causa objeto de controversia, se estaría desnivelando dicho debate porque lo que dice una institución no solo puede tener efectos jurídicos, sino que viene acompañado de una *auctoritas* que puede desequilibrar el igual peso que debe tener en el proceso de comunicación pública toda opinión que circula en él (Zunón Villalobos, 2016: 8). En torno a esta cuestión, tampoco debería quedar en el olvido, a nuestro parecer, el concepto constitucional de vinculación positiva de los poderes públicos al ordenamiento jurídico (Galán, 2010).

El acercamiento es completamente distinto en el caso de los ciudadanos. Como ya hemos apuntado, la ciudad, las calles y el espacio común son ámbitos ideales donde expresar el contenido político de la vida pública, la manera como se debaten y definen los asuntos de interés colectivo y se ejerce la ciudadanía. Cuando se utilizan símbolos en el espacio demanial, los sujetos que no son instituciones pueden estar ejerciendo la libertad ideológica amparada

en el art. 16 CE y la libertad de expresión reconocida en el art. 20.1 CE. Ambos derechos protegen todo tipo de formas de emisión de opiniones, tanto las orales como escritas, como otras de carácter gestual o simbólico, como puede ser aplaudir, abuchear, colgar o exhibir un lazo de determinado color¹³. Como se sabe, el orden público protegido por la ley y el respeto de otros derechos fundamentales reconocidos en el Título I de la Constitución –en particular, el honor, la intimidad y la imagen– se presentan como límites a la libertad ideológica y de expresión, respectivamente. Por consiguiente, puede afirmarse que los ciudadanos y grupos cuentan con una presunción *favor libertatis* a la hora de emplear el espacio urbano como ámbito para sus mensajes simbólicos.

Ahora bien, esta presunción debe conjugarse, como acabamos de señalar, con otros derechos y principios constitucionales. Dejemos de lado, por el momento, el concepto de neutralidad, que será abordado más adelante. En su función de policía administrativa, algunas leyes –de dudosa constitucionalidad– permiten a los poderes públicos prohibir o retirar de los foros públicos símbolos asociados a ideologías consideradas totalitarias o que puedan resultar *ofensivos* para ciertos colectivos por su orientación sexual¹⁴. Asimismo, el art. 85 de la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, señala que el uso de los bienes de dominio público debe hacerse “de acuerdo con la naturaleza del bien”. En tal sentido, la utilización de símbolos en el espacio demanial público podría verse limitada por razones de limpieza: ensuciar el casco urbano con banderas, pancartas o lazos no solo puede perjudicar el patrimonio artístico o cultural (art. 46 CE), sino el propio medio ambiente (Martínez Otero, 2020). Como puede comprobar el lector, las tareas de policía administrativa en materia simbólica no contarían, con la

¹³ En el presente trabajo no vamos a abordar la polémica constitucional sobre la posible quema de símbolos, por ejemplo, la bandera. Como se sabe, el Tribunal Supremo de Estados Unidos declaró la Ley de Protección a la bandera de 1989, impulsada por el presidente Bush, contraria a la Primera Enmienda, basándose en la conocida doctrina de *Texas v. Johnson* (1989). La jurisprudencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos sobre el lenguaje simbólico ha tenido acogida por el TEDH y se ha aplicado a distintas manifestaciones de la libertad de expresión. No ha sido el caso de nuestro Tribunal Constitucional, como pudo verse en la sentencia 190/2020. Sobre estas cuestiones, en general, ver Climent Gallart (2016).

¹⁴ Véase el art. 6 de la Ley 19/2007, contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte o las numerosas leyes autonómicas de igualdad de trato y no discriminación del colectivo LGTBI, que incorporan la posibilidad de que las administraciones no solo retiren, sino que sancionen el uso de expresiones –pueden incluirse símbolos– que se consideren subjetivamente vejatorias y que inciten a ejercer la violencia contra los miembros de dicho colectivo. Tales normas no solo vulneran la reserva de ley orgánica (art. 81 CE) cuando se trata de desarrollar derechos fundamentales, sino que no respetan el monopolio del poder judicial para limitar la libertad de expresión (art. 20.5 CE).

problemática excepción aludida, con un soporte legislativo claro que designara en qué situaciones y circunstancias un símbolo puede ser retirado de la vía pública.

V. CONFLICTOS JURÍDICOS EN TORNO AL USO DE BANDERAS Y OTROS SÍMBOLOS EN EL ESPACIO PÚBLICO E INSTITUCIONAL

Los conflictos en torno a símbolos en el espacio público en España han sido muy frecuentes desde prácticamente el inicio de la década de 1990. Como dijimos al comienzo, la a veces difícil convivencia entre nacionalismos dentro del propio Estado ha propiciado una “guerra de banderas” nada despreciable y con amplio reflejo en la jurisprudencia ordinaria. El nacionalismo español ha pasado, desde que echó a andar la democracia en 1978, por distintas fases esencialistas y banales (eventos deportivos), mientras que los nacionalismos periféricos tampoco han tenido, a pesar de lo que pueda pensarse, una convivencia pacífica en términos simbólicos: recuérdese que en Cataluña la señera oficial ha pretendido ser sustituida por la estelada, mientras que en el País Vasco el concepto cultural de Euskal Herria ha llevado a que la izquierda nacionalista reivindique nuevos símbolos que reemplacen a los oficiales para representar una nueva entidad política que también incluya a Navarra¹⁵.

El problema de la confrontación simbólica ha pasado, en la década de 2010, de las instituciones a los foros públicos, es decir, calles y lugares habitados para que los ciudadanos puedan participar. Es de sobra conocido todo lo sucedido durante el *procés* independentista en Cataluña y la emergencia del concepto de neutralidad para tratar de poner límites a la potencia simbólica del nacionalismo irredentista. Sea como fuere, más allá de lo nacional, es patente una repolitización de la sociedad española que ha llevado a los partidos y movimientos sociales a canalizarla a través de un uso cada vez más frecuente de símbolos en todo tipo de espacios públicos (incluidos los edificios oficiales). Esa repolitización ha conducido a una puesta en cuestión de la legitimidad constitucional y de toda la simbología consensuada durante la Transición. Se trata de dar una visión panorámica sobre los niveles conflictuales surgidos y las soluciones jurisdiccionales halladas por los jueces y tribunales ordinarios. Vale recordar, en tal sentido, que, a pesar de todo el escenario descrito, sigue vigente la Ley 39/1981 por la que se regula la bandera de España y el de otras banderas y enseñas. El art. 3.1 de dicha Ley señala lo siguiente: “La bandera de España deberá ondear en el exterior y

¹⁵ Ver el capítulo octavo del trabajo, ya citado, de Moreno Luzón y Nuñez Seixas (2017). Sobre el nacionalismo banal, ver Billig (2014). Por último, la tensión simbólica nacionalista en el País Vasco, en Luengo Teixidor (2015).

ocupar el lugar preferente en el interior de todos los edificios y establecimientos de la Administración central, institucional, autonómica, provincial o insular y municipal del Estado”.

1. *La obligación de utilizar la bandera de España en edificios y actos públicos y sus incumplimientos*

El incumplimiento de la obligación de utilizar la bandera de España en todos los edificios públicos establecida por el art. 3.1 de la Ley 39/1981 comenzó a generalizarse en el País Vasco a finales de la década de 1980. La STS 2617/1988, en relación con la inobservancia del Ayuntamiento de Bilbao del requerimiento del Gobierno Civil para que figurara la enseña nacional junto con la de la Comunidad Autónoma y la del propio municipio en el exterior de la casa consistorial, subrayó que el art. 4.2 CE debería haber bastado para el adecuado uso de la bandera. La Ley 39/1981 vendría a utilizar expresiones gramaticales en sentido imperativo. Por tanto, “existe una exigencia legal de que la bandera de España ondee todos los días y en los lugares que expresa, todo ello como símbolo que los edificios o establecimientos de las Administraciones Públicas del Estado son lugares donde se ejerce directa, o delegadamente, la soberanía y en ellos se desarrolla la función pública en toda su amplitud e integridad”.

La STS 5429/2007 tuvo que abordar un recurso de casación del Gobierno Vasco en el que alegaba “extemporaneidad” del requerimiento de colgar la bandera de España, que llevaba 20 años sin ondear en la Academia de Policía Vasca de Arkaute. El Tribunal Supremo determinó que una actuación administrativa continuada no consolidaba ninguna ilegalidad y que la situación de inseguridad jurídica no provenía de la exigencia del cumplimiento de la Ley sino de la actuación anterior. En términos procesales, la STS 6564/2008 estableció que no era necesario el requerimiento previo del incumplimiento de la Ley 39/1981 para el acceso a la vía jurisdiccional, dejando claro que el verdadero contenido del recurso era la inactividad permanente en la ejecución de lo que dispone la norma del Estado. Pese a ello, han sido frecuentes las ejecuciones fraudulentas de fallos judiciales, como fue el caso de las Juntas Generales de Guipúzcoa, que, junto a la bandera de España situada en el lugar legalmente asignado, colocaron una placa con la siguiente inscripción: “he ahí la bandera, símbolo de esta situación, puesta; por quien no desea hacerlo, a la que el viento ondea con ironía”¹⁶.

¹⁶ La STS 7725/2011, afirmó la ejecución fraudulenta de la anterior sentencia de la misma Sala, alegando que el derecho a la tutela judicial efectiva comprende la ejecución de los fallos judiciales y, en consecuencia, su presupuesto lógico es el principio de inmodificabilidad o de intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes. Como consecuencia

2. *Instalación de banderas y otros símbolos autonómicos en otras Comunidades Autónomas*

Como hemos apuntado, el art. 4.2 CE establece que los Estatutos podrán reconocer banderas y enseñas propias de las Comunidades Autónomas. La STC 94/1985 resolvió el conflicto de competencia promovido por la Diputación Foral de Navarra que solicitaba la facultad exclusiva para disponer sobre el uso de su escudo de armas, frente al Acuerdo del Consejo General Vasco, que adoptó en noviembre de 1978 su escudo e incluyó en el mismo las cadenas del escudo de Navarra ante la previsión de que la Comunidad Foral se incorporara al País Vasco según lo previsto en la Disposición Transitoria 4ª CE (González García, 2021). En dicho pronunciamiento, el Tribunal Constitucional optó por un criterio puramente competencial para resolver el conflicto (las competencias de las Comunidades Autónomas no se deducen solo de las cláusulas específicas establecidas en los arts. 148 y 149 CE, sino de cláusulas como el art. 4.2 CE que contienen reservas estatutarias)¹⁷. Así las cosas, los símbolos no pueden ser utilizados sin el consentimiento de la Comunidad Autónoma a que corresponden, ni apropiarse de ellos aisladamente, ni integrándolos como tales símbolos identificadores en el emblema de otra Comunidad. El contenido de la competencia así definida supone, por consiguiente, un límite de los poderes de cada Comunidad Autónoma para establecer o configurar su propio emblema.

Con respecto a la instalación de banderas autonómicas en otras Comunidades Autónomas, inicialmente el Tribunal Supremo –Sentencia de 15 de junio de 1993– consideró que la colocación de la *ikurriña* en municipios de Navarra no contravenía la Ley 39/1981 si no se oponía a la legislación autonómica en la materia (Ley Foral 7/1986 de Símbolos de Navarra) y permanecían ondeando las banderas oficiales de Navarra y España. Ese había sido el parecer de la Sentencia de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Navarra en su Sentencia de 20 de junio de 1990: la “cuarta bandera” era legal porque las leyes de banderas estatal y autonómica prescribían unas, pero no prohibían otras. En nuestra opinión, esta jurisprudencia ha ido variando según subía la intensidad del nacionalismo vasco y se fue transformando en soberanismo con ambiciones territoriales sobre la Comunidad Foral de Navarra¹⁸.

de esta Sentencia, las Juntas Generales dictaron una Resolución en la que afirmaban no estar de acuerdo con la obligación de colocar la bandera española ya que se trataba de una imposición inadmisibles que iba con los sentimientos de la mayoría de los ciudadanos. Dicha Resolución fue posteriormente anulada por la STS 2403/2016. Todas estas cuestiones, con detalle, en Troncoso (2018: 44 y 45).

¹⁷ Una crítica a este argumento, en Garrorena Morales (2005: 1026).

¹⁸ Recuérdese, en tal sentido, el conocido como “Plan Ibarretxe”, reforma del Estatuto del País Vasco en clave soberanista que establecía nuevas e intensas relaciones con

Así las cosas, finalmente se ha ido imponiendo el principio *inclusio unius exclusio alterius*: en la Sentencia 564/2008, el Tribunal Superior de Justicia de Navarra consideró que existía fraude de ley al colocar la bandera oficial del País Vasco a escasos metros de la fachada de un ayuntamiento. La vulneración también puede ser flagrante mediante artificios como los de alterar el ámbito material de aplicación de reglas con subversión de su finalidad. En cualquier caso, el argumento principal reside en que el régimen legal es taxativo: con las banderas y otros símbolos solo puede hacerse lo que está normativamente permitido, prohibiéndose hacer algo distinto. La sede municipal comprendería cualquier espacio, dependencia o instalación municipal vinculada a aquella por su proximidad, función u otras características. Argumentos parecidos se siguieron en la Sentencia 335/2013, también del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, en la que se analizó la existencia de vías de hecho para la exhibición en ayuntamientos de banderas ajenas a la Comunidad Foral, en virtud de la hoy derogada Ley Foral 24/2003, de símbolos de Navarra, que permitía extraordinariamente la presencia de banderas de otras autonomías exclusivamente como acto de cortesía con autoridades en visita oficial.

3. *La exhibición en edificios públicos de banderas y símbolos partidistas.*

Los símbolos partidistas son aquellos que asumen posiciones políticas, ideológicas o religiosas de una parte de la sociedad, procurando provocar una adhesión racional o emocional a las mismas. Se trata, por tanto, de mensajes cercanos a la publicidad o a la propaganda, y que dividen a la comunidad política (Vázquez Alonso, 2017:49). La doctrina sentada por la jurisprudencia reciente resulta nítida con respecto de banderas que pretenden identificar a la colectividad desplazando a los símbolos oficiales: piénsese en la bandera de la II República o la bandera estelada. Más dudas están suscitando otros símbolos –la bandera arcoíris o, por ejemplo, la exhibición de la bandera de Ucrania– que no quieren describir la identidad completa de la comunidad política, sino defender pública y ocasionalmente una determinada causa.

Con respecto a esta última cuestión, recientes pronunciamientos han discutido la legalidad de establecer vías de hecho que sirvan para colocar banderas arcoíris que reivindican los derechos del colectivo LGTBI¹⁹. Por

Navarra que llegaban a la fusión y la configuración de un nuevo “fragmento de Estado”. Al respecto, ver Solozábal (2003).

¹⁹ Mediante auto de 26 de junio de 2020, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Cádiz, suspendió la decisión de enarbolar la bandera arcoíris en la fachada del Ayuntamiento de Cádiz y ordenó su retirada, entendiendo que se trataba de una bandera no oficial. Por su parte, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 3 de Madrid,

ejemplo, la Sentencia de 1 de julio de 2022, del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León aborda la colocación de la bandera en un patio interior de la Diputación de Valladolid por funcionarios de la institución, en virtud de un acuerdo del Pleno del año 2014. El Tribunal Superior, basándose en la jurisprudencia del Tribunal Supremo que aludiremos a continuación, razona que el deber de objetividad y neutralidad de las Administraciones Públicas impide colocar banderas y símbolos distintos a los oficiales en el exterior de edificios y espacios públicos. En el FJ 3 apunta que la bandera arcoíris es un símbolo con carga o significación ideológica: “la realidad social y política demuestra, precisamente, que en el epicentro del debate político se hallan posiciones encontradas de diferentes partidos y grupos sociales [...] la lucha por determinados derechos del colectivo LGTBI en concreto el matrimonio homosexual, la adopción o el aborto son cuestiones que directamente dividen a los ciudadanos hasta el punto que son también los partidos políticos quienes residen ante el Tribunal Constitucional diferentes recursos contra estas cuestiones”.

Por el contrario, la Sentencia nº 261/2022 del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha entendido compatible con el ordenamiento jurídico la instalación de una pancarta con la bandera arcoíris en el Ayuntamiento de Zaragoza, porque no vulnera la neutralidad ideológica al considerarse una acción positiva prevista por el art. 2.2 de la Ley 18/2018 de igualdad y protección integral contra la discriminación por razón de orientación sexual, expresión e identidad de género de la Comunidad de Aragón²⁰. Sin embargo, el motivo fundamental para avalar la colocación del símbolo reivindicativo ha sido que una pancarta no es una bandera: las banderas serían telas rectangulares que se aseguran por uno de sus lados a una asta y que se enarbolan y ondean, cosa que no puede hacer una pancarta (FJ 4). El escapismo argumentativo parece evidente, estando ausente cualquier consideración sobre el posible uso partidista de un edificio y un espacio que deben ser considerados públicos a efectos de la posible ponderación de las competencias de los poderes públicos en materia simbólica.

Cuando el conflicto ha tenido que ver con símbolos oficiales que representan las diferentes comunidades políticas reconocidas en la Constitución –estatal, autonómica y local– los tribunales han sido mucho más categóricos.

médiate auto de la misma fecha, avaló la exhibición de la bandera en el Ayuntamiento de Alcalá de Henares.

²⁰ Este argumento coincide parcialmente con las razones expuestas por Presno Linera (2020), que considera que la cuestión simbólica en lo relativo a la colocación de banderas arcoíris en los edificios públicos podría estar avalada por el art. 9.2 CE, al ser una acción idónea para promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas.

La Sentencia 2932/2014 del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco es la primera, hasta donde hemos podido saber, que utilizó, invitada por la Abogacía del Estado, el principio de neutralidad para justificar la ilegalidad de la colocación de la bandera republicana con ocasión de la proclamación de la II República. Mientras que el Juzgado de Instancia consideró la colocación un hecho histórico y conmemorativo, el Tribunal Superior señaló que las administraciones públicas deben actuar conforme al art. 103.1 CE con el siguiente razonamiento: “A la imagen exterior de los edificios públicos les es inherente y les resulta indisociable su sentido en la organización político-institucional del Estado, que no puede ser arbitrada en cada momento y ocasión por quienes ejercen las potestades que les caracterizan, por más que estas provengan del sufragio o la voluntad popular” (FJ 3). Esta interpretación ha sido refrendada, en lo que puede ser considerado como el *leading case* casacional en la materia, por el Tribunal Supremo en la Sentencia 1163/2020, en relación a la bandera independentista de Canarias: su colocación en el mástil del Ayuntamiento de Santa Cruz de Tenerife, por acuerdo de la corporación municipal, no respeta el deber de objetividad y neutralidad de las administraciones públicas, pues no puede atribuírsele la representatividad del pueblo canario, que cuenta con sus propios símbolos estatutarios y legales (FJ 6).

VI. LA NEUTRALIDAD INSTITUCIONAL Y LAS MANIFESTACIONES SIMBÓLICAS EN EL ESPACIO PÚBLICO

Como acabamos de ver, juzgados y tribunales ordinarios han venido utilizando los principios de objetividad y neutralidad para justificar sus decisiones en torno a la legalidad del uso de símbolos no oficiales o partidistas en el espacio público, en particular en sedes de ayuntamientos. En la doctrina y opinión pública se ha definido esta neutralidad como “institucional” y se ha identificado con el principio de objetividad del art. 103.1 CE. Empecemos por recordar que la noción de neutralidad no es ajena al derecho constitucional: difícilmente puede hablarse de Constitución neutral, pero es perfectamente posible considerar la existencia de esferas de neutralidad *en* la Constitución (Vázquez Alonso, 2022). Como ya hemos señalado en otro lugar, dentro del constitucionalismo la neutralidad aparece como sustantivo con mandatos concretos para el Estado (neutralidad internacional, religiosa o propiamente institucional) o como adjetivo, cuando secundariamente ayuda a describir la relación entre poderes, la apertura del Estado hacia el pluralismo o la despolitización (jefe del Estado neutral, Constitución económica o Estado regulador) (de Miguel Bárcena, 2022).

En cualquier caso, la neutralidad de la administración pública ha tenido cierto reconocimiento en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En la sentencia 77/1985, el Alto Tribunal identificó el principio de neutralidad de

la administración con la objetividad del art. 103.1 CE, lo que implicaría “un mandato de mantener los servicios públicos a cubierto de toda colisión entre intereses particulares e intereses generales”. La STC 151/1999 definió la neutralidad como regla ética del obrar de los cargos públicos, cuyo incumplimiento justifica la sanción penal en forma de inhabilitación, en especial aquellos que operan en el contexto de la representación política (art. 23 CE). En la STC 190/2001 se recordó que RTVE no es una empresa de tendencia, sino un servicio público obligado a mantener la neutralidad ideológica reconocida en el art. 103.1 CE. Por último, en la STC 80/2002 se afirmó que la “Administración Electoral debe ser neutral ejerciendo sus funciones al servicio de quienes concurren a los comicios”.

La pregunta pertinente, en nuestro ámbito, es si cabe una identificación entre neutralidad institucional y objetividad administrativa. La objetividad, como la imparcialidad del art. 103.3 CE, actúa como técnica para lograr que la intensidad de la vinculación de la administración al principio de legalidad sea plena, reduciendo a la mínima expresión el margen de apreciación que en la interpretación y aplicación de la legalidad siempre dispone el funcionario. A este se le impone la obligación de que sus labores hermenéuticas se ajusten en la medida de lo posible a la voluntad de la ley, prescindiendo del interés subjetivo del funcionario (García Acosta, 2011: 35). No hace falta recordar que el legislador no puede expresar con exactitud lo que una estructura administrativa debe hacer en un supuesto de hecho, sino que siempre se le atribuye a esta la capacidad de aplicar las normas de diferentes maneras, en función de factores como las circunstancias y estimaciones de oportunidad, evitando la arbitrariedad (Sánchez Morón, 2010: 64).

Planteando una posible identidad entre objetividad y neutralidad de la administración, Garrido Falla habla de “neutralidad política de la administración” y de “neutralidad administrativa del gobierno” (Garrido Falla, 1994:68-70). La primera noción encontraría sentido en el principio de objetividad del art. 103.1 CE, mientras que la segunda equivaldría a una función pública profesionalizada, a partir de lo dispuesto en el art. 103.3 CE. Santamaría Pastor, por su parte, encuentra una cierta continuidad –que no identidad– entre la objetividad y la neutralidad administrativa, que en este último caso significaría la disponibilidad de la burocracia frente a cualquier opción política que ostente el gobierno (Santamaría Pastor, 1991: 249). Es decir, el deber de servicio leal y eficaz a las directrices provenientes del partido gobernante, cualquiera que fuese su coloración política. Estas aproximaciones evidencian que cuando la objetividad es neutralidad institucional, se alude a una limitación jurídica imprecisa sobre los rasgos políticos que podrían desarrollarse autónomamente en el seno de un sistema administrativo (Nieto, 1991: 2215).

En tal sentido, dado que la administración está llamada a perseguir activamente determinados intereses públicos reconocidos en la Constitución mediante el principio de dirección política (art. 97 CE), se ha señalado que los poderes públicos deben tomar una posición activa para promover derechos y libertades de los ciudadanos y establecer un marco de convivencia que los garantice y potencie. Por lo tanto, no pueden ser neutrales, tampoco en materia simbólica: sería el pluralismo, principio positivizado en la Constitución (art. 1.1 CE) y con un asiento normativo mucho más sólido que el de neutralidad, el que debería resolver los conflictos sobre banderas y otros emblemas que se mostraran en los distintos espacios públicos que hemos definido con anterioridad, sobre todo cuando no estemos ante símbolos oficiales, sino ante símbolos sectoriales que sirvan para defender puntualmente una causa social o política determinada (Martínez Otero, 2021: 57).

En nuestra opinión, el pluralismo es un principio que se ajusta mejor a la posible revisión de actos políticos que puedan canalizarse formalmente mediante declaraciones o resoluciones sobre todo de corporaciones locales, donde la mixtura entre lo ejecutivo y propiamente normativo permite desplegar una autonomía constitucionalmente garantizada (Alegre Ávila, 2020). Sin embargo, cuando hablamos de símbolos, la neutralidad institucional puede ser útil como un *concepto* jurídico que amplíe el sentido de la objetividad prevista en el art. 103.1 CE: anudada a la neutralidad institucional, la objetividad no solo haría referencia a la especial intensidad de la vinculación de la burocracia a la legalidad, sino a la necesaria contención política de las administraciones públicas cuando actúen con voz propia en los diferentes espacios públicos que ocupan y gestionan (Celador Angón, 2020). Consideramos esta cuestión importante porque los símbolos son una cuestión de especial trascendencia que tienen relación directa, ya lo vimos en el segundo epígrafe, con la integración constitucional.

Siendo esto así, pocas dudas caben de que los símbolos que pretendan identificar a la colectividad y desplazar en el espacio público institucional a los símbolos oficiales de carácter nacional o estatutario, resultan incompatibles con las normas constitucionales, estatutarias y legales (Ley 39/1981). Dichas normas no solo son suficientemente asertivas y taxativas como para ser interpretadas en un sentido amplio o contradictorio por los poderes públicos, sino que expresan, insistimos, un sentido integrador al racionalizar jurídicamente mitos y otras expresiones emocionales que sirven para crear conciencia de comunidad en una sociedad. En tales casos, la neutralidad no es una noción clave para resolver conflictos, sino que estos deben encauzarse teniendo en cuenta el principio de lealtad constitucional y la imposibilidad de considerar lícitas decisiones simbólicas adoptadas democráticamente por ejemplo en un pleno municipal, pues la vinculación

entre Estado de Derecho y democracia no es accesoria, sino propiamente sustancial (STC 259/2015).

Por el contrario, en caso de símbolos que expresen causas sectoriales, y que por lo tanto solo representen a una parte de la sociedad, la neutralidad institucional puede jugar un papel de relevancia a la hora de decidir la legalidad de su colocación en edificios y espacios públicos de la administración. Nótese, en primer lugar, que ningún problema existe en que el propio legislador prevea esta colocación acotando el tiempo, el espacio y el contenido del símbolo: por ejemplo, el art. 22.3 de la Ley 3/2016 de la protección integral contra la discriminación por razón de orientación e identidad sexual de la Comunidad de Madrid, establece que la bandera arcoiris LGTBI será instalada en el Gobierno y la Asamblea cada 17 de mayo. Sin embargo, bien sea por actos administrativos sin habilitación legal o por simples vías de hecho, la colocación de símbolos que sean susceptibles de politización –lo que a nuestro parecer incluye símbolos de naturaleza religiosa– sería contraria al principio de objetividad de los poderes públicos (art. 103.1 CE), en la medida en que la decisión institucional, al abandonar su debida posición de neutralidad, podría servir para desnivelar la balanza en el debate democrático y partidista²¹.

Por último, cabe preguntarse si la neutralidad (institucional) podría ser operativa en el contexto de lo que son propiamente foros públicos, es decir espacios demaniales o abiertos al público destinados a canalizar la participación de los ciudadanos. Como hemos señalado, por lo general la incidencia de la policía administrativa con respecto a los usos simbólicos en este contexto debe de ser limitada y atendiendo a una serie de principios con rango constitucional (por ejemplo, los arts. 45 y 46 CE). Sin embargo, hay situaciones excepcionales en las que la ciudadanía debidamente organizada puede colonizar los foros públicos simbólicamente, como ocurrió con los lazos amarillos y otros símbolos durante algunas fases del *procés* independentista. Esta colonización hace imposible un uso del *patrimonio* democrático en condiciones de igualdad de armas, como por ejemplo establece el art. 85.1 de la Ley 33/2003 de Patrimonio de las Administraciones Públicas, cuando se refiere a los bienes de dominio

²¹ Como venimos apuntando, es importante distinguir la colocación de símbolos de la utilización de mensajes institucionales en espacios públicos o medios de comunicación (marquesinas y anuncios en medios audiovisuales o redes sociales), que en virtud del art. 97 CE, se ajustan perfectamente a actuaciones administrativas derivadas de la aplicación de leyes concretas o principios objetivos contenidos en la Constitución o los propios Estatutos de Autonomía. Estos mensajes pueden aspirar legítimamente a informar, concienciar o movilizar a la ciudadanía para afrontar o resolver cuestiones de interés general, como el medio ambiente, la lucha contra la violencia de género o el uso de lenguas cooficiales, constituyendo manifestaciones que pueden ser calificadas como comunicación administrativa o de servicio. Al respecto, ver Tornos Mas y Galán Galán (2000).

público²². Así las cosas, Vázquez Alonso (2022), con quien coincidimos plenamente, reivindica la debida neutralidad mediante la articulación de una ecología simbólica equilibrada que permita la participación democrática de los ciudadanos cuando usan los espacios de dominio público: dicha neutralidad no derivaría de la objetividad administrativa, sino de la dimensión institucional del art. 23 CE y de la propia libertad ideológica del art. 16 CE.

VII. CONCLUSIONES

El presente trabajo ha pretendido analizar desde el punto de vista constitucional los distintos niveles de conflictos simbólicos que vienen presentándose en nuestra sociedad en las últimas décadas. A diferencia de los actos normativos de carácter político y la comunicación institucional, donde el pluralismo (art. 1.1 CE) y el principio de dirección política (art. 97 CE) pueden consentir las distintas manifestaciones de los poderes públicos, sobre todo cuando actúan como administraciones que se dirigen a los ciudadanos, la praxis simbólica emerge como un campo especialmente delicado. La razón es que la semiótica institucional y la política simbólica son aspectos que materializan jurídicamente mitos compartidos, es decir, racionalizan emociones que no solo ayudan a crear consensos sociales, sino que permiten a las Constituciones cumplir mejor su importante función de integrar las distintas visiones del mundo. Resulta evidente, por otro lado, que cuando los símbolos comunes se ponen en entredicho, como ocurrió en Weimar, lo que puede estar sucediendo es que las premisas culturales que sostienen el ciclo constitucional están desapareciendo.

Ello no quiere decir que el derecho deba prestarse a procesos generales de deslegitimación constitucional. Desde este punto de vista, resulta necesaria una política simbólica compartida, con unas reglas jurídicas más o menos claras, que operen en el contexto del espacio público. Hemos intentado, en buena parte de este trabajo, delimitar normativamente el concepto de espacio público, diferenciando entre foros y edificios públicos donde puedan desplegarse manifestaciones simbólicas a partir del ejercicio de derechos fundamentales. No solo es complicado construir un espacio o tiempo de naturaleza iusfundamental, también es difícil deslindar a priori qué tipo de manifestaciones simbólicas pueden estar contrariando el ordenamiento jurídico legal o constitucional. La sustitución de banderas y símbolos oficiales por otras alternativas que pretendan desplazar colectivamente la norma de lealtad hacia determinadas opciones ideológicas, como es el caso de los

²² Art. 85.1 Ley 33/2003: “Se considera uso común de los bienes de dominio público el que corresponde por igual y de forma indistinta a todos los ciudadanos, de modo que el uso por unos no impide el de los demás interesados”.

nacionalismos independentistas o la forma de gobierno republicana, ofrece pocas dudas: la Constitución, los Estatutos y la ley son lo suficientemente taxativos como para consentir un uso privativo y partidista de los edificios públicos o de los espacios demaniales que gestionen los poderes públicos.

Más dudas ofrecen, por la pluralidad de sus manifestaciones, los símbolos que expresan causas sectoriales que puedan derivar del ejercicio directo de la libertad de expresión, ideológica o, indirectamente, del derecho de participación política. La mayor parte de la doctrina viene considerando que no es posible una absoluta asepsia institucional en materia simbólica. Sin embargo, no parece de recibo que, por ejemplo, un ayuntamiento muestre simultáneamente en su balcón –tómese como un trabajo de campo realizado por el propio autor en el municipio en el que reside– una bandera LGTBI, una bandera de Ucrania y una pancarta en favor de la mejora de las condiciones de vida de los pensionistas vascos. Toda esta semiología es susceptible de politizarse y forma parte del debate democrático que debe realizarse en el contexto de la opinión pública debidamente formalizada, no en espacios públicos que pertenecen a todos los ciudadanos y cuyo manejo estratégico por parte de partidos y movimientos sociales puede ayudar a desnivelar la balanza el debate político en tiempos de polarización e infoxicación informativa.

Por supuesto, habrá situaciones que ofrezcan dudas desde el punto de vista de lo que puedan considerarse símbolos sectoriales o susceptibles de politización. Colgar la bandera de un equipo de fútbol por sus triunfos deportivos o incluso un pendón de carácter religioso para celebrar unas fiestas patronales, de manera puntual, no parece que pueda ser susceptible de reproche jurídico. En cualquier caso, el presente trabajo se ha mostrado favorable a utilizar el concepto de neutralidad, en el sentido de que podría dar un contenido ampliado al principio de objetividad de las administraciones públicas (art. 103.1 CE), para decidir los casos límite en los que deba valorarse la legitimidad del uso de símbolos sectoriales en el espacio gestionado directamente por los poderes públicos. La neutralidad institucional no debe conducir, necesariamente, a la neutralización política de las instituciones y órganos constitucionales: aquí podría tomarse como referencia, por la experiencia jurisdiccional y teórica acumulada, la operatividad de la neutralidad en el ámbito religioso.

En tal sentido, cuando estamos en el contexto de la resolución de conflictos religiosos donde hay derechos e intereses en juego, se viene hablando de una especie de neutralidad “desglosada”, que no haría sino acompañar al clásico juego de la ponderación, en el que el peso de los factores en juego (la promoción de una creencia o bien su disuasión), alcanza un peso decisivo: puesto que toda acción u omisión estatal tiene necesariamente consecuencias a corto o largo plazo, no parece posible alcanzar un punto de equilibrio permanente. Si la neutralidad opera en el sentido positivo, se decanta por uno de los intereses: si no actúa, se produce un silencio que tampoco es neutral,

porque se presenta como hostilidad a la religión. Los conflictos entre las expresiones religiosas y la dimensión objetiva del espacio público, en ausencia de reglas claras, parecen mostrar una neutralidad informadora en la resolución de problemas prácticos en los que se produce una colisión entre derechos fundamentales. Pues bien, la misma perspectiva podría aplicarse a la resolución de los distintos niveles de conflictos simbólicos que hemos venido identificando en el presente trabajo, tanto en el contexto administrativo como propiamente jurisdiccional.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ALÁEZ CORRAL, Benito (coord.), *Conflictos de derechos fundamentales en el espacio público* (Madrid: Marcial Pons, 2017).
- ALEGRE ÁVILA, Juan Manuel, “Acerca del control jurisdiccional de las mociones municipales que llaman al boicot del Estado de Israel o que declaran *non grata* a una persona física o jurídica”, *Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, 10/01/2020, disponible en <https://www.aepda.es/>, última visita el 22 de noviembre de 2022.
- ALEMANY, Macario, *El paternalismo jurídico* (Madrid: Iustel, 2006).
- ARIAS MALDONADO, Manuel, *La democracia sentimental. Política y emociones en el siglo XXI* (Barcelona: Página indómita, 2016).
- BASTIDA FREIJEDO, Francisco, “El concepto de “espacio público iusfundamental” (Espacio público y ejercicio de derechos fundamentales)”, en Benito Aláez Corral (coord.), *Complejidad del espacio público, democracia y regulación del ejercicio de derechos fundamentales* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014), pp. 13-36.
- BAUZÁ MARTORELL, Francisco J., “El uso de banderas no oficiales por la Administración. Jurisprudencia reciente”, *Revista General de Derecho Administrativo*, n° 56, (2021).
- BELDA, Enrique, “Elementos simbólicos de la Constitución española. La protección del uso de los símbolos por las personas y las instituciones”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 117 (2019), pp. 45-75.
- BILLIG, Michael, *Nacionalismo banal* (Madrid: Capitán Swing, 2014).
- BLÜHDORN, Ingolfur, *La democracia simulativa. Nueva política tras el giro posdemocrático* (Colombia: Temis, 2020).
- CASSIRER, Ernst, *Filosofía de las formas simbólicas* (vols. I, II, y II), (México: Fondo de Cultura Económica, 2016).
- CELADOR ANGÓN, Óscar, “Neutralidad de los poderes públicos y símbolos políticos”, *Revista General de Derecho Administrativo*, n° 53 (2020), pp. 1-27.
- CLIMENT GALLART, Jorge A., “La jurisprudencia estadounidense sobre el lenguaje simbólico en relación con las banderas y su acogimiento por el TEDH”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, n° 28 (2016), pp. 303-328.
- CUOCOLO, Lorenzo, *Tempo e potere nel diritto costituzionale* (Milán: Giuffrè, 2009).
- GALÁN, Alfredo, “La consolidación de vinculación negativa en el ámbito local”, *Revista CEMCI*, n° 8 (2010), pp. 1-27.

- GARCÍA ACOSTA, Francisco M., “Delimitación conceptual del principio de objetividad: objetividad, neutralidad e imparcialidad”, *Documentación Administrativa*, nº 289 (2011).
- GARCÍA, Eloy, “La presencia de la trama intelectual de la República de Weimar en la democracia constitucional: tres ejemplos discursivos al respecto”, en Eloy García, (ed.), *Weimar, el momento democrático de los modernos entre dos otoños revolucionarios: noviembre 1919 y noviembre 1989*, (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2021).
- GARCÍA-PELAYO, Manuel, *Los mitos políticos* (Madrid: Alianza, 1981).
- GARRIDO FALLA, Francisco, *Tratado de Derecho Administrativo. Vol. I. Parte general* (Madrid: Tecnos, 1994).
- GARRORENA MORALES, Ángel, “Los símbolos de las Comunidades Autónomas y la función del Derecho”, en Luis Aguiar de Luque y otros (eds.), *Constitución, Estado de las autonomías y justicia constitucional. Libro homenaje al profesor Gumersindo Trujillo* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2005).
- GONZÁLEZ DEL CAMPO, Luis, “Los símbolos del Estado español”, VV. AA., *Homenaje a Luis Rojo Ajuria. Escritos jurídicos* (Santander: Universidad de Cantabria, 2003), pp. 899-924.
- GONZÁLEZ GARCÍA, Ignacio, *La fusión de Comunidades Autónomas. A propósito de la (no) incorporación de Navarra al País Vasco* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2021).
- INNERARITY, Daniel, *El nuevo espacio público*, (Madrid: Espasa, 2006).
- JUDT, Tony, *Posguerra. Una historia de Europa desde 1945* (Madrid: Taurus, 2006).
- LASCH, Christopher, *La cultura del narcisismo* (Vicenza: Neri Pozza, 2020).
- LEFEBVRE, Henri, *El espacio y la ciudad*, (Barcelona: Península, 1976).
- LEVITSKY, Steven y Daniel ZIBLATT, *Cómo mueren las democracias* (Barcelona: Ariel, 2021).
- LUENGO TEIXIDOR, Félix, “Los símbolos del País Vasco, ¿con cuáles nos quedamos?, en Fernando Molina y José A. Pérez (eds.), *El peso de la identidad. Mitos y ritos en la historia vasca* (Madrid: Marcial Pons, 2015), pp. 57-75.
- MARTÍNEZ OTERO, Juan M., “Las declaraciones simbólicas de los municipios: entre la autonomía local, el “postureo” inocuo y el abuso”, *Revista de Administración Pública*, nº 211 (2020), pp. 186-216.
- “El espacio público urbano como espacio de participación política”, en Concepción Barrero Rodríguez y Joana M. Socías Camacho (coords.), *La ciudad del siglo XXI. Transformaciones y retos: actas del XV Congreso de la Asociación Española de Derecho Administrativo* (Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2020), pp. 109-119.
- “Qué se puede y qué no se puede colgar en un balcón consistorial. A vueltas con la exhibición de símbolos en espacios institucionales y el pretendido deber de neutralidad de la Administración”, *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, nº 15 (2021), pp. 42-57.
- DE MIGUEL BÁRCENA, Josu, “Neutralidad y derecho constitucional”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 49 (2022), pp. 239-267.
- MÖLLER, Hornst, *La República de Weimar. Una democracia inacabada* (Madrid: Antonio Machado Libros, 2015).

- MORENO LUZÓN, Javier y Xosé M. NÚÑEZ SEIXAS, *Los colores de la patria. Símbolos nacionales en la España contemporánea* (Madrid: Tecnos, 2017).
- NIETO, Alejandro, “La Administración sirve con objetividad los intereses generales”, en VV. AA. (coords.): *Estudios sobre la Constitución española: homenaje al profesor García de Enterría* (Madrid: Civitas, 1991), p. 2215.
- PRESNO LINERA, Miguel, “¿Puede ondear la bandera arcoíris en los edificios públicos?”, *El derecho y el revés* (entrada de blog), 24 de junio de 2020, <https://presnolinera.wordpress.com/2020/06/> (última consulta, 20 de noviembre de 2022).
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan A, *Fundamentos de Derecho Administrativo* (Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1991).
- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, “Legalidad y sometimiento a la ley y al Derecho”, en Juan A. Santamaría Pastor (dir.), *Los principios jurídicos del derecho administrativo* (Madrid: La Ley, 2010).
- SMEND, Rudolf, *Constitución y derecho constitucional* (Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1986).
- y Hans Kelsen, *La controversia Smend/Kelsen sobre la integración en la Constitución de Weimar. Constitución y Derecho Constitucional versus. El Estado como integración* (Madrid: Tecnos, 2019).
- SOLOZÁBAL, Juan José, “Algunos problemas constitucionales del Plan Ibarretxe”, *Cuadernos de Alzate. Revista Vasca de la Cultura y las Ideas*, n° 28 (2003), pp. 111-122.
- “Artículo 4”, en María Emilia Casas y Miguel Rodríguez Piñero, M. (dirs.), *Comentarios a la Constitución española* (Madrid: Fundación Wolters Kluwer, 2008), pp. 74-79.
- THALER, Richard y Cass SUNSTEIN, *Nudge. Improving decisions about health, wealth, and happiness* (Londres: Penguin Books, 2009).
- TORNOS MAS, Joaquín y Alfredo GALÁN GALÁN, (coords.), *Comunicación pública. La información administrativa al ciudadano* (Madrid: Marcial Pons, 2000).
- TRONCOSO, Antonio, “La bandera y la capitalidad”, *Revista de Derecho Político*, n° 103 (2018), pp. 29-76.
- VILLAVARDE, Ignacio, “¿Tienen opinión las instituciones políticas?”, *Instituto de Derecho Público. Blog Observatorio de Derecho Público*, disponible en: <http://idpbarcelona.net/tienen-opinion-las-instituciones-politicas>, 2018. Último acceso, 25 de noviembre de 2022.
- VÁZQUEZ ALONSO, Víctor, “La neutralidad del Estado y el problema del Government Speech”, *Revista de Estudios Políticos*, n° 177 (2017), pp. 13-55.
- “Neutralidad y legitimidad de las instituciones en Cataluña”, *Agenda Pública*, 30/07/2018, <https://agendapublica.elpais.com/noticia/14757/neutralidad-legitimidad-instituciones-cataluna>, última consulta, 23 de noviembre de 2022.
- “Cinco tesis sobre la neutralidad del Estado”, en Manuel Aragón y Diego Valadés (coords.), *Retos para el Derecho Constitucional del siglo XXI*, 2022, en prensa.
- VERNET, Jaume, “Símbolos y fiestas nacionales en España”, *Teoría y Realidad Constitucional*, n° 12-13 (2003).
- ZUNÓN VILLALOBOS, Manuel, “La exhibición de banderas esteladas por los ayuntamientos en edificios públicos. Una perspectiva jurídico-constitucional”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, n° 10 (2016).

Jurisprudencia

UNA APROXIMACIÓN A LA JURISPRUDENCIA
SOBRE LA CONTRA-EXCEPCIÓN DEL “MENOSCABO
A LOS INTERESES DE SEGURIDAD” COMO
JUSTIFICACIÓN A LA INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN
DE UN ESTADO EXTRANJERO EN LOS PROCESOS DE
DESPIDO EN ESPAÑA

*An approach to Jurisprudence about the exception to the
exception of “interference with the security interests” of a
foreign State in the dismissal proceedings in Spain*

Óscar García Maceiras¹
Investigador Predoctoral CEINDO
Universidad San Pablo-CEU

<https://doi.org/10.18543/ed.2652>

Recibido: 07.07.2022

Aceptado: 12.10.2022

Publicado en línea: diciembre 2022

Resumen

La Ley Orgánica 16/2015 regula en España la inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros bajo el principio de reconocimiento de dicha inmunidad salvo en determinadas excepciones. Una de esas excepciones es la relativa a los contratos de trabajo pero se contemplan varias contra-excepciones entre las que está la relativa al “menoscabo a los intereses de seguridad” del Estado extranjero. Una reciente Sentencia del Tribunal Supremo ha aclarado el alcance de dicha excepción, acabando con una jurisprudencia previa contradictoria del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

¹ Investigador Predoctoral CEINDO. Universidad San Pablo-CEU. Todas las páginas web mencionadas en este estudio han sido consultadas el 21 de junio de 2021.

Palabras clave

Inmunidad de jurisdicción. Actos de “*iure imperii*”. Actos de “*iure gestionis*”. Contratos de trabajo. Menoscabo a los intereses de seguridad del Estado. Autoridades competentes.

Abstract

The Organic Law 16/2015 rules in Spain the jurisdiction immunity of foreign States under the principle of accepting such immunities but with several exceptions. One of those exceptions is related to labor contracts but has itself several exceptions being one of them that concerning to “interference with the security interests” of a foreign State. A recent ruling by the Spanish Supreme Court has clarified the meaning of the exception, overcoming previous and contradictory rulings made by the Madrid High Court of Justice.

Keywords

Jurisdiction immunities. “*Iure imperii*” acts. “*Iure gestionis*” acts. Labor contracts. Interference with the security interests of a foreign State. Competent authorities.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. APROXIMACIÓN GENERAL A LA INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN DE LOS ESTADOS EN ESPAÑA. LA LEY ORGÁNICA 16/2005. II. REGLAS APLICABLES A LOS CONTRATOS DE TRABAJO. LA CONTRA-EXCEPCIÓN DEL “MENOSCABO A LOS INTERESES DE SEGURIDAD” DEL ESTADO. IV. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID SOBRE LA CONTRA-EXCEPCIÓN DEL “MENOSCABO A LOS INTERESES DE SEGURIDAD” DEL ESTADO. V. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 29 DE ABRIL DE 2021. VI. VALORACIÓN. VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

La cuestión de la inmunidad de jurisdicción² de los sujetos de Derecho Internacional ha atraído a lo largo del tiempo mucha atención por parte de la doctrina y de la jurisprudencia en un buen número de países. Al fin y al cabo, de lo que se trata es de dilucidar si ha de prevalecer o no la tutela judicial efectiva que se pretende ante un Tribunal de Justicia frente al principio “*par in parem non habet imperium*”³ que se ha venido considerando como fundamento de la inmunidad de un Estado ante los Tribunales de otro Estado.

² La doctrina suele diferenciar entre “*privilegios*” e “*inmunidades*” atribuyendo a los primeros una dimensión activa en tanto que beneficio otorgado por encima de los ordinariamente concedidos por la ley nacional que libera a quienes lo ostentan de una carga o gravamen, mientras que las segundas son básicamente pasivas en tanto que implican el derecho a no estar sometido a un conjunto de leyes del país donde se encuentre establecida la sede de la organización internacional o la representación del Estado extranjero y la posibilidad de rechazar que aquellas le sean aplicadas; cfr., Carrillo Zamora, M. *La inmunidad de las organizaciones internacionales: límites e implicaciones sobre el proyecto de responsabilidad de las organizaciones internacionales de la Comisión de Derecho Internacional*. Tesis Doctoral, 2017, p. 53 y González Herrera, D. “Breves reflexiones en torno a las inmunidades internacionales” en Martín y Pérez de Nanclares, J. (dir.), *Cuadernos de la Escuela Diplomática Número 55. La Ley Orgánica 16/2015 sobre privilegios e inmunidades: gestación y contenido*, Escuela Diplomática, Madrid, 2016, p. 235-256, 239.

³ Conforme al Diccionario del Español Jurídico de la Real Academia Española es el “*Principio en virtud del cual un Estado no puede ser sometido a la jurisdicción de otro Estado*”. Disponible en www.dej.rae.es. Otro segundo fundamento de la inmunidad tendría acogida bajo el principio “*par in parem non habet jurisdictionem*” en virtud del que los Estados son soberanos y como tales tienen derecho a desarrollar sus actividades sin ser juzgados por otros Estados; cfr., GUTIÉRREZ ESPADA, C. “La inmunidad de jurisdicción del Estado (Alcance y excepciones)”, en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (dir.), *op. cit.*, p. 41-58, 43. No faltan en la doctrina autores como James Crawford o Rosalyn Higgins que critican ese fundamento de la inmunidad estatal que consideran sobrevalorado –hasta situarlo en un principio superior del Derecho Internacional– lo que no deja de ser una excepción a la doctrina ordinaria de la jurisdicción de un Estado sobre todo lo que ocurre dentro de sus fronteras; cfr., ORAKELASHVILI, A. “State immunity from jurisdiction bet-

Hoy en día la mayor parte de la normativa y jurisprudencia nacionales, aun admitiendo la validez de la figura de la inmunidad⁴, la restringen a aquellas actividades en las que el Estado actúa como sujeto soberano –los actos de “*iure imperii*”– pero no la aceptan en las actividades en las que lo hace como sujeto privado –los actos de “*iure gestionis*”–.

En España, la Ley Orgánica 16/2015, de Privilegios e Inmunidades⁵, vino a consagrar esta distinción entre actos de “*iure imperii*” y los actos de “*iure gestionis*” siguiendo con ello la senda marcada por la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes, de 2004. Y es que, sin perjuicio de que todavía no esté en vigor⁶, la impronta de dicha Convención está presente en un buen número de legislaciones nacionales y hasta en pronunciamientos judiciales que la consideran la evidencia más clara del estado de la costumbre internacional en la materia.

En síntesis, tanto la Ley Orgánica como la Convención asumen una concepción restringida de la inmunidad pues ésta admite excepciones. Para ello, se parte de un principio general de inmunidad pero, por un lado, se reconoce la posibilidad de renuncia a la inmunidad por parte del Estado y, por otro, se establecen ocho tipos de procedimientos en los que no es posible invocar dicha inmunidad⁷.

ween law, comity and ideology”, en ORAKELASHVILI, A. (ed.), *Research Handbook on Jurisdiction and Immunities in International Law*, Elgar, 2017, p. 151-184, 154-155.

⁴ Como apunta José Martín y Pérez de Nanclares (“¿Por qué una Ley de Inmunidades? Primeras reflexiones a propósito de la pertinencia y el contenido de la Ley Orgánica 16/2015, de privilegios e inmunidades”, en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (dir.), *op.cit.*, p. 7-40, 14), no debemos minusvalorar la importancia de las inmunidades en el Derecho Internacional y su conformidad, siempre que esté adecuadamente configurada, con el derecho a la tutela judicial efectiva.

⁵ BOE núm. 258, de 28 de octubre de 2015.

⁶ Detallaba Philippa Webb (WEBB, P. “Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes”, disponible en https://legal.un.org/avl/pdf/ha/cjistp/cjistp_s.pdf, p. 3) que “al mes de abril de 2019, se han adherido a la Convención 22 Partes de las 30 Partes requeridas para que entre en vigor conforme a lo dispuesto en su artículo 30”; al mes de octubre de 2021, el estatus de adhesiones no ha registrado cambios. Uno de esos Estados que ya ha depositado su Instrumento de adhesión es España, una vez obtenida la autorización de las Cortes Generales en abril de 2011, con fecha de 11 de septiembre de 2011.

⁷ Las excepciones están inspiradas en el Convenio Europeo sobre la Inmunidad de los Estados, de 1972; cfr. WEBB, P., “Convención de las Naciones Unidas...”, *op. cit.*, p. 3 quien también apunta influencias de la *Foreign State Immunities Act* de Estados Unidos y la *State Immunity Act* del Reino Unido. Cfr., también, GUTIERREZ ESPADA, C. “La adhesión española (2011) a la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes (2005)”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 3, núm. 2, 2011, p. 145-169.

El objeto del presente trabajo es analizar el alcance de una contra-excepción⁸. La regla general que consagra la Ley Orgánica 16/2015 es que el Estado puede invocar su inmunidad⁹. Pero esta regla general de inmunidad de jurisdicción no resulta aplicable a los procesos sobre contratos de trabajo¹⁰. Por el contrario, sí se permite que el Estado extranjero invoque su inmunidad, entre otros supuestos:

“Cuando el proceso tenga por objeto el despido del trabajador o la rescisión del contrato y una autoridad competente del Estado extranjero comunique que dicho proceso menoscaba sus intereses de seguridad” (artículo 10.2. d, Ley Orgánica 16/2015).

Al análisis de la contra-excepción y de cómo ha sido interpretada por los Tribunales españoles dedicaremos nuestra atención en los apartados que siguen¹¹.

⁸ Tal y como es calificada en el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley Orgánica.

⁹ El artículo 4 de la Ley Orgánica 16/2015 señala que *“Todo Estado extranjero y sus bienes disfrutarán de inmunidad de jurisdicción y ejecución ante los órganos jurisdiccionales españoles, en los términos y condiciones previstos en la presente Ley Orgánica”*.

¹⁰ El artículo 10.1 de la Ley Orgánica 16/2015 dispone: *“Salvo acuerdo en otro sentido entre España y un Estado extranjero, este no podrá hacer valer la inmunidad de jurisdicción ante los órganos jurisdiccionales españoles en un proceso relativo a un contrato de trabajo entre ese Estado y una persona física, cuando el trabajo haya sido ejecutado o haya de ejecutarse total o parcialmente en España”*.

¹¹ La protección de los intereses de seguridad de un Estado se aplica en el Derecho Internacional a otros ámbitos ajenos a la inmunidad. Destaca, en este sentido, la previsión contenida en el artículo 72 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional que legitima la protección de información que afecte a la seguridad nacional. Cfr., para un análisis del fundamento, interpretación y aplicación práctica de este precepto, SWOBODA, S., *“Confidentiality for the protection of national security interests”*, en *Revue internationale de droit penal*, vol. 81, 2010, p. 209-229. El propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha ido desarrollando una doctrina sobre los límites a la seguridad nacional como elemento justificativo de la restricción de derechos fundamentales. Cfr., para un análisis de dicha doctrina y su aplicación a los diferentes derechos reconocidos en el Convenio Europeo, *National security and European case-law*, Council of Europe/European Court of Human Rights, 2013, disponible en <https://rm.coe.int/168067d214>. Otras organizaciones, como la Organización Mundial del Comercio o la Unión Europea, incorporan en sus ordenamientos referencias expresas a dicha excepción; cfr., para la Organización Mundial del Comercio, VASQUEZ ARANGO, C. *“La jurisprudencia sobre las excepciones relativas a la seguridad en el acuerdo gatt”*, *Revista Forum*, vol. 1, núm. 2, 2011, p. 41-67 y ESPLUGUES MOTA, C. *“La creciente interacción entre la seguridad nacional y el comercio internacional: Hacia una concreción del significado y alcance del artículo XXI GATT en tiempos de cambios tecnológicos y competencia geopolítica”*, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2020, vol. 12, núm. 1, p. 170-202; para la Unión Europea, aunque centrado en el Acuerdo de Asociación con Turquía pero con una interesante descripción general, cfr. OLESTI

II. APROXIMACIÓN GENERAL A LA INMUNIDAD DE JURISDICCION DE LOS ESTADOS EN ESPAÑA. LA LEY ORGANICA 16/2005

La consagración en nuestro ordenamiento jurídico de un régimen jurídico positivo de la inmunidad en el ámbito del Derecho Internacional mediante la aprobación de la Ley Orgánica 16/2015 constituyó un paso importante para aclarar un ámbito que estaba abocado a importantes incertidumbres.

La insuficiente regulación previa a la Ley Orgánica estuvo en el centro de la motivación que llevó a que fuese aprobada ésta. Como apunta José Martín y Pérez de Nanclares, ni había un tratado internacional que regulase con carácter universal la institución de la inmunidad y la norma convencional existente no estaba (ni está) en vigor, ni las normas consuetudinarias eran sencillas de interpretar ni abarcaban la totalidad de la materia –recordemos, en este sentido, la muy controvertida cuestión de si la inmunidad de las organizaciones internacionales puede tener una base consuetudinaria¹²–; adicionalmente, existían lagunas evidentes en el ordenamiento internacional de las que eran ejemplo el alcance de las inmunidades de determinadas autoridades de Estados soberanos como los Jefes de Estado, de Gobierno o los Ministros de Asuntos Exteriores o de la celebración de reuniones y conferencias internacionales; finalmente, y tal vez como consecuencia de las dificultades del régimen jurídico a aplicar, se constataba la existencia de pronunciamientos judiciales de los tribunales españoles abiertamente erróneos, con los consiguientes problemas para el Reino de España en sus relaciones con otros sujetos de la comunidad internacional¹³. A eso se añadió la voluntad de incorporar al ordenamiento español la Convención de Naciones Unidas sobre inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes, de 2004 que, como señala la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica: “*no ha entrado aún en vigor ni es probable que lo haga en un futuro inmediato*”¹⁴.

RAYO, A. “Las excepciones por razón de orden público, salud y seguridad públicas en el Acuerdo de Asociación con Turquía”, en FORNER DELAYGUA, J., GONZÁLEZ BEILFUSS, C. y VIÑAS FARRÉ (eds.), *Entre Bruselas y la Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegria Borrás*, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 625-639.

¹² Cfr. para el debate sobre la posibilidad de que haya una costumbre internacional que dé fundamento a la inmunidad de las organizaciones internacionales, ANDRÉS SAENZ DE SANTA MARIA, M.P., “Las inmunidades de las organizaciones internacionales: perspectiva general y española”, en Martín y Pérez de Nanclares, J. (dir.), *op. cit.*, p. 205-232, 207; ORAKELASHVILI, A. “Jurisdictional immunity of international organizations: from abstract functionality to absolute immunity”, en ORAKELASHVILI, A. (ed.), *op. cit.*, p. 497-527, 497-499.

¹³ Cfr., MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., “Por qué...”, *op. cit.*, p. 16-17.

¹⁴ *Ibidem*, p. 18. El citado autor sintetiza las ventajas de la nueva norma en que dota de mayor seguridad jurídica a los diferentes operadores y en particular a los jue-

La Convención asume una concepción restringida de la inmunidad pues ésta admite excepciones. Para ello, y como en el precedente Convenio de Basilea sobre la inmunidad de jurisdicción del Estado, de 16 de mayo de 1972¹⁵ y

ces, facilita el cumplimiento de las obligaciones de Derecho Internacional asumidas por España y que facilitará igualmente la celebración en España de conferencias y reuniones internacionales cumpliendo con los parámetros de privilegios e inmunidades propios de la práctica internacional; *Ibidem*, p. 40. Para una visión crítica de la norma, cfr. GONZÁLEZ VEGA, J. “Inmunidades, Derecho Internacional y tutela judicial en la Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, sobre Inmunidades. ¿Juego de espejos en el Callejón del Gato?”, en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 68, 2016, p. 85-97, quien señala preferible haber “apostado por una ley más atenta a la protección de los derechos de los individuos, particularmente en situaciones extremas como la que plantea el supuesto del conflicto entre inmunidad y graves violaciones de los derechos humanos, incardinándose en el proceso de cambio que prefiguran recientes desarrollos judiciales de nuestro entorno. La cuestión, que enlaza con una poco meditada adhesión a la Convención de Nueva York que ha venido a condicionar la elaboración de la ley, interroga en último término acerca de la oportunidad de un texto, cuyos objetivos venía satisfaciendo razonablemente nuestra jurisprudencia” (*Ibidem*, p. 96). Los textos tomados en consideración y la evolución de los mismos a lo largo del proceso de elaboración de la Convención se pueden encontrar en la *Analytical Guide to the Work of the International Law Commission. Jurisdictional Immunities of States and their property*, disponible en https://legal.un.org/ilc/guide/4_1.shtml. Para un análisis de la Convención y su relación con el Convenio Europeo de 1972, cfr., ORAKELASHVILI, A. “Treaties on state immunity: the 1972 and 2004 Conventions”, *op. cit.*, p. 274-296.

¹⁵ El Convenio se considera enmarcado, junto la *Foreign State Immunities Act* de los Estados Unidos (1976) y la *State Immunity Act* del Reino Unido (1978), en el movimiento que en los años setenta del siglo pasado consagró definitivamente la regla de la inmunidad restringida; cfr. FOX, H., “The Restrictive Rule of State Immunity”, en RUYS, T., ANGELET, N. y FERRO, L. (eds.), *The Cambridge Handbook of Immunities and International Law*, Cambridge University Press, 2019, p. 21-39, 23. Su texto está disponible en <https://www.coe.int/en/web/conventions/search-on-treaties/-/conventions/rms/09000016800730b1>. El Convenio entró en vigor el 11 de junio de 1976 tras las tres primeras ratificaciones. Son Estados Parte Austria, Bélgica, Chipre, Alemania, Luxemburgo, Países Bajos, Suiza y Reino Unido. Portugal lo firmó pero no lo ratificó. Información disponible en <https://rm.coe.int/0900001680054847>. Para un análisis del Convenio, cfr. ORTIZ-ARCE, A., “Las inmunidades de jurisdicción y ejecución del Estado extranjero en el contexto de economía de mercado. Especial referencia al Convenio del Consejo de Europa de 16 de mayo de 1992”, en *RIE*, 1979, p. 503-548 y también, SALAMANCA AGUADO, E., “Inmunidad de jurisdicción del Estado y el derecho de acceso a un Tribunal a propósito de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto Mcelhinney c. Irlanda”, en *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 18, 2002, p. 347-387, 363-365, disponible en <https://revistas.unav.edu/index.php/anuario-esp-dcho-internacional/article/view/28443>, y ORAKELASHVILI, A. “Treaties on state immunity: the 1972 and 2004 Conventions”, en ORAKELASHVILI, A. (ed.), *op. cit.*, p. 274-296.

en proyectos como el del Comité Jurídico Interamericano¹⁶ o el de la *International Law Association*¹⁷, se parte del principio general de inmunidad que se consagra en el artículo 5 cuando señala:

“*Todo Estado goza, para sí y sus bienes, de inmunidad de jurisdicción ante los tribunales de otro Estado, según lo dispuesto en la presente Convención*”,

pero se reconoce la posibilidad de renuncia a la inmunidad por parte del Estado y se establecen ocho tipos de procedimientos en los que no es posible invocar dicha inmunidad. Estas excepciones se refieren a transacciones mercantiles, contratos de trabajo, lesiones a las personas y daños a los bienes, propiedad, posesión y uso de bienes, propiedad intelectual e industrial, participación en sociedades u otras colectividades, buques de uso comercial, y acuerdos de arbitraje¹⁸.

Pues bien, esta misma sistemática es la seguida en la Ley Orgánica 16/2015. Como antes ya apuntamos, se parte de la regla general de inmunidad de jurisdicción de todo Estado extranjero ante los órganos jurisdiccionales españoles (artículo 4) y se establecen –junto a las reglas de la renuncia– excepciones a dicha inmunidad de jurisdicción en caso de procesos relativos a transacciones mercantiles (artículo 9), procesos relativos a contratos de trabajo (artículo 10), procesos relativos a indemnización por lesiones a las personas y daños a los bienes (artículo 11), procesos relativos a la determinación de derechos u obligaciones respecto de bienes (artículo 12), procesos relativos a la determinación de derechos de propiedad intelectual e industrial (artículo 13), procesos relativos a la participación en personas jurídicas y otras entidades de carácter colectivo (artículo 14), procesos relativos a la explotación o cargamento de buques pertenecientes a un

¹⁶ Proyecto de Convenio interamericano sobre inmunidad de jurisdicción de los Estados aprobado por el Comité Jurídico Interamericano en el seno de la Organización de Estados Americanos el 21 de enero de 1983. Cfr. SALAMANCA AGUADO, E., *op. cit.*, p. 366.

¹⁷ Proyecto de Convenio sobre Inmunidad de los Estados adoptado el 4 de septiembre de 1982 por la *International Law Association*. Éste fue un texto adoptado en la sexagésima conferencia de la ILA, celebrada en Montreal (Canadá) con la finalidad de recomendar su toma en consideración por los Gobiernos y por Naciones Unidas y, en particular, por la Comisión de Derecho Internacional y por el Relator Especial dedicado a la cuestión de la inmunidad de los Estados.

¹⁸ Cfr. GUTIERREZ ESPADA, C. “La adhesión española (2011) a la Convención...”, *op. cit.*, p. 155-158, donde se detallan los debates mantenidos en relación con la excepción de transacciones comerciales, la de contratos de trabajo y las relativas a las acciones de indemnización por lesiones a las personas y daños a los bienes siempre que se dé la presencia del autor del acto u omisión en el territorio del Estado del foro y que la producción de los actos tenga lugar total o parcialmente en ese mismo territorio.

Estado o explotados por éste (artículo 15) y procesos relativos a los efectos de un convenio arbitral (artículo 16).

III. REGLAS APLICABLES A LOS CONTRATOS DE TRABAJO. LA CONTRA-EXCEPCIÓN DEL “MENOSCABO A LOS INTERESES DE SEGURIDAD” DEL ESTADO

Según acabamos de exponer, una tipología de procesos donde no cabría invocar la inmunidad de jurisdicción del Estado extranjero es la relativa a los procesos relativos a contratos de trabajo¹⁹. El artículo 10.1 de la Ley Orgánica dispone que:

“Salvo acuerdo en otro sentido entre España y un Estado extranjero, este no podrá hacer valer la inmunidad de jurisdicción ante los órganos jurisdiccionales españoles en un proceso relativo a un contrato de trabajo entre ese Estado y una persona física, cuando el trabajo haya sido ejecutado o haya de ejecutarse total o parcialmente en España”.

La exclusión de la inmunidad no es absoluta. Primero porque, como no podría ser de otro modo, queda a salvo la posibilidad de acuerdo en otro sentido entre España y un Estado extranjero²⁰; y segundo porque “*no obstante lo*

¹⁹ Siguiendo la categorización de Hazel Fox (cfr., FOX, H., “Employment Contracts as an Exception to State Immunity: Is All Public Service Immune”, en *British Yearbook of International Law*, 1995, p. 97-176, 97-99) este modelo se basa en diferenciar los contratos de trabajo de la excepción general de transacciones comerciales y es el que también sigue la *State Immunity Act* del Reino Unido. Por el contrario, en Estados Unidos y en Canadá la *Foreign Sovereign Immunities Act* y la *Canadian State Immunity Act* respectivamente integran los contratos de trabajo dentro de la categoría general de transacciones comerciales o transacciones regidas por el Derecho Privado. Cfr., también, WEBB, P., “The Immunity of States, Diplomats and International Organizations in Employment Disputes: The New Human Rights Dilemma?”, en *The European Journal of International Law*, vol. 27, núm. 3, 2016, p. 745-767, 748.

²⁰ Hemos de notar que recientes pronunciamientos del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional han venido a poner en tela de juicio la virtualidad de acuerdos bilaterales –en el supuesto concreto, no con un Estado sino con una organización internacional– en caso de que habilitasen la inmunidad absoluta. En este sentido, ha de hacerse referencia a las Sentencias del Tribunal Supremo, de 14 de febrero de 2020 (JUR/2020\151584), y del Tribunal Constitucional, de 31 de mayo de 2021 (BOE núm. 161, de 7 de julio de 2021), que han resuelto, primero en casación y luego en amparo, un caso de despido de una trabajadora de la Comisión Internacional para la Conservación del Atún Atlántico, cuya sede se encuentra en Madrid y estando su relación con el Estado español regulada por el Convenio de Sede firmado el 29 de marzo de 1971, disponible en <https://www.boe.es/boe/dias/1971/11/17/pdfs/A18494-18497.pdf>. A pesar de que el artículo 11 del citado Convenio de Sede señala que “*sus bienes y haberes, donde quiera que se hallen, disfrutan de la inmunidad de jurisdicción, salvo en la medida en que la Comisión renuncie expre-*

dispuesto en el apartado anterior”, el artículo 10.2 sí reconoce la posibilidad por parte del Estado extranjero de hacer valer su inmunidad de jurisdicción en varios casos²¹.

Como ya se ha apuntado, vamos aquí a hacer referencia al supuesto previsto en el apartado d), relativo a la contra-excepción del “menoscabo de los intereses de seguridad” de un Estado extranjero, esto es, “*d) Cuando el proceso tenga por objeto el despido del trabajador o la rescisión del contrato y una autoridad competente del Estado extranjero comunique que dicho proceso menoscaba sus intereses de seguridad*”.

Este texto se inspira en, aunque no reproduce –lo cual resulta relevante, según veremos posteriormente–, el artículo 11 de la Convención de Nueva York que, tras señalar en su apartado 1 que:

“Salvo que los Estados interesados convengan otra cosa, ningún Estado podrá hacer valer la inmunidad de jurisdicción ante un tribunal de otro Estado, por lo demás competente, en un proceso relativo a un contrato de trabajo entre el Estado y una persona natural respecto de un trabajo ejecutado o que haya de ejecutarse total o parcialmente en el territorio de ese otro Estado”,

samente a ella en un caso determinado o si esta renuncia resultare de las cláusulas de un contrato. Queda entendido, sin embargo, que se necesitará una nueva renuncia para las medidas de ejecución”, y que el régimen aplicable a las citadas organizaciones previsto en el artículo 35 de la Ley Orgánica lo es “*en ausencia de acuerdo internacional bilateral o multilateral aplicable*”, las dos Sentencias citadas no reconocen la inmunidad de jurisdicción absoluta prevista en el Convenio de sede. Aunque no es el objeto del presente trabajo, creemos que ambos pronunciamientos –positivos en cuanto al resultado final en tanto que habilitan la tutela judicial en España de la trabajadora despedida– son técnicamente incorrectos –pues parten de la distinción entre actos de “*iure imperii*” y de “*iure gestionis*” que no es aplicable a las organizaciones internacionales– y abren una preocupante vía a un incumplimiento de sus compromisos internacionales por parte de España.

²¹ Los casos son los siguientes: “*a) Cuando el trabajador hubiera sido contratado para desempeñar funciones que supongan el ejercicio del poder público; b) Cuando el empleado sea: i) Un agente diplomático, según se define en la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961; ii) Un funcionario consular, según se define en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963; o iii) Un miembro del personal diplomático de una misión permanente ante una organización internacional o de una misión especial o que haya sido designado para representar al Estado extranjero en una conferencia internacional. c) Cuando el proceso tenga por objeto la contratación, la renovación del contrato o la readmisión del trabajador; d) Cuando el proceso tenga por objeto el despido del trabajador o la rescisión del contrato y una autoridad competente del Estado extranjero comunique que dicho proceso menoscaba sus intereses de seguridad; e) Cuando el trabajador fuera nacional del Estado extranjero en el momento de interposición de la demanda, salvo que dicha persona tuviese su residencia habitual en España; o f) Cuando el Estado extranjero y el trabajador hayan convenido otra cosa por escrito, salvo que la competencia de los órganos jurisdiccionales españoles fuese irrenunciable para el trabajador*” (artículo 10.2 de la Ley Orgánica 16/2015).

en su apartado 2 establece que lo dispuesto en el párrafo 1 no se aplica a, entre otros supuestos,

“si el objeto del proceso es la destitución o la rescisión del contrato de una persona y, conforme determine el Jefe de Estado, el Jefe de Gobierno o el Ministro de Relaciones Exteriores del Estado empleador, dicho proceso menoscabe los intereses de seguridad de ese Estado” (artículo 11.2 d, de la Convención).

A lo largo de la tramitación de la Ley Orgánica 16/2015, este concreto precepto no registró cambio alguno²² sin que hubiera habido comentarios de los diferentes órganos informantes más allá de lo apuntado por el Consejo General del Poder Judicial en el sentido de que la amplitud de esta contra-excepción puede estar justificada en la esfera convencional, donde se garantiza que los Estados extranjeros signatarios de la Convención darán el mismo tratamiento a los trabajadores nacionales en los procedimientos seguidos ante la jurisdicción de aquellos Estados

“pero no encuentra la misma justificación cuando se trata de establecer una excepción a la excepción de la inmunidad de jurisdicción desde una norma de producción interna, en la que no se garantiza esa reciprocidad de trato”.

Por ello, para limitar el alcance de la contra-excepción propone

*“someter su aplicación a la regla de la reciprocidad, de forma que quede garantizado que el Estado extranjero reconoce la misma contra-excepción y la dota de la misma amplitud”*²³.

Dicha propuesta de reciprocidad no fue finalmente incorporada al texto de la Ley Orgánica que mantuvo el tenor inicial del Anteproyecto, sin cambios.

En suma, la Ley Orgánica 16/2015, inspirada por la Convención de Nueva York, reconoce que la excepción a la regla general de inmunidad de jurisdicción de un Estado en caso de proceso relativo a un contrato de trabajo admite una contra-excepción, que rehabilitaría la regla general de la inmunidad, para los supuestos en los que el Estado extranjero comunique que dicho proceso menoscaba sus intereses de seguridad. Veamos, a continuación, cómo ha interpretado la jurisprudencia el alcance de dicha contra-excepción.

²² Así resulta de la lectura de los textos del Anteproyecto de Ley Orgánica de 8 de abril y 22 de junio de 2015, y del Proyecto de Ley Orgánica elevado al Consejo de Ministros. Las referencias concretas a esta cuestión están disponibles en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (dir.), *op.cit.*, p. 418, 441 y 463.

²³ Informe del Consejo General del Poder Judicial al Proyecto de Ley Orgánica, disponible en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (dir.), *op. cit.*, p. 579 y 608.

IV. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID SOBRE LA CONTRA-EXCEPCION DEL “MENOSCABO A LOS INTERESES DE SEGURIDAD DEL ESTADO”

Según acabamos de apuntar, una de las finalidades principales de la Ley Orgánica 16/2015 era aclarar el panorama normativo existente hasta ese momento en el que los operadores jurídicos, ante la remisión en bloque a las reglas del Derecho Internacional en materia de inmunidades, se veían abocados a una amplia incertidumbre, causa raíz de no pocos pronunciamientos contradictorios de los Tribunales españoles.

Así pues, sería esperable que la jurisprudencia dictada a partir de finales del año 2015 aplicando las reglas de inmunidad previstas en la Ley Orgánica no incurriese en los errores del pasado. No parece que haya sido el caso, al menos hasta fechas muy recientes, de la interpretación que haya de darse al artículo 10. 2. d) de la Ley Orgánica 16/2015, objeto de varios pronunciamientos por parte de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, con resultados abiertamente contradictorios.

El primer caso fue resuelto por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social, Sección 6ª), en su Sentencia de 21 de julio de 2016²⁴ y tenía por objeto un despido de una empleada de la Embajada de Lituania en España. Tras la apreciación de la inmunidad por parte del Juzgado de lo Social número 5 de Madrid en su Sentencia de 16 de marzo de 2016, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid ratificó dicha inmunidad con base en el artículo 10.2 d) de la Ley Orgánica²⁵.

En la interpretación del artículo 10.2 d) de la Ley Orgánica el Tribunal Superior de Justicia realiza un escrutinio puramente formal del requisito de que una autoridad competente del Estado extranjero comunique que dicho proceso menoscaba sus intereses de seguridad afirmando que para ello basta la comunicación sin que sea necesaria prueba alguna.

La Sentencia refuerza su criterio añadiendo argumentos de fondo:

“En este caso baste señalar que la comunicación de la Embajada demandada manifiesta que la demandante tenía autorización para acceder a la información clasificada como confidencial y dispone de información im-

²⁴ AS 2016\1433.

²⁵ Junto a la cuestión objeto de este trabajo, la Sentencia resulta también relevante al considerar que la Ley Orgánica es aplicable con carácter inmediato, una vez que ha entrado en vigor, incluso a los procesos en trámite, al no contar con una Disposición Transitoria que diga otra cosa; a eso añade que el Juzgador no está haciendo otra cosa que aplicar el derecho consuetudinario internacional aplicable al caso pues aquí la Ley Orgánica recoge en nuestro Derecho positivo una previsión que ya estaba contenida en la Convención de Inmunidades de 2004.

portante sobre las actividades generales de la Representación y sus tareas y proyectos específicos, entre otros extremos. Ello es suficiente para considerar que concurre el supuesto del art. 2.d) sin que ello suponga una interpretación extensiva como afirma la recurrente, pues es razonable imponer al trabajador que se halla en la situación descrita que litigue contra su país ante sus propios órganos jurisdiccionales, evitando así cualquier posibilidad de difusión de tales datos en un Estado extranjero, lo que podría suceder a través de la prueba documental o de interrogatorio”²⁶.

En suma, en este primer pronunciamiento, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, por un lado, considera que la Embajada del país extranjero en España goza de la condición de “autoridad competente” y, por otro, no realiza análisis alguno sobre la razonabilidad de causa invocada bastando para apreciar la inmunidad la mera invocación realizada por la Embajada demandada.

Esta interpretación del artículo 10.2 d) contrasta con la que más recientemente ha realizado la propia Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia (en este caso, la Sección 2ª) en varias Sentencias de fechas 12 de febrero de 2020²⁷, 30 de junio de 2020²⁸, 16 de septiembre de 2020²⁹, 17 de marzo de 2021³⁰ y 18 de marzo de 2021³¹. En estos casos, que tenían por objeto recursos de suplicación presentados contra la estimación por los Juzgados de lo Social de Madrid de la inmunidad de jurisdicción alegadas por las Embajadas de Turquía, Rumanía, República Árabe de Egipto y Bosnia-Herzegovina respectivamente frente a demandas de despido improcedente presentadas por trabajadores de dichas legaciones diplomáticas, el Tribunal³² es consciente de que:

“la citada Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, no exige que se acredite esta situación bastando su mera manifestación (Sentencias de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid nº 248/2019, de fecha 01/04/2019, Recurso nº 47/2019; 888/2018, de fecha 13/12/2018, Recurso nº 757/2018; y 556/2016, de fecha 21/07/2016, Recurso nº 465/2016)”,

pero a su vez entiende:

“que la alegación relativa a que ‘menoscaba sus intereses de seguridad’ que se contiene en el artículo 10.2.d) de la Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, debe ser entendida como una excepción a la norma general

²⁶ Fundamento Jurídico 5.

²⁷ JUR\2020\106556.

²⁸ JUR\2020\259118.

²⁹ JUR\2020\315719.

³⁰ JUR\2021\181979.

³¹ JUR\2021\181082.

³² Fundamento Jurídico Único.

que se contiene en el ordinal que le antecede, y que debe ser interpretada en sus estrictos términos”.

De cara a considerar cumplida la exigencia del artículo 10.2 d), considera que:

“la referencia que efectúa el precepto a la “autoridad competente del Estado extranjero”, es un concepto jurídico indeterminado, que ha de ser interpretado a la vista del texto de la Convención sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, que fue debidamente ratificado por el Estado Español en el marco de las Naciones Unidas [no así por el Estado de Turquía y la República Árabe de Egipto, señalan los citados Autos], y cuyo contenido se ha incorporado por la Ley 16/2015, de 27 de octubre, y en este punto la Convención hace una expresa referencia a la determinación por ‘el Jefe de Estado, el Jefe de Gobierno o el Ministro de relaciones exteriores del Estado empleador’ de que ‘dicho proceso menoscabe los intereses de seguridad de ese Estado’”

lo que, al no constar, en esos casos concretos –en el que la excepción fue alegada por las representaciones diplomáticas de los Estados extranjeros en España– le lleva a entender que no opera la contra-excepción recogida por la Ley Orgánica.

Reforzando su argumento, la Sala señala en las tres Sentencias de 2020:

“no se alcanza a entender cómo un procedimiento laboral ante los órganos sociales de la jurisdicción española puede menoscabar los “intereses de seguridad” del Estado Turco en su condición de empleador, máxime si se tiene en cuenta que la referencia ha de venir establecida “a los asuntos relativos a la seguridad nacional y a la seguridad de las misiones diplomáticas y las oficinas consulares”, como ya se ha dicho, de modo que habríamos de entender que la inmunidad pretendida por la Embajada de Turquía implicaría una extralimitación en relación a la causa que justificaría dicha inmunidad de jurisdicción ante los órganos jurisdiccionales españoles”³³.

³³ En el caso de la Sentencia de 30 de junio de 2020 respecto de la Embajada de Rumanía, la Sala añade el argumento adicional de la pertenencia de dicho país a la Unión Europea y lo que ello implica en cuanto a la competencia civil de los Tribunales españoles y así señala en su Fundamento Jurídico Único: *“Pero es que además y finalmente hay que tener en cuenta que en este caso la demanda se dirige contra la Embajada de Rumanía y que dicho Estado es miembro de la Unión Europea, por lo que para el mismo se encuentra vigente el Reglamento (UE) n° 1215/2012 (LCEur 2012, 2110) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, que regula la competencia jurisdiccional, que regula la competencia jurisdiccional en materia de contratos individuales de trabajo en los artículos 20 y siguientes, sin excepción alguna por razón de la naturaleza jurídico-pública del demandado, permitiendo que el*

La segunda línea jurisprudencial de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid se aparta de su criterio inicial en dos aspectos. Por un lado, restringe la noción de autoridad competente tomando para ello como referencia lo dispuesto por la Convención de Nueva York y, por otro, sí realiza un escrutinio de fondo del motivo alegado descartando que el conocimiento de la demanda de despido por parte de los Tribunales españoles dadas las funciones de los demandantes pudiera menoscabar los intereses de seguridad del Estado extranjero.

La jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, pues, recoge dos tendencias que resultan contradictorias en dos aspectos. En primer término, no hay coincidencia a la hora de determinar cuál es la autoridad competente a los efectos del artículo 10.2 d) de la Ley Orgánica y si dicha cualificación alcanza o no a la Embajada del Estado extranjero en España. En segundo lugar, tampoco hay coincidencia en cuanto al grado de escrutinio que debe realizar el órgano juzgador sobre la alegación de menoscabo a los intereses de seguridad del Estado extranjero demandado y si dicho análisis debe ser meramente formal –bastando la alegación– o debe entrar a evaluar la realidad de lo alegado. A continuación nos referimos al modo en el que el Tribunal Supremo pone fin a la jurisprudencia contradictoria del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

V. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 29 DE ABRIL DE 2021

A esta doctrina jurisprudencial contradictoria entre las diferentes Sentencias de la Sala lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid ha

trabajador presente su demanda, en Estado diferente del domicilio del empleador, “ante el órgano jurisdiccional del lugar en el que o desde el cual el trabajador desempeñe habitualmente su trabajo o ante el órgano jurisdiccional del último lugar en que lo haya desempeñado”, como aquí ha ocurrido. Estamos por tanto ante la aplicación de Derecho de la Unión Europea y no puede admitirse una interpretación de la que resulte que una de las partes (en este caso las trabajadoras) se vea privada del derecho a la tutela judicial efectiva, puesto que es de aplicación, con el mismo valor que los Tratados, el artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Por tanto la única interpretación posible del Reglamento es que las trabajadoras tienen derecho a someter su litigio sobre el despido ante los tribunales, siendo admisible que el Reglamento imponga una solución u otra sobre la competencia jurisdiccional, de manera que por razón del carácter público de la entidad demandada pudiera excepcionarse la competencia de los tribunales de otro Estado, pero lo cierto es que no es esa la solución del Reglamento (UE) n° 1215/2012 que no hace excepciones en esta materia por el carácter jurídico-público del empleador. Dado que ninguna parte lo ha pedido no está la Sala a elevar esta cuestión por vía prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea”.

venido a poner fin la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social (Sección Primera), de 29 de abril de 2021³⁴. En esta Sentencia, que trae su causa en un despido de una trabajadora que llevaba a cabo funciones administrativas en la agregaduría comercial de la República de Indonesia en Madrid, el Tribunal Supremo realiza dos pronunciamientos de interés de cara a la interpretación futura de la alegación por parte de los Estados demandados ante los Tribunales españoles de que el proceso puede menoscabar los “*intereses de seguridad de ese Estado*”.

En primer lugar, el Tribunal aclara que la “*comunicación*” de dicha circunstancia por autoridad competente no tiene que entenderse limitada al Jefe de Estado, Jefe de Gobierno o Ministro de Asuntos Exteriores. Y es que, tras contrastar la Ley Orgánica 16/2015 con el artículo 11 de la Convención de Nueva York sobre inmunidad de los Estados y de sus bienes, apunta que:

*“la única diferencia con la Ley Orgánica 16/2015 es que aquí corresponde determinar que el proceso puede menoscabar la seguridad del Estado corresponde al Jefe de Estado, al Jefe de Gobierno o al Ministro de Asuntos Exteriores, mientras que la Ley mencionada se limita a que se comunique por autoridad competente. La determinación consiste en decidir algo, lo cual comporta que dicha decisión se toma por los responsables citados, mientras que la comunicación consiste en hacer saber algo a alguien, lo cual comporta que el acto de comunicar es menos exigente que el acto de determinar”*³⁵.

De esto colige que:

*“en el caso, la Embajada es evidentemente autoridad competente para la comunicación a que se refiere el artículo 10.2 d) de la LO 16/2015, y es lo que ha hecho, con independencia de que lo sea o no para decidir, lo cual no se cuestiona”*³⁶.

Primera conclusión, pues, de la Sentencia del Tribunal Supremo es que resulta válido a los efectos de la excepción de menoscabo de intereses de seguridad del Estado que sea la Embajada en España de dicho país la que comunique dicho motivo, basándose para ello en el diferente término utilizado por el artículo 10 de la Ley Orgánica –“*comunicar*”– y por el artículo 11 de la Convención –“*determinar*”. Se aparta, pues, del criterio restrictivo en este ámbito seguido por la segunda línea jurisprudencial del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

³⁴ STS 1996/2021. Disponible en <https://www.poderjudicial.es/search/AN/openCDocument/e5e0cf323aea82eb9f320e282b0b42e57d0c1407b32bed>.

³⁵ Fundamento Jurídico 6.

³⁶ *Ibidem*.

La segunda cuestión –más relevante, si cabe– de interés que plantea la Sentencia del Tribunal Supremo se refiere al grado de escrutinio que pueden llevar a cabo los Tribunales españoles sobre la concurrencia o no de los motivos de seguridad alegados. En este punto, el Tribunal Supremo se basa en la doctrina fijada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su Sentencia, de 23 de marzo de 2010, al resolver el asunto *Cudak contra Lituania*³⁷. Según esta doctrina jurisprudencial, el artículo 11.2 d) de la Convención de Nueva York no debe interpretarse en el sentido de que sea suficiente que la autoridad competente invoque el riesgo de menoscabo de los intereses de seguridad, sino que:

*“no basta con la mera alegación de que se tuvo acceso a información o documentos, para cumplir lo dispuesto en el art. 11.2 d de la Convención, sino que es exigible la concurrencia de circunstancias objetivas que permitan inferir la concurrencia de riesgos de seguridad por la celebración del proceso”*³⁸

lo que hace necesario que se explique:

*“razonablemente, dada su naturaleza excepcional, de qué modo el proceso de impugnación de un despido de un trabajador administrativo puede poner en riesgo la seguridad del Estado”*³⁹.

En el caso concreto, el demandante –ciudadano español residente en España– llevaba a cabo funciones administrativas en la agregaduría comercial de la República de Indonesia en Madrid y el Tribunal no considera adecuadamente acreditados los motivos hechos valer para aplicar la excepción. En este sentido, señala que:

*“Ciertamente es que en la comunicación de la Embajada se hace constar que ‘por conocer perfectamente nuestro idioma se ha contado con sus servicios en asuntos varios de la agregaduría comercial que implicaban el conocimiento de documentos y cuestiones relevantes que pudieran afectar a la seguridad de Indonesia y a su embajada en España...’. Ahora bien, ello no es más que una mera alegación insuficiente para entender aplicable la inmundad de jurisdicción conforme a la doctrina expuesta, sin perjuicio de que en modo alguno se indica de qué manera va a afectar el proceso a la seguridad de la República de Indonesia, ni se señalan los elementos objetivos en que se apoya la pretensión”*⁴⁰.

³⁷ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 23 de marzo de 2010, caso *Cudak contra Lituania*, Demanda núm. 15869/02. El texto de la Sentencia está disponible en <https://www.legal-tools.org/doc/143964/pdf/>.

³⁸ Fundamento Jurídico 6.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ Fundamento Jurídico 8.

Así pues, y en cuanto a la segunda de las cuestiones controvertidas en relación con la excepción de menoscabo a los intereses de seguridad del Estado demandado, el Tribunal Supremo habilita la posibilidad de que los Tribunales españoles entren a conocer de la razonabilidad de dicha alegación, poniendo énfasis en la distinción entre actos de “*iure imperii*” y los de “*iure gestionis*” señalando que:

*“ha de rechazarse la solución de instancia, pues la inmunidad de jurisdicción a que se refiere la norma cuestionada, no alcanza las controversias que pueda mantener con sus empleados de nacionalidad española, contratados para prestar servicios en puestos de trabajo, que no suponen el ejercicio de poder público que como ius imperii le corresponde para el desarrollo de sus objetivos, en la medida en que se trata de meros litigios particulares que no tienen la menor incidencia en el normal desempeño de las funciones y tareas que carácter internacional que constituyen el objetivo de su actuación”*⁴¹.

El Tribunal Supremo, en la Sentencia que acabamos de comentar, zanja la contradictoria jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia aclarando tanto la noción de autoridad competente para comunicar el motivo de menoscabo a los intereses de seguridad del Estado como el tipo de escrutinio a realizar por el órgano judicial una vez que dicho motivo ha sido alegado.

VI. VALORACIÓN

Aunque resulta desalentador comprobar que uno de los principales objetivos de la Ley Orgánica 16/2015 está lejos de ser cumplido pues la interpretación de los Tribunales ha sido abiertamente contradictoria en este ámbito, en la medida en que la doctrina sentada por el Tribunal Supremo pone fin a las dudas interpretativas y lo hace en el sentido más favorable a la tutela judicial efectiva de la demandante, hemos de valorar positivamente su resultado que viene a clarificar el régimen jurídico aplicable a uno de los supuestos donde con más frecuencia los Tribunales españoles han de decidir sobre la inmunidad de jurisdicción invocada por un Estado extranjero.

Si bien no hay un criterio uniforme, con Philippa Webb⁴² sí pueden indicarse ciertos rasgos comunes en la jurisprudencia comparada: primero, la existencia de algún tipo de conexión territorial entre el demandante y el foro en el que se dilucida la disputa judicial resulta relevante, motivando que los Tribunales sean más proclives a no aceptar la inmunidad alegada frente a las demandas de nacionales y residentes permanentes en el Estado del foro; segundo,

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² Cfr., WEBB, P. “The Immunity...”, *op. cit.*, p. 750-753 y 759, y la jurisprudencia allí citada.

suele aceptarse la inmunidad en aquellos casos que afectan establecimientos militares en el extranjero por considerarse que son los lugares donde la actividad soberana se desarrolla con más intensidad⁴³; y tercero, por el contrario, la inmunidad suele rechazarse en el caso de empleos de baja cualificación –se citan, entre otros, los de limpiador y conductor– y también en otros de mayor cualificación cuyo desempeño no se considera vinculado a los intereses de seguridad del Estado extranjero –caso del responsable de marketing, el responsable de la sección de visados o incluso el encargado de la contabilidad de una Embajada⁴⁴–. A eso hemos de añadir que los Tribunales suelen entrar a conocer el fondo de la alegación hecha por el Estado demandado sin limitarse a aceptar, sin mayor escrutinio, la concurrencia de la contra-excepción por el simple hecho de haber sido invocada, lo cual por lo demás es coherente con la tendencia jurisprudencial –de la que es buena muestra el Tribunal Europeo de Derechos Humanos– de no admitir sin más la invocación de los intereses de seguridad nacional como habilitante para la restricción de derechos fundamentales⁴⁵. Así pues, el criterio sentado por el Tribunal Supremo se alinea con lo que podemos considerar tendencia mayoritaria en el plano comparado.

No obstante lo anterior, echamos en falta en la Sentencia del Tribunal Supremo una mayor profundización de cara a justificar cómo se interpreta el alcance de la contra-excepción. Dada la indudable inspiración de la Ley Orgánica 16/2015 en la Convención de Nueva York, no deja de sorprender que a la hora de entender qué ha de considerarse como “*menoscabo a los intereses de seguridad*” el Tribunal Supremo omita toda referencia a la interpretación a los intereses de seguridad que se contiene en el Anexo a la Convención⁴⁶ en el que se señala:

“Con respecto al artículo 11. La referencia que se hace en el apartado d) del párrafo 2 del artículo 11 a los “intereses de seguridad” del Estado empleador es, ante todo, una referencia a los asuntos relativos a la segu-

⁴³ Cita Philippa Webb (“The Immunity...”, *op. cit.*, p.759) una Sentencia, caso *Lit-trell contra Estados Unidos*, de 12 de noviembre de 1993 ([1994] 4 All ER 203, 100 ILR 438), en la que la High Court del Reino Unido señaló que la operativa en una base aérea era “*about as imperial an activity as could be imagined*”.

⁴⁴ Este último fue el caso resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su Sentencia de 29 de junio de 2011, caso *Sabeh El Leil contra Francia*, Demanda 34869/2005, disponible en <https://www.legal-tools.org/doc/32f7fe/pdf/>.

⁴⁵ En este sentido, aun reconociéndose a los Estados cierto margen de discreción a la hora de evaluar las amenazas a la seguridad nacional y decidir cómo combatir las, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tiende a requerir de los órganos nacionales verificar que cualquier amenaza tiene de hecho una base razonable. Cfr., *National security...*, *op. cit.*, p. 2.

⁴⁶ “*Entendimiento con respecto a algunas disposiciones de la Convención. Este anexo tiene por objeto establecer el significado de determinadas disposiciones*”.

idad nacional y a la seguridad de las misiones diplomáticas y las oficinas consulares”.

Aunque la interpretación del anexo no zanja todas las dudas sobre el alcance de los intereses de seguridad⁴⁷, al menos da una idea de relevancia al aludir a “*asuntos relativos a la seguridad nacional*”.

En este punto, la Sentencia del Tribunal Supremo alude a la distinción entre actos “*de iure imperii*” y los de “*iure gestionis*” para fundamentar la no aplicación de la contra-excepción lo cual resulta cuando menos discutible pues es posible que haya situaciones donde se hayan realizado actos “*de iure imperii*” por parte del Estado extranjero –su representación– en España y dichos actos no guarden relación alguna con la “*seguridad nacional*”. Piénsese en un empleado involucrado en una actividad desarrollada para el reconocimiento mutuo de los períodos de cotización a la Seguridad Social en otro Estado; no cabría duda de que dicha actividad podría considerarse como un acto “*de iure imperii*” pero difícilmente podría justificarse que dicha actividad guarda relación con la seguridad nacional de dicho Estado. Con esto queremos señalar que una aplicación sin matices de la distinción entre actos “*de iure imperii*” y los de “*iure gestionis*” que hace la Sentencia podría llevar al resultado, creemos que no deseado, de habilitar la posibilidad de invocar la contra-excepción para un supuesto en puridad ajeno a los intereses de seguridad cuyo menoscabo se trata de evitar o, en sentido contrario, impediría la aplicación de la inmunidad a casos donde tal vez estuviera justificada.

En suma, a nuestro juicio la Sentencia del Tribunal Supremo alcanza un resultado que debe valorarse positivamente en tanto que privilegia la tutela judicial efectiva de los demandantes de modo coherente con la doctrina del Tribunal Constitucional en materia de inmunidades⁴⁸ pero mantiene

⁴⁷ Se ha señalado que del tenor de la Convención no resulta claro la interpretación que vayan a dar los Tribunales nacionales y si estos aceptarán o no sin más la alegación de menoscabo de los intereses de seguridad para aplicar la contra-excepción. Cfr., en este sentido, FOAKES, J y WILMSHURST, “State Immunity: The United Nations Convention and its effect”, *Chatham House. ILP. BP*, mayo 2005, p. 6.

⁴⁸ El Tribunal Constitucional, al hablar de la inmunidad de los Estados en su Sentencia 140/1995, de 28 de septiembre, así lo señaló al determinar que “*el legislador necesariamente ha de tener presentes los límites, positivos y negativos, que el Derecho Internacional impone a los Estados*” lo que “*viene a corroborar la justificación objetiva y razonable de la inmunidad de la jurisdicción*”, pues “*caso de que se extendiera más allá del ámbito delimitado por el Derecho Internacional y tratara de hacer efectiva en todo caso la tutela jurisdiccional en el orden interno el Estado podría incurrir, al hacerlo así, en un hecho ilícito por la violación de una obligación internacional, lo que entrañaría su responsabilidad internacional frente a otro Estado*” (Sentencia del Tribunal Constitucional 140/1995, de 28 de septiembre, BOE de 14 de octubre, Fundamento Jurídico 9, disponible en <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/2994>). Esto ha de en-

incertidumbres en cuanto al contenido de la contra-excepción que esperamos puedan ser definitivamente despejadas en futuros pronunciamientos.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ANDRÉS SAENZ DE SANTA MARIA, M.P., “Las inmunidades de las organizaciones internacionales: perspectiva general y española”, en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (dir.), *Cuadernos de la Escuela Diplomática Número 55. La Ley Orgánica 16/2015 sobre privilegios e inmunidades: gestación y contenido*, Escuela Diplomática, Madrid, 2016, p. 205-232.
- CARRILLO ZAMORA, M. *La inmunidad de las organizaciones internacionales: límites e implicaciones sobre el proyecto de responsabilidad de las organizaciones internacionales de la Comisión de Derecho Internacional. Tesis Doctoral*, 2017.
- ESPLUGUES MOTA, C. “La creciente interacción entre la seguridad nacional y el comercio internacional: Hacia una concreción del significado y alcance del artículo XXI GATT en tiempos de cambios tecnológicos y competencia geopolítica”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2020, vol. 12, núm. 1, p. 170-202.
- FOAKES, J y WILMSHURST, “State Immunity: The United Nations Convention and its effect”, *Chatham House. ILP. BP*, mayo 2005.
- FOX, H., “Employment Contracts as an Exception to State Immunity: Is All Public Service Immune”, en *British Yearbook of International Law*, 1995, p. 97-176.
- “The Restrictive Rule of State Immunity”, en RUYS, T., ANGELET, N. y FERRRO, L. (eds.), *The Cambridge Handbook of Immunities and International Law*, Cambridge University Press, 2019, p. 21-39.
- GONZÁLEZ HERRERA, D. “Breves reflexiones en torno a las inmunidades internacionales” en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (dir.), *Cuadernos de la Escuela Diplomática Número 55. La Ley Orgánica 16/2015 sobre privilegios e inmunidades: gestación y contenido*, Escuela Diplomática, Madrid, 2016, p. 235-256.
- GONZÁLEZ VEGA, J. “Inmunidades, Derecho Internacional y tutela judicial en la Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, sobre Inmunidades. ¿Juego de espejos en el Callejón del Gato?”, en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 68, 2016, p. 85-97.
- GUTIÉRREZ ESPADA, C. “La adhesión española (2011) a la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes (2005)”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 3, núm. 2, 2011, p. 145-169.

tenderse equilibrado ante lo que el propio Tribunal Constitucional español, en su Sentencia 107/1992, de 1 de julio, alertó contra una indebida extensión o ampliación por los tribunales ordinarios del ámbito que es atribuible a las inmunidades en el Derecho Internacional señalando que eso “*acarrea una violación del derecho a la tutela judicial efectiva del ejecutante, porque supone restringir sin motivo las posibilidades del justiciable de conseguir la efectividad del fallo, sin que ninguna norma imponga una excepción a dicha efectividad*” (Sentencia del Tribunal Constitucional 107/1992, de 1 de julio, Fundamento Jurídico 3, BOE de 24 de julio, disponible en <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/1994>).

- “La inmunidad de jurisdicción del Estado (Alcance y excepciones)”, en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (dir.), *Cuadernos de la Escuela Diplomática Número 55. La Ley Orgánica 16/2015 sobre privilegios e inmunidades: gestión y contenido*, Escuela Diplomática, Madrid, 2016, p. 41-58.
- MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. “¿Por qué una Ley de Inmunidades? Primeras reflexiones a propósito de la pertinencia y el contenido de la Ley Orgánica 16/2015, de privilegios e inmunidades”, en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. (dir.), *Cuadernos de la Escuela Diplomática Número 55. La Ley Orgánica 16/2015 sobre privilegios e inmunidades: gestión y contenido*, Escuela Diplomática, Madrid, 2016, p. 7-40.
- OLESTI RAYO, A. “Las excepciones por razón de orden público, salud y seguridad públicas en el Acuerdo de Asociación con Turquía”, en FORNER DELAYGUA, J., GONZÁLEZ BEILFUSS, C. y VIÑAS FARRÉ (eds.), *Entre Bruselas y la Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegria Borrás*, Marcial Pons, Madrid, 2013, p. 625-639.
- ORAKELASHVILI, A. “State immunity from jurisdiction between law, comity and ideology”, en ORAKELASHVILI, A. (ed.), *Research Handbook on Jurisdiction and Immunities in International Law*, Elgar, 2017, p. 151-184.
- “Jurisdictional immunity of international organizations: from abstract functionality to absolute immunity”, en ORAKELASHVILI, A. (ed.), *Research Handbook on Jurisdiction and Immunities in International Law*, Elgar, 2017, p. 497-527.
- “Treaties on state immunity: the 1972 and 2004 Conventions”, *Research Handbook on Jurisdiction and Immunities in International Law*, Elgar, 2017, p. 274-296.
- ORTIZ-ARCE, A., “Las inmunidades de jurisdicción y ejecución del Estado extranjero en el contexto de economía de mercado. Especial referencia al Convenio del Consejo de Europa de 16 de mayo de 1992”, en *RIE*, 1979, p. 503-548.
- SALAMANCA AGUADO, E., “Inmunidad de jurisdicción del Estado y el derecho de acceso a un Tribunal a propósito de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto *Mcelhinney c. Irlanda*”, en *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 18, 2002, p. 347-387, 363-365.
- SWOBODA, S., “Confidentiality for the protection of national security interests”, en *Revue internationale de droit penal*, vol. 81, 2010, p. 209-229.
- VASQUEZ ARANGO, C. “La jurisprudencia sobre las excepciones relativas a la seguridad en el acuerdo gatt”, *Revista Forum*, vol. 1, núm. 2, 2011, p. 41-67.
- WEBB, P. “Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes”, disponible en https://legal.un.org/avl/pdf/ha/cjistp/cjistp_s.pdf.
- “The Immunity of States, Diplomats and International Organizations in Employment Disputes: The New Human Rights Dilemma?”, en *The European Journal of International Law*, vol. 27, núm. 3, 2016, p. 745-767.

COMENTARIOS A LA OPINIÓN CONSULTIVA 26/20
DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS
HUMANOS. CIERTAS CONSIDERACIONES SOBRE EL
‘PODER DEL PROCEDIMIENTO’

*Some Comments on the Inter-American Court of Human
Rights’ Advisory Opinion 26/20. Certain Considerations
regarding the ‘power of procedure’*

Luis A. López Zamora¹

Research Fellow

Max Planck Institute Luxembourg for International,

European and Regulatory Procedural Law

Doctoral Researcher

Christian-Albrechts-Universität zu Kiel (Germany)

<https://doi.org/10.18543/ed.2653>

Recibido: 04.10.2022

Aceptado: 05.11.2022

Publicado en línea: diciembre 2022

Resumen

Este ensayo tiene como objetivo analizar la Opinión Consultiva OC-26/20 (OC 26) de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El propósito será reflexionar –en base a esta decisión– sobre los poderes consultivos de la Corte; en especial, teniendo en cuenta que aquellas han sido fortalecidas por ella misma al punto de

¹ El borrador inicial de este ensayo fue presentado en el Departamento de Derecho Internacional y Resolución de Disputas del Max Planck Institute Luxembourg y se benefició de los amables comentarios de los presentes ahí. Agradezco a mis colegas y a la directora la Prof. Hélène Ruiz-Fabri. Como es evidente, cualquier imprecisión es responsabilidad única del autor.

convertirlas en indirectamente obligatorias, en aplicación de la doctrina del control de convencionalidad y al vincular su contenido al trabajo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. La OC 26 será especialmente útil en este análisis, ya que muestra cómo las opiniones consultivas de la Corte pueden afectar profundamente la arquitectura del Sistema Interamericano. El punto principal que defenderemos, es que –en ocasiones– algunos mecanismos procesales, por sus particularidades, el material legal a ser analizado por medio de ellas, o por sus efectos particulares, son utilizados con el fin de obtener aquello que no podrían ser obtenidos de otra manera.

Palabras clave

Opinión Consultiva, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Derecho Procesal Internacional, Denuncia de la Convención Americana, Denuncia de la Carta de la OEA.

Abstract

This paper provides an analysis of the Inter-American Court of Human Rights (IACtHR) Advisory Opinion OC-26/20 (AO 26). It analyzes that decision and, in broader terms, the advisory powers of the IACtHR, which have been enhanced over the years by the Court itself. The Court has made its advisory opinions binding in practice by including them in the conventionality control doctrine and by declaring them obligatory for the Inter-American Commission of Human Rights. The AO 26 is particularly important in that regard, because it shows how those decisions can affect the overall Inter-American System's architecture. The main argument is that –on occasion–, procedural mechanisms –like an advisory opinion– are used to achieve purposes that cannot be attained using other means. This is mainly due, to the way advisory opinions are requested in the Inter-American System of Human Rights and the law that can be interpreted through them.

Keywords

Advisory Opinions, Inter-American Court of Human Rights, Inter-American System of Human Rights, International Procedural Law, Denunciation of the American Convention, Denunciation of the OAS Charter.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. ANTECEDENTES. III. LA SOLICITUD DE OPINIÓN CONSULTIVA. IV. LA RESPUESTA DE LA CORTE INTERAMERICANA Y CONSIDERACIONES SOBRE SUS ALCANCES. 1. Sobre las Obligaciones Remanentes en Materia de Derechos Humanos para los Estados que han Denunciado la CADH. 2. Sobre las Obligaciones Residuales de Derechos Humanos para los Estados que han Denunciado la Carta de la OEA. V. MIRADA A LOS CRITERIOS ESTABLECIDOS POR LA CORTE INTERAMERICANA: EL PODER DEL PROCEDIMIENTO SE HACE PRESENTE. VI. A MODO DE CONCLUSIÓN. VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

En este espacio analizaremos la Opinión Consultiva 26/20,² emitida el 09 de noviembre de 2020 por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte Interamericana o Corte). Dicha decisión involucra distintos asuntos legales que serán referidos en este ensayo, sin embargo, nuestro interés, nos hará centrarnos en uno de ellos, como es el hecho de que –en ciertas oportunidades– las competencias consultivas de la Corte Interamericana han sido utilizadas con el fin de expandir el alcance de sus competencias y poderes. La opinión consultiva que revisaremos nos llevará a reflexionar sobre aquel punto –dado que– al analizarla se torna evidente cierta re-estructuración de los poderes de la Corte con un posible impacto en las esferas propias de otros órganos del Sistema Interamericana de Derechos Humanos (SIDH). Esto ha sido posible dada las ventajas y libertades que las competencias consultivas le dan a la Corte. Sobre esto último, debe recordarse que la forma como la actividad consultiva han sido prevista en el SIDH, es única en el Derecho Internacional y única entre los sistemas regionales de protección de derechos humanos.

El ejercicio expansivo al que aludiremos y que creemos ha sido llevado a cabo por la Corte, está ejemplificado en la opinión consultiva objeto de revisión. El análisis que haremos evidenciará cómo la Corte Interamericana ha

² Para un resumen de los diferentes puntos tratados en la respuesta de la Corte, véase: MORALES ANTONIAZZI, M., «Advisory opinion OC-26/20, Denunciation of the American Convention on Human Rights and the Charter of the Organization of American states and the Consequences for State Human Rights Obligations», *American Journal of International Law*, vol. 116, 2022, pp. 409-416 y HITTERS, J. C., «La denuncia (retiro, abandono) de los Estados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA). Sus efectos sobre las obligaciones estatales. Consecuencias según la corte interamericana de derechos humanos: (opinión consultiva 26/2020 del 9 de noviembre de 2020)» *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, vol. 43, n. 2, 2022, pp. 55-63.

aprovechado las particularidades procedimentales relativas a la tramitación y decisión consultiva, con el fin de lograr ciertos cometidos. Con el uso de la estrategia a la que aludimos la Corte ha logrado metas que, por otros medios, no habrían podido ser logrados. La estrategia señalada puede ser también denominada el uso del ‘poder del procedimiento’. Es decir, debido a las particularidades procedimentales presentes en las labores de la Corte como es la emisión de decisiones consultivas, aquella ha logrado que sus decisiones tengan efectos sistémicos en el SIDH, mereciendo ello un análisis detenido. Las particularidades procesales conectadas en particular a la emisión de una opinión consultiva dentro del SIDH, hacen referencia a la forma como aquellas solicitudes se tramitan, las materias que pueden ser evaluadas a través de ellas, y sus consecuencias materiales.

Para explicar lo indicado, iniciaremos con una revisión de los antecedentes de la Opinión Consultiva 26/20; luego la problematizaremos, para después centrarnos en aquello que solo puede observarse mediante su revisión desde un ángulo procedimental.

II. ANTECEDENTES

El 6 de mayo de 2019, Colombia solicitó una opinión consultiva a la Corte Interamericana.³ En su solicitud, el Estado pidió que se identificaran las obligaciones que los Estados que denuncian la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH o Convención Americana) deberían de seguir cumpliendo cuando sus denuncias desplegaran efectos. Colombia –además– preguntó por las obligaciones residuales en materia de derechos humanos aplicables a los Estados que –además– hubiesen denunciado la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA). Finalmente, Colombia solicitó se identificaran las medidas que los Estados, que aun formaran parte del SIDH podrían utilizar para hacer valer las obligaciones identificadas previamente por la Corte. Como es usual en este tipo de procedimientos, ciertas razones políticas –de implicancias legales– estuvieron detrás de su formulación.

Una razón que influyó la solicitud, fue la decisión de Venezuela de denunciar la CADH y su decisión –años después– de denunciar la Carta de la OEA. Todo inició cuando aquel estado denunció la Convención Americana el 10 de septiembre de 2012.⁴ Si bien con aquella denuncia Venezuela

³ Véase: Nota Diplomática S-DVAM-19-015461. Solicitud de Opinión Consultiva del 3 de mayo de 2019. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/sol_oc_26_esp.pdf (accedido el 4 de octubre de 2022).

⁴ Mediante nota oficial diplomática (000125) emitida por el Ministro del Poder Popular para las Relaciones Exteriores. Sobre los antecedentes de esta decisión, y la discusión sobre la constitucionalidad o no de la medida, véase: AYALA CORAO, C., «Inconstitucio-

quedaba fuera de la jurisdicción de la Corte, en aplicación del artículo 53 de la Carta de la OEA⁵ (leída en conjunto con algunas resoluciones de la Asamblea General de la OEA,⁶ el punto de vista de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos –Comisión Interamericana o Comisión– y de la Corte)⁷ el Estado fuera de la CADH y de la jurisdicción de la Corte aún estaría bajo la supervisión de la Comisión. Aquel último órgano determinaría la compatibilidad de las acciones del Estado (ahora fuera de la CADH) con las obligaciones de derechos humanos que emanaran de la Carta de la OEA, leída en conjunto con la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADH). Como consecuencia de ello, y el potencial control que aún podía desplegar la organización americana en el Estado denunciante, el 27 de abril de 2017, Venezuela denunció la Carta de la OEA. Las razones esgrimidas se basaron en supuestos conflictos políticos con dicha organización, y el cuestionado rol activista desarrollado por la Corte y la Comisión.⁸ Sin embargo, parte del objetivo fue detener el control desplegado por la Comisión en los asuntos internos Venezolanos. Esto último era importante dado el especial escrutinio al que estaba sometido por la endeble protección de

nalidad de la Denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por Venezuela», *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, vol. XIX, 2013, pp. 43-79 y AYALA CORAO, C., «Venezuela: From the Structural Non-Compliance with Judgments of the IACtHR to the Denunciation of the ACHR and the OAS Charter (a pending matter for a future democratic state)», en R. G., M. MA. y PARIS, D., *Research Handbook on Compliance in International Human Rights Law*, Cheltenham, 2021, pp. 346-361. La denuncia desplegó efectos el 10 de septiembre de 2013. Esto en aplicación del artículo 78 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José, Costa Rica). 22 de noviembre de 1969. Tras ello, cualquier acto producido dentro de la jurisdicción de Venezuela que pudiese implicar una violación de derechos humanos, no conllevaría una violación a los derechos reconocidos en la CADH. Esto significaba que, desde aquel momento, la Corte carecería de jurisdicción sobre esos potenciales actos.

⁵ Carta de la Organización de los Estados Americanos del 13 de diciembre de 1951. Serie sobre Tratados, OEA N. 1-C y 61. Reformada por diversos protocolos. Véase: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_interamericanos_A-41_carta_OEA.pdf (accedido el 4 de octubre de 2022)..

⁶ Las resoluciones en mención sostienen el carácter normativo de la Declaración Americana de Derechos Humanos; es decir, afirman que la Declaración establece obligaciones vinculantes para los Estados, y no solo buenas intenciones.

⁷ Véase: Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva 0C-10/89 - Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del Artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Solicitada por la República de Colombia). 14 de julio de 1989. Para. 43.

⁸ Sobre esto, véase: MEJIA-LEMONS, D. G., «Venezuela's Denunciation of the American Convention on Human Rights», *ASIL Insights*, January 09, 2013. Disponible en: <https://www.asil.org/insights/volume/17/issue/1/venezuelas-denunciation-american-convention-human-rights> (accedido el 4 de Octubre de 2022).

derechos humanos y democrática en su jurisdicción.⁹ El retiro de Venezuela de la OEA surtió efectos el 27 de abril de 2019. Con esto, aquel Estado pasaba a estar fuera de cualquier obligación de derechos humanos a nivel del SIDH.

En mayo de 2019, días después que aquel retiro entrara en efecto, Colombia presentó la solicitud de opinión consultiva que analizamos.¹⁰ Aunque en su solicitud, Colombia evitó referirse puntualmente a la situación del país vecino,¹¹ la forma en que aquella fue planteada dejaba en claro que su preocupación estaba vinculada con lo sucedido ahí.

A continuación, veremos en detalle la solicitud de opinión consultiva, los problemas legales involucrados, la respuesta formulada por la Corte y, algunos de los elementos normativos que se desprenden de aquella respuesta.

III. LA SOLICITUD DE OPINIÓN CONSULTIVA

El Estado colombiano enmarcó su solicitud alrededor de tres preguntas dirigidas a determinar las obligaciones remanentes de derechos humanos para los Estados que hubiesen denunciado la CADH¹²; sobre las obligaciones de derechos humanos que un Estado tendría que respetar aun cuando hubiese

⁹ Sobre el contexto en que se dio la decisión, véase: OCHOA JIMÉNEZ, M.J., «La Protección de los Derechos Humanos en Venezuela Frente a la Denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos», *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, vol. 25, 2014, pp. 195-211. Sobre las formas por las que se minaron las instituciones democráticas en Venezuela, véase: CASAL HERNÁNDEZ, J.M., «The Constitutional Chamber and the Erosion of Democracy in Venezuela», *ZaōRV* vol. 80, 2020, pp. 913-972.

¹⁰ Véase: Nota 2.

¹¹ Sin embargo, una referencia de ello, se realizó en las observaciones escritas de Colombia, ocasión en la que el Estado cuestionó la validez del acto de denuncia efectuado por Venezuela a la Carta de la OEA –en específico–, al ser un acto emitido por el régimen de Nicolás Maduro. Según indicó Colombia, aquel régimen era ilegítimo y sin capacidad de tomar decisiones válidas a nivel internacional. Véase: Observaciones Escritas de la República de Colombia. A la Solicitud de Opinión Consultiva relativa a las Obligaciones en Materia de Derechos Humanos de un Estado que ha Denunciado la Convención Americana sobre Derechos Humanos y que Intenta Retirarse de la OEA. Diciembre 2019. Para. 45. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/sitios/observaciones/oc26/57_colombia.pdf.

¹² Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva 0C-26/20 - La denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y sus efectos sobre las obligaciones estatales en materia de derechos humanos (Interpretación y alcance de los artículos 1, 2, 27, 29, 30, 31, 32, 33 a 65 y 78 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 3.1), 17, 45, 53, 106 y 143 de la Carta de la Organización de los Estados Americanos) (Solicitada por la República de Colombia). 9 de noviembre de 2020. Para. 21 y 22. Para. 3.

denunciado la Carta de la OEA;¹³ y sobre las acciones que los Estados miembros de la OEA tendrían a su disposición para hacer efectivas las obligaciones identificadas como vinculantes para los Estados denunciadores de la CADH, o para los que hubiesen dejado la organización.¹⁴ Un elemento adicional a tener presente, es que las interrogantes de Colombia fueron complementadas con una duda final: ¿Cuál sería la situación, si el Estado que buscara retirarse de la organización (o que pretendiese denunciar la CADH) mostrara –en su jurisdicción– situaciones de serias y sistemáticas violaciones a los derechos humanos? O, cuando el retiro, se efectuara en un contexto en donde la democracia se encontrara cuestionada.¹⁵ Como veremos más adelante, estas dudas otorgaban espacio para que la respuesta de la Corte tuviese un impacto importante en el Sistema Interamericano.

IV. LA RESPUESTA DE LA CORTE INTERAMERICANA Y CONSIDERACIONES SOBRE SUS ALCANCES

El 09 de noviembre de 2020, la Corte Interamericana emitió la Opinión Consultiva OC-26/20 (opinión consultiva). En línea con lo consultado por Colombia, la Corte dividió su respuesta en tres secciones. En este breve espacio, nos centraremos en las dos primeras secciones, y en particular en algunos puntos que creemos necesitan ser aclarados.

1. *Sobre las Obligaciones Remanentes en Materia de Derechos Humanos para los Estados que han Denunciado la CADH*

La primera sección se centró en un tema pacífico en el SIDH. Este se refiere al hecho de que el Estado que denuncia la CADH pero que, aún se mantiene como miembro de la OEA, deberá cumplir con las obligaciones de derechos humanos que se desprendan de la Carta de la organización. Además, los actos de los Estados denunciadores aún pueden ser objeto de control por parte de la Corte, cuando los actos en cuestión hubiesen sido efectuados antes de que surtiera efecto la denuncia de la CADH. Aquellos puntos no generan mayores problemas en el SIDH, sin embargo, ciertos ángulos quedaban por ser esclarecidos. Por ejemplo, aún quedaba la duda de si la decisión de denunciar la CADH podía ser objeto de un test de validez. Este punto fue traído a colación debido a la duda sobre el potencial efecto que un contexto de serias y sistemáticas violaciones a los derechos humanos –o el resquebrajamiento del sistema democrático– podría tener en la pretensión de un

¹³ Idem.,

¹⁴ Idem.,

¹⁵ Idem., Para. 2.

Estado, de denunciar la Convención. Aquella duda le daba a la Corte la posibilidad de plantearse si –en circunstancias excepcionales– como las antes referidas, la ‘aceptación’ de una denuncia a la CADH, debía de diferirse hasta que dichas circunstancias cesaran. En todo caso, aquella interrogante, le daba la posibilidad a la Corte de establecer condiciones y requisitos a cumplir dentro del orden interno de los Estados, para que sus solicitudes de denuncias, fuesen válidas a nivel internacional.

A pesar de esa posibilidad, la estrategia que la Corte siguió fue diferente.

Lo primero a tener presente es que la CADH brindaba –hasta cierto punto– respuesta integral a la interrogante. Tanto los requisitos para la denuncia de la CADH, como los efectos residuales de ello, se encuentran expresamente regulados en aquel instrumento. El artículo 78 de la CADH¹⁶ dispone que un Estado parte puede denunciar la Convención tras 5 años de que el instrumento hubiese entrado en vigencia. Aquel artículo señala –adicionalmente– que los efectos de la denuncia se producirán después de 1 año de haberse efectuado la comunicación respectiva.¹⁷ En cuanto a los efectos residuales, la disposición indica que la denuncia no liberará al Estado de las consecuencias de sus actos cuando ellos hubiesen sido perpetrados antes que la denuncia desplegara sus efectos.¹⁸ Por esto mismo, un Estado puede denunciar la Convención –y puede estar fuera de su régimen–, pero aún podría ser objeto de procedimientos ante la Corte. Venezuela es un buen ejemplo de ello. Aquel Estado fue objeto de una sentencia el 18 de noviembre de 2020¹⁹ por actos cometidos en junio de 2005, antes de que la denuncia de la CADH hubiese surtido efecto y, aún tiene casos pendientes frente a la Corte.

Ahora, aunque todo ello se desprende del artículo 78 de la CADH, es preciso indicar que dicha disposición no establece las obligaciones de derechos humanos que los Estados que han dejado aquel instrumento, deberán de seguir cumpliendo. El silencio de la Convención en este punto es razonable, pues –lo contrario– implicaría que la Convención entraría a regular tópicos que atañen a Estados que ya no se encuentran vinculados a su texto. Aun así, tal y como mencionamos antes, en el SIDH se entiende que un Estado que deja de estar sujeto a la CADH, aun lo estará respecto de la Carta de la OEA; la Corte hizo suya este criterio²⁰ y hasta aquel momento nada nuevo parecía

¹⁶ Convención Americana de Derechos Humanos ..., op. cit., Artículo 78.

¹⁷ *Idem.*, artículo 78.1.

¹⁸ *Idem.*, artículo 78.2.

¹⁹ Véase: Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Mota Abarullo y otros v. Venezuela. Sentencia del 18 de noviembre de 2020 (Méritos, Reparaciones y Costas) Serie C N. 417.

²⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva 0C-26/20 ..., op. cit., Para. 66 y sgtes.

establecerse en la opinión consultiva; sin embargo, la Corte decidió dar pasos adicionales.

En conexión con lo planteado por Colombia (sobre las circunstancias dentro del orden interno de un Estado denunciante) la Corte Interamericana consideró –aunque indirectamente– la existencia de límites a la denuncia de la Convención. El enfoque adoptado por la Corte podría ser visto por algunos como un intento de relativizar (en el futuro y si fuese necesario) potenciales denuncias a la CADH. Sin embargo, como veremos a continuación, la Corte llegó a medio camino en aquel intento.

Para ello, la Corte utilizó diferentes aproximaciones:

En primer lugar, resaltó la naturaleza especial que tienen las obligaciones incluidas en la Convención, para lo cual subrayó que aquellas obligaciones involucran derechos humanos. La Corte recordó que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT) aunque aplicable para fijar los alcances de las provisiones de la CADH en lo referido a su denuncia,²¹ cede frente a las reglas formadas bajo el régimen de los derechos humanos o –en todo caso– que proviniesen del SIDH.²² En base a ello, la Corte entendió que, en ciertas circunstancias, las reglas especiales que regulan la denuncia de tratados provenientes de los derechos humanos deben de primar.²³ Aún más, la Corte recordó la naturaleza especial del régimen de los derechos humanos, enfatizando que las provisiones de la CVDT que regulan la terminación de tratados deben ser consideradas –caso por caso– a la luz del objeto y fin de la

²¹ Este paso fue consistente con el uso que la Corte ha hecho de las provisiones de la Convención de Viena del Derecho de los Tratados, al interpretar la Convención Americana.

²² En la opinión consultiva, la Corte afirmó que el régimen del Derecho Internacional de los Derechos Humanos sería el que establecería las reglas especiales sobre denuncia de tratados en materia de derechos humanos; sin embargo, no queda claro si la Corte hace referencia a las reglas generales en aquella materia provenientes de los derechos humanos, o si apunta a reglas originadas específicamente en el SIDH.

²³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva 0C-26/20 ..., op. cit., Para 48 y sgtes. Esto puede ser discutible –especialmente– debido a que quedan dudas sin responder. Por ejemplo: ¿En qué circunstancias dicha primacía se produce? ¿Hasta qué extensión debe efectuarse aquel ejercicio de primacía de las reglas proveniente de los derechos humanos, y quién es el que debe determinar qué reglas especiales o generales serán aplicables en un caso concreto? Todo esto debe tenerse en cuenta –pues–, aquel ejercicio de selección de las reglas especiales de los derechos humanos (que al parecer sería llevado a cabo por la misma Corte) podría llevar a cambiar lo expresamente acordado en la CADH. Esto se agrava, cuando se tiene presente que la Corte no explicó las consecuencias que aquello podría acarrear. Sea como fuese, lo importante es que las provisiones de la CVDT, relativas a la terminación de tratados [Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. 23 de mayo de 1969. Artículos 42.2, 43, 56, y otros], no entran en conflicto con las disposiciones de la CADH, ni tampoco las complementaban de forma significativa por lo que era innecesario entrar en ese detalle.

CADH para así determinar si pueden ser utilizadas en la interpretación de las cláusulas de denuncia de la Convención.²⁴ Este ejercicio genera la duda de si –en una eventualidad– la Corte puede dejar de lado lo indicado por el régimen general establecido en la CVDT y –tras ello– identificar, por si misma, las reglas que complementarían la CADH. En otros términos: ¿Es posible que la Corte –en base al argumento de que las provisiones sobre denuncias de tratados establecido en la CVDT, podrían no ser aplicables– determinar la existencia de un contenido externo a la CADH para complementarla y –con ello– aplicar unilateralmente criterios no explícitamente recogidos a nivel convencional ni consuetudinario en materia de denuncias?

La Corte no consideró estos puntos dejándolos sin respuesta. La Corte tampoco determinó en concreto cuáles podrían ser las reglas complementarias en materia de denuncias que provendrían de los derechos humanos, ni especificó si ellas podrían limitar las decisiones de los Estados del SIDH en la denuncia de la CADH. Con ello, la línea argumentativa, que parecía encaminarse a plantear nuevos criterios a los establecidos en la CADH, pasó a frenarse momentáneamente. Sin embargo, ello duró poco, pues la Corte recordó que la CADH no había regulado las condiciones procedimentales domésticas que debían cumplirse, para que pudiese efectuarse la denuncia de la Convención.²⁵ Aquel giro dejaba en el aire la búsqueda de la regulación especial proveniente del régimen de los derechos humanos en lo relativo a la denuncia de tratados de aquella materia. Sin embargo, ello fue necesario para responder la duda contextual planteada por Colombia. Como mencionamos, Colombia preguntó: ¿Qué sucede en el caso en el que, dentro de la jurisdicción de un Estado denunciante, existieran situaciones de violaciones a los derechos humanos o –bien– se presentara el resquebrajamiento del sistema democrático? Debido a esta pregunta, se hacía útil adentrarse en los parámetros domésticos que pudieran ser exigibles para que una denuncia de la CADH fuese válida. Una conclusión importante a la que la Corte arribó, es que la decisión de denunciar la CADH tiene que adoptarse en el contexto de un debate plural, público y transparente.²⁶ Ello implica –en términos prácticos– que la decisión debe adoptarse (en el Estado involucrado) en el contexto del respeto de la democracia y usando medios similares a los utilizados para la adopción de la Convención.²⁷

Si bien ello es una conclusión importante, la Corte no indicó las consecuencias que derivarían de la falta de cumplimiento de aquel criterio. ¿Podría

²⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva 0C-26/20 ..., op. cit., Para. 48 y sgtes.

²⁵ *Idem.*, Para. 61 y sgtes.

²⁶ *Idem.*, Para. 64.

²⁷ *Idem.*,

considerarse como inválida (o no aplicable) una denuncia a la CADH por el incumplimiento del criterio del debate plural, público y transparente? Si esto fuese así: ¿quién declararía que la denuncia fue adoptada de forma inválida? En la opinión consultiva no encontramos respuestas. Sin embargo, en secciones posteriores, pareciera que la Corte acepta –aunque tenuemente– que el incumplimiento del criterio de democracia y transparencia no obstaculizaría las denuncias de la CADH, si se cumpliera con las pocas condiciones establecidas para denunciar la Convención. Sea como fuese, la respuesta de la Corte –hasta ese punto– era solo parcial. Como resultado, la preocupación colombiana aún necesitaba de una respuesta precisa. El criterio de democracia y transparencia –aunque importante–, no hacía mención a las potenciales situaciones de violaciones a los derechos humanos que fueron referidas por Colombia.

Quedaba por responder, pues: ¿Qué sucede cuando un Estado que pretende denunciar la CADH presenta condiciones de derechos humanos que harían cuestionable su decisión? La Corte vuelve sobre el tema, para considerar cinco escenarios²⁸ que podrían hacer cuestionable una denuncia de la Convención: a) Cuando un Estado lo realiza por desconformidad con una decisión de la Corte, b) En el contexto de una suspensión indefinida de garantías o de una suspensión que fuese contra el núcleo de algún derecho, c) En el contexto de serias, masivas y sistemáticas violaciones a los derechos humanos, d) En el contexto de un progresivo deterioro de las instituciones democráticas en el Estado concernido, e) En el contexto de una manifiesta, irregular o inconstitucional alteración o rompimiento del orden democrático, y f) En el contexto de conflictos armados. Aunque la Corte identificó aquellos escenarios, no consideró que aquellos llevarían a invalidar una denuncia a la CADH, o a retrasar la desvinculación del Estado de aquel instrumento. Lo que la Corte determinó es que aquello podría implicar mala fe y que los demás Estados del SIDH, tendrían que poner de relieve aquello por medio de sus observaciones y objeciones en las instancias institucionales de la OEA.²⁹

Como indicamos antes, el enfoque inicial de la Corte, parecía encaminarse a establecer límites a la denuncia de la Convención Americana. El primer paso fue enfatizar la naturaleza especial de los tratados de derechos humanos, y –después– indicar los cinco escenarios que a nivel interno podrían hacer cuestionable la denuncia de la Convención. Sin embargo, la Corte no dio el siguiente paso. Para llegar a ese nivel, la Corte habría tenido que señalar las consecuencias del incumplimiento de sus criterios. El que la

²⁸ Sin embargo, debe agregarse que la técnica utilizada por la Corte, para responder esta primera interrogante, muestra una sinuosidad excesiva, siendo difícil de conectar algunas de sus conclusiones a sus posteriores observaciones.

²⁹ *Idem.*, Para. 73-75.

Corte optara por no dar aquel paso, demuestra que ella adoptó su decisión, apostando por un cierto compromiso. El hecho de que esta opinión consultiva, a diferencia de otras decisiones recientemente adoptadas careciera de un abultado número de votos razonados discrepantes³⁰ demuestra que –lo más probable– es que su contenido fue adoptado de forma consensuada, ajustando las posiciones más progresivas con las posiciones más moderadas. Aun así, de las consideraciones dadas por la Corte, puede advertirse cierta estrategia indirecta para lograr esto (véase: Sección IV).

Ahora, analizaremos la segunda interrogante colombiana y la respuesta de la Corte. Debe indicarse –desde ya– que en este punto la posición de la Corte Interamericana no es idéntica a la primera. Para esta segunda interrogante, la Corte formuló –de forma más nítida– los límites de la total desvinculación de los Estados, con respecto a sus obligaciones de derechos humanos.

2. *Sobre las Obligaciones Residuales de Derechos Humanos para los Estados que han Denunciado la Carta de la OEA*

La segunda pregunta de Colombia buscaba que se especificaran las obligaciones de derechos humanos exigibles a los Estados que, habiendo denunciado la CADH –además– hubiesen denunciado la Carta de la OEA. Una respuesta inicial a esto, es que, una vez efectivizada la denuncia de la Carta de la OEA, no habría más vínculo entre el Estado denunciante y el SIDH. Como resultado, la Comisión Interamericana, como último bastión de control de derechos humanos perdería sus competencias en la materia. Sin embargo, esta cuestión es más compleja.

La Corte dio revisión al artículo 43 de la CVDT, disposición que indica que las obligaciones impuestas por el Derecho Internacional general no se ven afectadas por la denuncia de un tratado en particular. Teniendo en cuenta esto, la Corte recordó que, un Estado que hubiese denunciado la CADH y la Carta de la OEA aún estaría vinculado al Derecho Internacional consuetudinario, los principios generales del derecho y las normas de *jus cogens*.³¹ Sin

³⁰ Por ejemplo, en los últimos años el número de votos individuales dadas en sentencias de la Corte Interamericana ha sido importante. Ejemplos de esto son: Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de los Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antônio de Jesús y sus familiares Vs. Brasil. Sentencia del 15 de Julio de 2020 (Excepciones Preliminares, Reparaciones y Costas); Caso Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina. Sentencia del 6 de febrero de 2020 (Méritos, Reparaciones y Costas), y otras decisiones.

³¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva 0C-26/20 ..., op. cit., Para. 155 y sgtes.

embargo, surge la duda: ¿Cuál es la relevancia de aquella afirmación? Es decir, lo indicado por la Corte en el sentido de que un Estado que no forma parte del SIDH, aún estará obligado por el Derecho Internacional consuetudinario y los principios generales del derecho, es algo que no requiere de pronunciamiento particular. Aquella obligatoriedad al Derecho Internacional general es resultado lógico del hecho de que los Estados aún forman parte de la comunidad internacional. La afirmación de la Corte, en este punto, no era relevante, ni añadía elementos de juicio a la consulta realizada por Colombia. Al menos, no si ello no era complementado con otras afirmaciones.

La única manera de encontrarle valor, es si aquello se conecta a secciones previas y posteriores de la opinión consultiva. Por ejemplo, si se conecta con secciones en donde la Corte identifica normas que –según su criterio– serían parte del Derecho Internacional general y –en ese sentido– aplicables a todos los Estados, formarían o no parte del SIDH. Por ejemplo, en ciertas secciones de la opinión consultiva la Corte identifica algunas normas como perentorias.³² Según la Corte, las obligaciones que se desprenden de esas normas incluyen –entre otras– la prohibición de tortura, de desaparición forzada o de esclavitud. La mayoría de las ellas –en efecto– se encuentran reconocidas –como perentorias– en el Derecho Internacional general. Sin embargo, la Corte reconoció otras (en aquel mismo nivel) de las cuales existen dudas sobre su carácter de *jus cogens*. Por ejemplo, asimila –en ese mismo status– al principio de igualdad.³³ Esto no sería un problema, –al menos– no para los propósitos de este análisis, si aquello se hubiese efectuado con la finalidad de identificar obligaciones para los Estados signatarios de la CADH –pues–, ellos están bajo el control y supervisión de la Corte Interamericana. Al fin y al cabo, aquel tribunal es el que –de forma correcta o no– interpretará los alcances de las obligaciones de derechos humanos que se desprenden de la Convención. Sin embargo, en la opinión consultiva, el ejercicio llevado a cabo por la Corte, fue hecho para sostener que esas obligaciones formarían parte del Derecho Internacional general y que –por tanto– incluso los Estados fuera del SIDH, tendrían que respetarlos. Este paso está fuera de las competencias de la Corte, y queda abierto a cuestionamientos.

³² *Idem.*, Paras. 105-110.

³³ *Idem.*, Para. 106. Esto está vinculado al problema teórico de asimilar los principios generales del derecho con las normas de *jus cogens*, lo que –desde un punto de vista técnico– no es correcto. Es importante tener presente que –actualmente– la Comisión de Derecho Internacional (CDI), se encuentra estudiando los principios generales del derecho. Si se da revisión a la forma como la temática surgió en el trabajo de la CDI, se puede observar que cada vez es más claro, que las normas de *jus cogens*, aunque relacionadas con los principios generales del derecho, no corresponden de forma idéntica a aquella fuente del derecho.

Por ejemplo: ¿Sobre qué base legal la Corte determina lo que constituye o no Derecho Internacional para Estados que no están dentro del SIDH? Esto es relevante –pues–, la determinación a la que arriba la Corte, podría implicar la identificación de normatividad internacional sin potestades para realizar aquello. En relación a esto, parece no haber otra alternativa que concluir que la Corte no tenía competencias para identificar las obligaciones que vincularían a los Estados fuera del SIDH, y que –por ello– aquel extremo de la opinión consultiva carecería de fuerza legal.³⁴ Es por ello que al inicio del procedimiento, y previéndose las complicaciones que traería este punto, la competencia de la Corte fue cuestionada. En aquel momento, se indicó que la Corte carecía de competencia *ratione personae* y *materiae*. Respecto a la falta de competencia *ratione personae*, se alegó que si la Corte respondía la segunda interrogante de Colombia, terminaría haciendo referencias a obligaciones para Estados que ya no formaban parte de la OEA.³⁵ Sin embargo, la Corte dejó de lado aquella observación.³⁶ Respecto a la falta de su competencia *ratione materiae*, los Estados que la levantaron –Estados Unidos y Nicaragua– sostuvieron que la Corte debía auto-restringirse y no identificar obligaciones internacionales en base a fuentes del derecho que no fuesen los tratados inter-americanos, situación que podría producirse, si se utilizaban –con ese fin– normas consuetudinarias del Derecho Internacional o instrumentos extraños al sistema inter-americano.³⁷

Si en este punto la Corte fue más allá de sus competencias o, si debe entenderse que respecto a aquel extremo existe una falta de efectos legales, aún requeriría de un análisis más sesudo que no es objeto central de esta breve reflexión.

El siguiente paso de la Corte, ahora centrándose en la normatividad aplicable al problema legal en cuestión, fue considerar las disposiciones de Carta de la OEA referidas a la separación de un Estado de la organización. Consiguientemente, la Corte analizó el artículo 143 de la Carta. Este paso fue necesario, no tanto por los requisitos indicados en aquel apartado (respecto al retiro de un Estado) sino por una sección que permitiría interpretar las obligaciones remanentes exigibles a los Estados que dejaran la organización. El

³⁴ Una conclusión sería que esa identificación no tiene efectos legales para los Estados que ya no son parte de la Convención, siendo relevantes solo para los Estados parte de la CADH, y que siguen perteneciendo al SIDH. Debe tenerse en cuenta que un Estado que ya no forma parte de la CADH aun sería miembro de la OEA y –por tanto– tendrá obligaciones no convencionales en materia de derechos humanos. El saber qué obligaciones de derechos humanos aquellos Estados aun tendrán que cumplir, se vuelve importante.

³⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva 0C-26/20 ..., op. cit., Paras. 22.

³⁶ *Idem.*, Para. 23.

³⁷ *Idem.*, Para. 24.

artículo 143 dispone que la denuncia se hará efectiva después de dos años de la notificación –agregando– que el Estado que la ha denunciado quedará desligado de la organización, después de haber cumplido con las obligaciones emanadas de la Carta.³⁸

Es en esta sección que la Corte pasó a centrar sus consideraciones.

Después de efectuar una interpretación literal³⁹, teleológica⁴⁰, sistemática⁴¹ y tras aplicar otros métodos complementarios de interpretación⁴² al artículo 143, la Corte concluyó que las obligaciones aludidas y que condicionan el retiro efectivo de un Estado involucran obligaciones en materia de derechos humanos.⁴³ Eso implicaría que, cuando el artículo 143 dispone que un Estado que denuncia la Carta de la OEA quedará desligado de la organización después de cumplir con las obligaciones emanadas de aquel instrumento, ello haría referencia no solo al cumplimiento de obligaciones de pago de cuotas a la organización.⁴⁴ El que efectivamente dicha provisión hubiese tenido la intención de hacer referencia a obligaciones de derechos humanos, es discutible –y debe ser objeto de un análisis más riguroso–; lo que nosotros resaltaremos en este momento, son las consecuencias que la Corte vinculó a dicha aseveración.

Basado en ello, la Corte dio un paso más, e indicó que las obligaciones específicas de derechos humanos al que la provisión haría referencia, son aquellas vinculadas al cumplimiento de las decisiones adoptadas por los órganos de protección de derechos humanos del SIDH. Según la Corte, aquellas decisiones aún vincularían al Estado fuera de la organización, y se mantendrá hasta que el mismo, cumpla íntegramente con sus obligaciones en la materia.⁴⁵ La Corte construyó su estrategia argumentativa sobre la base del principio *pacta sunt servanda* y el principio de buena fe.⁴⁶ En base a ello, afirmó –indirectamente– que los órganos de protección mantendrían una competencia temporal respecto a los Estados que hubiesen dejado la organización.⁴⁷ Por tanto, es posible que un Estado, aun cuando hubiese denunciado la Carta de la OEA, siga vinculado a lo resuelto por los órganos de protección

³⁸ Carta de la Organización de los Estados Americanos ..., op. cit., Artículo 143.

³⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva 0C-26/20 ..., op. cit., Para. 125.

⁴⁰ *Idem.*, Para. 126-131.

⁴¹ *Idem.*, Para. 132-140.

⁴² *Idem.*, Para. 141-146.

⁴³ *Idem.*, Para. 141-146.

⁴⁴ *Idem.*, Paras. 140, 146 y otros.

⁴⁵ *Idem.*, Para 151-152.

⁴⁶ *Idem.*, Para. 152.

⁴⁷ *Idem.*,

del sistema. Por ejemplo, hasta que el Estado en cuestión cumpla integralmente con las reparaciones ordenadas por la Corte (de ser el caso).⁴⁸

Esta última sección es un paso osado de la Corte, cuya intención es que el retiro de la organización no sea realizado por los Estados estratégicamente; por ejemplo, con el fin de evitar que ciertos casos sigan ventilándose en el sistema. Sin embargo, aquel paso –que podría ser necesario y razonable y que reposa sobre los principios de buena fe y de *pacta sunt servada*– requería de una argumentación más precisa –pues–generan circunstancias complejas al interior del SIDH.

V. MIRADA A LOS CRITERIOS ESTABLECIDOS POR LA CORTE INTERAMERICANA: EL PODER DEL PROCEDIMIENTO SE HACE PRESENTE

Como se ha mostrado a lo largo de este ensayo, la Corte estableció lineamientos que valen la pena ser analizados en el futuro. Esperamos que los comentarios puedan ser considerados concienzudamente en otros espacios. Por nuestra parte, en lo que sigue, nos limitaremos a añadir las consideraciones procedimentales que son parte de este análisis, y que no se desprenden fácilmente de la opinión consultiva pero que tienen una importancia clave.

Aquello involucra:

- i) Indicar los efectos que la decisión podría tener en la relación de la Corte con la Comisión Interamericana; e
- ii) Identificar la estrategia que la Corte habría seguido al emitir su decisión. Al tener presente ello, se entenderá por qué la Corte decidió formular su respuesta –de forma tal– de dar la impresión de recorrer un camino a medias, en lo relativo al establecimiento de requisitos para la denuncia de la CADH. Un análisis similar pero aplicable a la segunda interrogante colombiana, no será efectuado aquí por cuestiones de espacio. Por tanto, los efectos a los que aludiremos se desprenden de la respuesta de la Corte a la primera pregunta de Colombia.

Teniendo ello en mente, debemos de partir con una reflexión sobre la relación que la Corte y la Comisión terminarían teniendo, si las consideraciones vertidas en la opinión consultiva (primera pregunta) fuesen aceptadas. Por ejemplo, en una de las secciones de la decisión, la Corte dispone que las interpretaciones de la norma convencional constituyen parámetro interpretativo para el cumplimiento de las obligaciones de derechos humanos

⁴⁸ *Idem.*,

contenidas en la Carta de la OEA (interpretada bajo la luz de la DADH).⁴⁹ Si ello fuese así, la Corte no solo sería intérprete máximo de la CADH, sino que lo sería indirectamente de la Carta de la OEA (en materia de derechos humanos) y de la DADH.

Dos situaciones se producen como consecuencia de lo anterior:

- a) En primer lugar, se evitan divergencias interpretativas, de derechos humanos similares, pero incluidos en tratados diferentes (la CADH y la Carta de la OEA). Aquella discrepancia interpretativa puede suceder, dada la existencia de derechos humanos convencionales (CADH) y no convencionales (Carta de la OEA) bajo el SIDH, y dada las labores próximas –pero diferentes– que tiene la Comisión y la Corte Interamericana cuando interpretan sus respectivos instrumentos de control; y,
- b) De forma refractaria, se limitaría el radio de acción de la Comisión en lo concerniente a la interpretación de la Carta de la OEA. La influencia externa que sufriría la Comisión debe ser considerada seriamente –pues– un órgano como la Comisión, en lo referido a su actividad de control en materia de derechos humanos está orientada a lograr consensos antes que resolver todo conflicto por vía litigiosa.⁵⁰ Ello implica que no toda acción estatal que pudiese involucrar la violación de un derecho humano debe ser trasladada a la Corte.⁵¹ En diversas

⁴⁹ *Idem.*, Para. 91.

⁵⁰ Esto está influenciado por el rol que la Corte Interamericana tiene si lo comparamos con el de la Comisión. En palabras de García Belaunde, la Corte Interamericana posee: “(...) dos atribuciones muy claras: una consultiva y otra contenciosa, ambas a cargo de la misma Corte que decide conflictos, a diferencia de la Comisión Interamericana (...) que es mediadora y filtro de las peticiones que se hacen ante el sistema, La Corte es el órgano jurisdiccional y la Comisión es el órgano de estudio y consenso (...).” GARCÍA BELAUNDE, D., «El Control de Convencionalidad y sus Problemas», *Pensamiento Constitucional* vol. 20, 2015, pp. 136-137. Esta ha sido la forma como históricamente se ha planteado las competencias de la Comisión. Antes de las reformas efectuadas al Reglamento de la Corte Interamericana, los artículos 50 y 51 de la Convención hacían referencia a los informes a elaborar por la Comisión Interamericana lo que dejaba –aún más patente– aquel hecho. Explicando más en detalle esto, véase: BURGORGUE-LARSEN, L. y ÚBEDA DE TORRES, A., *The Inter-American Court of Human Rights – Case Law And Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 32-33.

⁵¹ Desde una perspectiva procedimental, la discrecionalidad que la Comisión Interamericana tenía, para referir un caso a la Corte se vio reducida con las reformas efectuadas al Reglamento de la Comisión en 2001. Sin embargo, sigue siendo potestad de la Comisión determinar si un caso involucra la posible violación de un derecho humano y si ello debe ser trasladado a la Corte Interamericana. Sobre los escenarios para el traslado de casos desde la Comisión Interamericana a la Corte, véase: GROSSMAN, C. M., «Inter-

circunstancias, los mecanismos políticos de la OEA permiten resolver una disputa, mediante el uso de determinadas fórmulas antes de acudir a la instancia jurisdiccional del sistema.⁵² Debido a ello, un caso ventilado ante la Comisión y que pudiese implicar la afectación de un derecho humano bajo la Carta de la OEA (presente también en la CADH) podría requerir la adopción de un matiz interpretativo diferente en comparación al que podría necesitar ese mismo derecho si fuese a ser interpretado por la Corte Interamericana. Por esto, la conclusión a la que arriba la Corte, podría sujetar –de forma completa– a la Comisión sin reconocer los matices involucrados en el trabajo que la última desempeña. Esto queda más claro cuando se recuerda que la Corte concluyó que, “(...) *los criterios jurídicos emanados de la jurisprudencia del Tribunal en su integridad constituyen un instrumento en el que se debe apoyar la Comisión Interamericana para el desempeño de sus labores (...). La Corte observa que, en muchos casos, sus interpretaciones del texto convencional necesariamente trascienden a la Convención y nutren el contenido de la Declaración Americana, los*

American Commission on Human Rights (IACCommHR)», en: H. Ruiz Fabri (ed.), *Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law*, Oxford, Oxford University Press, 2021. Disponible en: <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e831?rsk=ufjbx&result=2&prd=MPIL> (accedido el 4 de octubre de 2022).

⁵² Por ejemplo, según dispone el actual Reglamento de la Comisión, con la apertura del caso aquella fija un plazo de cuatro meses para que los peticionarios presenten sus observaciones adicionales sobre el fondo (Artículo 37.1). Además, antes de pronunciarse sobre el fondo de un caso la Comisión fija un plazo para que las partes manifiesten si tienen interés en iniciar el procedimiento de solución amistosa (Artículo 37.4). La Comisión se pone a disposición de las partes en cualquier etapa del examen por iniciativa propia o solicitud, a fin de llegar a una solución amistosa del asunto (Artículo 40). Si se logra una solución amistosa, la Comisión aprobará un informe con una exposición de los hechos y de la solución lograda, transmitiéndolo a las partes y lo publicará. Según indica el artículo 44 del Reglamento de la Comisión, luego de deliberarse sobre el fondo del caso, la Comisión procede a establecer si hubo violación o no de algún derecho. En caso de que determine que no hubo violación, así lo indicará en su informe sobre el fondo, y el mismo, será transmitido a las partes. Si determina que hubo violación, ello no implica su inmediata transmisión a la Corte. Por el contrario, la Comisión debe preparar un informe preliminar con las recomendaciones pertinentes y lo trasladará al Estado involucrado, fijando un plazo dentro del cual el Estado concernido deberá informar las medidas adoptadas para cumplir con las recomendaciones. El hecho de que un caso no siempre sea enviado a la Corte, queda claro al revisar el artículo 45 del Reglamento de la Comisión, el cual indica que si el Estado en cuestión ha aceptado la jurisdicción de la Corte, y la Comisión considera que no ha cumplido las recomendaciones del informe, éste someterá el caso a la Corte, de esa forma, si el Estado ha seguido aquellas recomendaciones el caso quedará en aquella instancia.

tratados e instrumentos interamericanos, en la medida que existe coincidencia en el ámbito de protección normativa de los derechos y libertades.”⁵³ Esto no solo enfatiza lo antes indicado, sino que pone en evidencia la posible estrategia que habría seguido la Corte al formular su opinión consultiva.

Como hemos indicado, es llamativo que la Corte Interamericana desarrollara una argumentación que parecía encaminarse a limitar –en ciertas circunstancias– posibles denuncias a la Convención, para después ceder y no crear barrera alguna. Sin embargo, con lo indicado previamente (sobre la relación que pasaría a tener la Corte con la Comisión) se entiende la razón por la que la Corte no necesitaba dar ese paso. En primer lugar, limitar las denuncias de la CADH podría llevar a la actualización de aquel instrumento⁵⁴ (dado el silencio convencional en la materia) y –por lo tanto– reabrir la discusión sobre los límites de la interpretación cuando, a través de ella, un tribunal desarrolla una actividad creacional de derecho.⁵⁵ Dado ese límite, pareciera que la Corte optó por una alternativa indirecta, como sería el uso del ‘poder de las vías procedimentales’⁵⁶ o –en otros términos– utilizar vías

⁵³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva 0C-26/20 ..., op. cit., Para. 93.

⁵⁴ Lo cual avivaría las críticas realizadas a la Corte, por su supuesto activismo judicial. Sobre este punto, véase: MALARINO, E. «Activismo Judicial, Punitivización y Nacionalización. Tendencias Antidemocráticas y Antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», en G. Elsner (ed.), *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*, Montevideo, 2010, pp. 25-62.

⁵⁵ MEDINA, C. «The Role of International Tribunals: Law-Making or Creative Interpretation?», en: D. Shelton (ed.), *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013, pp. 654-669. A pesar de ello, debe tenerse presente que la Corte Interamericana concibe su ‘jurisprudencia’, como verdaderas fuentes de derecho. La Corte en la opinión consultiva que analizamos, dispuso que: “(...) *las interpretaciones autorizadas que emite este Tribunal forman parte del corpus iuris relevante para dotar de contenido y eficacia a la protección de los derechos humanos (...) y son, además, una fuente de derecho.*” Esto trae una serie de problemas. Sobre esto, véase: FUENZALIDA BASCUÑÁN, S., «La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como Fuente de Derecho. Una Revisión de la Doctrina del ‘Control de Convencionalidad’», *Revue Générale du Droit*, vol. 49, 2019, pp. 303-329.

⁵⁶ La frase utilizada se emplea en el sentido desarrollado por la Prof. Hélène Ruiz-Fabri. Por medio de aquella noción, se subraya el hecho de que el proceso en el Derecho Internacional, no es ni casual ni insignificante (como usualmente es concebido) y que –por lo contrario– el procedimiento presenta –por lo menos– tres efectos relevantes en el sistema internacional: a) Tiene un impacto en la validez y oponibilidad de las decisiones adoptadas por las cortes y tribunales internacionales, b) Está relacionada con la multiplicidad de procedimientos en el Derecho Internacional, lo cual, apunta a la multiplicación de obligaciones procedimentales para los Estados, y c) Tiene un impacto en la propaga-

procesales, como el dictado de una opinión consultiva, con el fin de lograr lo que no sería posible a través de una interpretación común de la norma convencional.

Para entender esto último, debe recordarse que todo texto legal es objeto limitado de interpretación. Es decir, su contenido –por más minucioso que sea– no incluye ni puede incluir los supuestos necesarios para resolver todo conflicto. En ese sentido, un tratado –aunque puede ser interpretado– siempre enfrentará supuestos que escapan a su texto. Lo mismo sucede con los instrumentos que disponen las competencias de los tribunales internacionales. Ellas son –por naturaleza– limitados. Sin embargo, cuando un tribunal enfrenta dichos límites interpretativos, existen por lo menos tres opciones ‘creativas’ que ayudarían a cubrir un supuesto no cubierto originalmente por la norma: a) Efectuar una interpretación extensiva de una provisión y así cubrir una circunstancia no regulada, b) Derivar un contenido *ex novo* de una disposición por medio del uso de analogías o –por medio– de una ‘interpretación’ que realmente encubre la creación de una regla no reconocida en el instrumento interpretado, o c) Utilizar medios procedimentales para lograr aquel fin.

Las dos primeras opciones entrañan complicaciones, dada la limitación intrínseca que toda actividad interpretativa enfrenta, como es el hecho que requiere iniciar y terminar sobre la base de los términos expresos del instrumento a interpretar. Es decir, por más que el ejercicio involucre una interpretación extensiva o un ejercicio analógico, el texto a ‘interpretar’ deberá tener los términos requeridos para que su expansión se lleve a cabo y, así, cubrir un nuevo supuesto. Sin un mínimo de contenido lingüístico expreso aquel ejercicio no podría llevarse a cabo. En términos del juez Vio Grossi (con respecto a la interpretación de la Convención Americana):

(...) con la interpretación de un tratado se intenta aclarar los aspectos oscuros o ambiguos que puedan contener, de lo que se colige que, en el caso de que lo previsto en él tenga sentido, no será necesario indagar más. (...) resulta menester recordar que las sentencias y opiniones consultivas deben, por una parte, señalar únicamente lo que la Convención efectiva-

ción del sistema de resolución de disputas en el Derecho Internacional. Nosotros añadimos aquí, que el ‘procedimiento’ muestra su poder cuando es utilizado para obtener aquello que no sería posible por medio de otros medios. Este último enfoque muestra que el ‘procedimiento’ en efecto presenta un cariz político. En palabras de la Prof. Ruiz-Fabri, el ‘procedimiento’ no es solo técnico sino también político y transmite valores; a pesar de lo cual, aquella dimensión no es reconocida siempre por la doctrina. Esta contribución tiene por finalidad impulsar una discusión en relación a este punto. En relación al poder del procedimiento, véase: RUIZ-FABRI, H., «Max Planck Law, What is Procedural Law?», Conferencia del 14 y 15 de enero de 2021. Disponible en: <https://law.mpg.de/video/> (accedido el 4 de Octubre de 2022).

mente dispone, incluyendo, sin duda alguna, el principio *pro personae*, y no lo que debería que estableciera y por otra, evitar modificarla.⁵⁷

Ahora, aunque es cierto que la actividad interpretativa inicia en el texto expreso y según los términos ahí dispuestos, debe matizarse y coincidirse con Stone el cual, aludiendo al recorrido sufrido por la actividad interpretativa en sede jurisdiccional recordó que, desde que el derecho moderno iniciara su codificación la actividad adjudicativa ha tenido la pulsión de ir más allá del simple texto normativo en el afán de encontrar la intención del legislador. Esto se efectiviza por medio de un arsenal de vehículos teóricos, como son los principios generales del derecho y las técnicas jurídicas que se encuentran implícitas en la base del sistema jurídico.⁵⁸ Sin embargo, la actividad interpretativa no puede dejar de involucrar una conexión lógico-racional entre las nociones abstractas a utilizar (los principios generales del derecho y las técnicas legales generales) y los términos que expresamente se encuentra incluido en el texto. Si no se cumpliera con ello, el fallo sería arbitrario y fuera del orden legal. Solo en casos excepcionales, cuando la interpretación es incapaz de salvar el escollo, se da lugar a la integración del sistema normativo (por vacíos o lagunas).⁵⁹ Estos límites que enfrenta la interpretación en general adquieren dimensiones particulares en el Derecho Internacional –pues– mientras que en el derecho doméstico encontramos provisiones permitiendo y –en algunos casos– exigiendo a los jueces integrar el ordenamiento normativo por vía interpretativa o analógica (al encontrarse vigentes artificios como la completitud de los ordenamientos⁶⁰ que ayudan a evitar pronunciamientos de *non-liquet*),⁶¹ en el Derecho Internacional el orden jurídico no puede ser integrado por el juez internacional.

⁵⁷ Voto Parcialmente Disidente del Juez Eduardo Vio Grossi. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Muelle Flores v. Perú. Sentencia del 06 de marzo de 2019 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Para. 19.

⁵⁸ Stone recuerda que durante el ejercicio jurisdiccional, cuando se analizan las normas particulares se abstraen principios y conceptos que llevan a vaciar las normas particulares de su contenido expreso limitado, “(...) y permite inyectar nuevo contenido en estos. Es un medio invaluable para la creación de nuevo derecho bajo una formulación antigua – de fertilizar el organismo del Derecho”. (traducción del autor) STONE, J., *Legal System and Lawyer’s Reasoning*, Stanford, Stanford University Press, 1968, p. 215.

⁵⁹ GUASTINI, R., «Antinomias y Lagunas Jurídicas», *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana* vol. 29, 1999, pp. 446-449.

⁶⁰ Sobre el mismo, véase: BERNAL, C., HUERTA, C., MAZZARESE, T., MORESO, J. J., NAVARRO, P. y PAULSON, S. (ed.), *Essays in Legal Philosophy - Eugenio Bulygin*, Oxford, Oxford University Press, 2015.

⁶¹ PRIETO SANCHIS, L., *Apuntes de Teoría Del Derecho*, Madrid, Editoria Trotta, 2005, p. 123.

En el orden internacional, cuando un vacío normativo es detectado no es aplicable el principio de completitud del sistema, sino la presunción de que los Estados han excluido una materia particular de la regulación internacional. Estos son límites concretos en este plano para la actividad interpretativa, pues –ella– debe coordinarse con el principio del consentimiento de los Estados.⁶² Dadas esas barreras en la incorporación de normatividad en el Derecho Internacional, es que una diversidad de circunstancias no serán pasibles de ser cubiertas mediante un simple ejercicio interpretativo. En aquellos casos, si se insiste en una interpretación, a lo que realmente se conducirá es a una ‘supuesta interpretación’ que –al final– implicará la creación encubierta de normatividad en sede jurisdiccional.⁶³

Ante ello, una tercera modalidad es el uso de los recursos procedimentales.

En el caso bajo análisis, creemos que la Corte, con el fin de expandir los efectos de sus decisiones y vincular a los Estados denunciados de la CADH aprovechó ciertas particularidades alrededor de la emisión de sus opiniones consultivas. Por ejemplo, el hecho de que las mismas no son adjudicativas y –por ello– no están limitadas por hechos litigiosos específicos,⁶⁴ hecho que le

⁶² Esto lleva a paradojas dentro de la teoría general del Derecho Internacional, como la posible admisibilidad de que un tribunal pronuncie un *non-liquet* por la falta de completitud del ordenamiento internacional.

⁶³ No toda opinión consultiva en el marco del SIDH que ha incluido y analizado aspectos no regulados expresamente en la CADH, implica el uso de los recursos procedimentales, en el sentido que desarrollaremos en este ensayo. En muchos casos, el uso dado por la Corte a sus opiniones consultivas ha sido más una puesta en escena de ‘supuestas interpretaciones’ de la Convención, enmascarando su expansión. En aquellos casos nos encontramos en el segundo supuesto mencionado antes que en el tercero. Un ejemplo de ello es cómo se ha oficializado –por vía consultiva– la existencia de obligaciones ambientales a cargo de los Estados, utilizando para ello el artículo 26 de la Convención Americana, rompiendo con una interpretación usual de aquella provisión. Para un análisis sobre ello, véase: LÓPEZ ZAMORA, L. A., «Perplejidades Normativas y Límites de la Actividad Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos - Algunas Lecciones Provenientes de la Adopción de la Opinión Consultiva OC-23/17 sobre Medio Ambiente y Derechos Humanos», *Anuario Español de Derecho Internacional* vol. 37, 2021, pp. 199-248.

⁶⁴ Esta es una de las características contemporáneas de los poderes consultivos de los tribunales internacionales (siendo excepcional, la práctica desarrollada por el Tribunal Permanente de Justicia internacional en relación a este punto). Por ejemplo, la Corte Interamericana ha indicado que “(...) estima que no está necesariamente constreñida a los literales términos de las consultas que se le formulan.” Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-23/17 - Medio Ambiente y Derechos Humanos (Obligaciones Estatales en Relación con el Medio Ambiente en el Marco de la Protección y Garantía de los Derechos a la Vida y a la Integridad Personal - Interpretación y Alcance de los Artículos 4.1 y 5.1, en Relación con los Artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) (Solicitada por la República de Colombia). 15 de noviembre de 2017.

permitió pronunciarse sobre las labores propias de la Comisión Interamericana. Con ello, la Corte logró sujetar a la Comisión a sus criterios, incluso cuando la última llevase a cabo su actividad interpretativa de la Carta de la OEA. Aquello no solo carece de respaldo convencional, sino que –al no haberse establecido un elemento temporal– empuja a que las interpretaciones hechas en el pasado por la Corte y las futuras sean criterios interpretativos para la Comisión. Esto, para un Estado que ha denunciado la CADH, y que queda sujeto a las obligaciones de derechos humanos de la Carta de la OEA se convierte en un punto clave. Ello debido a que el Estado desvinculado pero aún bajo control de la Comisión, deberá cumplir con sus obligaciones de la Carta de la OEA, teniendo presente la interpretación que la Corte ofrezca de la CADH. Con esa estrategia la CADH se convierte en parámetro interpretativo de la Carta de la OEA y de la DADH, y –por tanto– las interpretaciones que la Corte haga de la Convención impactarán en los Estados que ya no son parte de aquel último instrumento; siendo esto, una innovación que genera por lo menos interrogantes. Creemos que con esto, la Corte logra un control indirecto de los Estados denunciados de la CADH. Y aunque es cierto que un Estado denunciante de la Convención estará bajo las competencias de la Comisión (control de alcance diferente al que ejerce la Corte), con dicho giro –la Corte Interamericana– logra que los Estados fuera de su jurisdicción aún se encuentren sujetos a ella.

Entonces, parece razonable concluir que en relación a la limitación de las denuncias de la CADH, la Corte no vio necesario crear requisitos extra-convencionales que hubiesen generado falta de consenso y prefirió implantar un vínculo basado en la técnica de proyección de sus interpretaciones sobre la Comisión. Esto último, ha podido ser efectuado dada las particularidades que las opiniones consultivas tienen en el SIDH.

Sobre esto último, debe indicarse que las opiniones consultivas interamericanas, tienen particularidades que las diferencian de otros sistemas.⁶⁵ En primer lugar, la separación teórica entre la obligatoriedad de las sentencias y la no obligatoriedad de las opiniones consultivas se ha visto prácticamente eliminada en el SIDH, debido a la aplicación de la doctrina del control de convencionalidad.⁶⁶ Aquella doctrina, a la que no le faltan

⁶⁵ Véase: HITTERS, J. C., «¿Son Vinculantes los Pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)», *Revista Iberoamericana de Derecho procesal Constitucional*, num. 10, 2008, p. 149.

⁶⁶ Véase: Sosteniendo que las opiniones consultivas de la Corte no pueden tener carácter vinculante, véase: VIO GROSSI, E., «La Naturaleza No Vinculante de las Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», *Revista Jurídica UNADES*, num. 2, vol. 2, 2018, pp. 200-214. Criticando los efectos de hacer extensible la

críticos,⁶⁷ exige que los tribunales domésticos apliquen internamente –y de forma directa– un control de la Convención Americana. Ello implica que los tribunales domésticos deberán de preferir la aplicación de la Convención a la aplicación de normas domésticas que contradigan aquel tratado,⁶⁸ o –bien– deberán interpretar aquellas normas domésticas en línea con lo dispuesto convencionalmente.⁶⁹ Ello implica que los tribunales nacionales no deben esperar a que su Estado sea declarado responsable internacionalmente para que los mismos corrijan *motu proprio* posibles incumplimientos a los derechos consagrados en la CADH. Los tribunales domésticos deberán aplicar directamente la CADH, ayudándose de los criterios interpretativos establecidos por la Corte, hayan sido dispuestos en sus decisiones contenciosas como en sus otros pronunciamientos.⁷⁰ En aplicación de ello,

doctrina del control de convencionalidad a las opiniones consultivas, véase: LÓPEZ ZAMORA, L. A., «Perplejidades Normativas y Límites de la Actividad Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos - Algunas Lecciones Provenientes de la Adopción de la Opinión Consultiva OC-23/17 sobre ‘Medio Ambiente y Derechos Humanos’», *Anuario Español de Derecho Internacional* vol. 37, 2021, pp. 199-248.

⁶⁷ Véase: CONTESSÉ, J., «The International Authority of the Inter-American Court of Human Rights: A Critique of the Conventionality Control Doctrine», *The International Journal of Human Rights*, num. 9, vol. 22, 2018, pp. 1168-1191. Brindando una perspectiva del cumplimiento que tendrían las diferentes jurisdicciones respecto a la doctrina del control de convencionalidad, véase: SILVA ABBOTT, M., «¿Es Realmente Viable el Control de Convencionalidad?», *Revista Chilena de Derecho*, num. 2, vol. 45, 2018, pp. 717-744. Explicando de forma restrictiva los alcances de la doctrina del control de convencionalidad (para que esté en línea con la doctrina tradicional del Derecho Internacional), véase: VIO GROSSI, E., «El Control de Convencionalidad y la Corte Interamericana de Derechos Humanos», *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, vol. 25, 2018, pp. 311-336.

⁶⁸ Véase de forma general: FUENTES TORRIJO, X., «La Evolución de la Relación Normativa entre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y los Sistemas Jurídicos Nacionales», *International Journal of Constitutional Law*, vol. 19, n. 4, 2021, pp. 1207-1212.

⁶⁹ DUQUE SILVA, G., «Del Control de Constitucionalidad al Control de Convencionalidad: Pasos Jurídicos Hacia la Consolidación de Instituciones de Gobernanza Global», *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 123, 2021, p. 183.

⁷⁰ Sobre la doctrina del control de convencionalidad, véase: BURGORGUE-LARSEN, L., «Conventionality Control: Inter-American Court of Human Rights», en H. Ruiz Fabri (ed.), *Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law*, Oxford, Oxford University Press, 2018. Disponible en: <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law-mpeipro/e3634.013.3634/law-mpeipro-e3634?prd=OPIL> (accedido el 4 de octubre de 2022). Mostrando una postura escéptica sobre la posibilidad de que el control de convencionalidad pueda efectuarse, tomando el contenido de una opinión consultiva, véase: LONDOÑO-LÁZARO, M.C. y Carrillo-Santarelli, N., «The Control of Conventionality: Developments in the Case Law of the Inter-American Court of Human Rights and its Potential Expanding Effects in International Human Rights Law», *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 22, n. 1, 2019, pp. 330-331.

los tribunales nacionales seguirán los criterios de la Corte, tanto los criterios formulados por aquella en sentencias como en opiniones consultivas de la Corte. Dado que los tribunales domésticos aplicarán la CADH directamente en sus jurisdicciones según la línea interpretativa de la CADH, las opiniones consultivas dejan de ser meramente referenciales.⁷¹

Sin embargo, aquello presenta falencias. La cuasi-obligatoriedad o vinculación indirecta de las opiniones consultivas está recostada sobre la base de una doctrina no prevista en la CADH. Por ello, se ha indicado que la Corte “(...) *con el fin de hacer vinculante lo que por naturaleza no es vinculante [como es una opinión consultiva], hace uso de una teoría [control de convencionalidad] que –igualmente– carece de reconocimiento expreso de los Estados.*”⁷² Sea como fuese, lo importante a tener presente es que las lucubraciones de la Corte, dispuestas por vía consultiva, serán utilizados por los tribunales domésticos como si fuesen verdaderos criterios convencionales, erradicando así su naturaleza no vinculante.⁷³ Todo lo indicado representa un antecedente de lo que hemos denominado el ‘poder del procedimiento’ ejercido por medio de la Opinión Consultiva 26/20, pues –fue por medio de otras opiniones consultivas⁷⁴– que la ‘vinculatoriedad’ indirecta del contenido establecido en dicho tipo de decisiones finalmente cristalizó.

Ahora, si se aceptase que las decisiones consultivas en el SIDH han logrado una suerte de vinculatoriedad, aquello tendría efectos enormes, pues, esas decisiones pueden incluir interpretaciones que no solo involucran a la CADH, sino a todo tratado de derechos humanos aplicable en el SIDH. Es

⁷¹ CONTESSE, J. «The Rule of Advice in International Human Rights Law», *American Journal of International Law*, vol. 115, n. 3, 2021, pp. 389. En términos de Contesse, “(...) la Corte Interamericana parece entender las opiniones consultivas como decisiones cuasi-vinculantes, y los tribunales domésticos pueden de hecho, tratar la opinión dictada por la Corte como vinculante.”; o –lo que es lo mismo– la Corte ha entendido su rol consultivo esencialmente como adjudicativo por vía de consulta. (traducción del autor)

⁷² LÓPEZ ZAMORA, L. A., «Perplejidades Normativas y Límites de la Actividad Consultiva ...», op. cit., p. 232.

⁷³ Sobre el mismo, véase: CONTESSE, Jorge «The Rule of Advice ...», op. cit., p. 381 y sgtes. También: *Ezequiel Malarino*, nota: 53.

⁷⁴ Establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-21/14 del 19 de agosto de 2014 (solicitada por la República Argentina, la República Federativa de Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay). Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el Contexto de la Migración y/o en Necesidad de Protección Internacional y Opinión Consultiva OC-22/16 del 26 de febrero de 2016 (solicitada por la República de Panamá). Titularidad de Derechos de las Personas Jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Interpretación y Alcance del Artículo 1.2, en Relación con los Artículos 1.1, 8, 11.2, 13, 16, 21, 24, 25, 29, 30, 44, 46 y 62.3 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como del Artículo 8.1.A y B del Protocolo de San Salvador).

importante resaltar esto, pues ha sido mediante la combinación del uso de aquellos otros tratados –en conjunto con la CADH– que la Corte ha formulado opiniones que traspasan el puro texto convencional, logrando la ampliación de su jurisdicción.⁷⁵ En la revisión que hemos efectuado de la Opinión Consultiva 26/20, se observa –una vez más– el ‘poder del procedimiento’ destinado a lograr aquello que –de otro modo– no hubiese sido factible.

Para ver esto con claridad, debe tenerse en cuenta que si la materia bajo revisión, dentro de la opinión consultiva hubiese sido ventilada por vía contenciosa, el tema de la reestructuración de la relación entre la Corte y la Comisión probablemente no hubiese podido ser planteada; es más, la materia de la denuncia de la Carta de la OEA y su reinterpretación en clave de derechos humanos tampoco hubiese podido efectuarse.

Por último, sobre la reestructuración de la relación competencial entre la Corte y la Comisión, quedan dos dudas: (a) ¿Debe considerarse obligatoria la sujeción de la Comisión a los criterios de la Corte, o lo indicado por la Corte es tan solo una recomendación? Como hemos indicado antes, las opiniones consultivas se transforman en cuasi-vinculante debido a la doctrina del control de convencionalidad. Sin embargo, ello vincula a los tribunales domésticos respecto a la interpretación de la CADH; no vincularán necesariamente a la Comisión. Dado que lo indicado por la Corte ha sido formulado por vía consultiva y dado los límites de la doctrina del control de convencionalidad: ¿Es posible argumentar que la Comisión no estará sujeta a lo indicado por la Corte si así lo determina la Comisión? Si la respuesta es que aquella en efecto está obligada, queda la duda de: (b) ¿Cuál será el grado de subordinación que la Comisión tendría frente a los criterios de la Corte? Y, si una subordinación total o fuerte –establecida por medio de una opinión consultiva que ha sido formulada por la propia Corte en expansión de sus poderes, debiera considerarse legítima –especialmente– cuando las labores de la Comisión frente a las de la Corte son diferentes.

De igual forma, llama a reflexionar sobre la legitimidad del uso de mecanismos procedimentales que –muchas veces– por su flexibilidad y la delimitación que hacen los propios tribunales internacional de ellos (sobre la base de estrategias teóricas, como la doctrina de los poderes inherentes o el principio de *kompetenz kompetenz*), son utilizadas para conseguir lo que bajo una interpretación común del texto expreso convencional no sería posible.⁷⁶

⁷⁵ Sobre aquella expansión, véase: LIMA, L. C. y MENDES FELIPPE, Lucas, «A Expansão da Jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos Através de Opiniões Consultivas», *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XXI, 2021, pp. 125-166.

⁷⁶ Ejemplo de este ejercicio, en la actividad de la Corte Interamericana, es el establecimiento de ciertos poderes en su favor, que no estaban reconocidos en el marco legal interamericano, o que aún siguen sin base convencional alguna. Véase: BAILLIET, C., «Procedure for Monitoring Compliance with Judgments and Other Decisions: Inter-

VI. A MODO DE CONCLUSIÓN

La revisión que hemos efectuado en este espacio, a la Opinión Consultiva 26/20, ha tenido dos finalidades. En primer lugar, dar cuenta del razonamiento seguido por la Corte Interamericana, al formular su decisión. En segundo lugar, adentrarnos en la estrategia que la Corte habría llevado a cabo para lograr los propósitos que no pronunció de forma expresa en su decisión.

En relación al primer punto, la Corte Interamericana mostró su preocupación por las denuncias que los Estados podrían realizar tanto a la CADH como a la Carta de la OEA. La preocupación se produce debido a que –en ambos casos– se produce una regresión en la protección efectiva de los derechos humanos a nivel regional. Sin llegar a establecer condiciones adicionales para la denuncia de la CADH la Corte esbozó cierto tipo de criterios que serían necesarios para que los Estados puedan hacer efectivas sus pretensiones de separarse de la CADH. A pesar de ello, la Corte se abstuvo de clasificar dichas condiciones como obligatorias. Por consiguiente, si un Estado no cumpliera con ellas su denuncia aun surtiría efectos. En contraposición con esto, la Corte ha sido más clara en limitar la total desvinculación de los Estados americanos de sus obligaciones en materia de derechos humanos en el contexto de la OEA. Debido a que denunciar la Carta de la organización implicaría la separación total de un Estado del SIDH, la Corte ha interpretado las cláusulas que gobiernan la denuncia de dicho instrumento –de forma tal–, de crear una competencia temporal en favor de la organización respecto a las obligaciones de los Estados en materia de derechos humanos, cuando aquellas obligaciones obedezcan a decisiones adoptadas por los órganos de protección antes que el Estado decidiera dejar la organización.

Teniendo en cuenta aquello, ha sido respecto al primer punto (sobre la denuncia de la CADH), que ha quedado una sensación de que la Corte no llegó a disponer criterios sólidos para que no se produzca una regresión en la protección de los derechos humanos dentro del SIDH (como si lo hizo con la separación de la organización regional). En efecto, respecto a aquel punto hemos subrayado, cómo buena parte de la argumentación inicial de la Corte

American Court of Human Rights (IACtHR)», en H. Ruiz Fabri (ed.), *Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law*, Oxford, Oxford University Press, 2021. Disponible en: [https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law-mpeipro/e2653.013.2653/law-mpeipro-e2653?rskey=6OZpT5&result=2&prd=MPIL_\(accedido el 4 de octubre de 2022\)](https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law-mpeipro/e2653.013.2653/law-mpeipro-e2653?rskey=6OZpT5&result=2&prd=MPIL_(accedido el 4 de octubre de 2022)). Respecto al poder de la Corte Interamericana para dar revisión a sus sentencias, véase: LÓPEZ ZAMORA, L. A., «Revision of Judgment: Inter-American Court of Human Rights (IACtHR)», en H. Ruiz Fabri (ed.), *Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law*, Oxford, Oxford University Press, 2021. Disponible en: [https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law-mpeipro/e3384.013.3384/law-mpeipro-e3384?rskey=z3aYPP&result=13&prd=OPIL_\(accedido el 4 de octubre de 2022\)](https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law-mpeipro/e3384.013.3384/law-mpeipro-e3384?rskey=z3aYPP&result=13&prd=OPIL_(accedido el 4 de octubre de 2022))..

parecía dirigirse a restringir –hasta cierto punto– las denuncias de la CADH; sin embargo –al final– pareciera que aquella prefirió adoptar una posición cauta evitando limitar la decisión unilateral de los Estados de dejar la Convención. Aun así, tras analizar más a profundidad la argumentación desarrollada por la Corte puede advertirse que, sin llegar a afirmar ello, logró –en ciertos aspectos– aquel cometido, dado el uso estratégico de su opinión consultiva. Aquel giro estratégico, es lo que hemos denominado, el uso del ‘poder del procedimiento’. La razón por la que una opinión consultiva ha servido a dicho propósito se debe a ciertos factores procedimentales –entre ellos–, el hecho de que su formulación no se encuentra limitada a hechos específicos, razón por la cual, la Corte se encuentra en libertad de incluir una variedad de temas en la pregunta original. En efecto, la Corte en diferentes oportunidades expande o restringe los alcances de la pregunta que origina una respuesta de opinión consultiva, sin seguir para ello un criterio específico. Además, una vez un tema es incluido en el análisis central los alcances a los que se arriben respecto de los temas secundarios ganarán efectos jurídicos completos y cuasi-obligatorios. Esto último se debe a que en el SIDH la separación entre vinculatoriedad de sentencias y la no vinculatoriedad de opiniones consultivas, ha sufrido un debilitamiento considerable, por aplicación de la doctrina del control de convencionalidad.

Es así que las opiniones consultivas en el SIDH, brindan un amplio margen de acción para la Corte con efectos igualmente amplios. Teniendo presente todo esto, es que hemos indicado que, si bien la Corte Interamericana ha aceptado que perdería jurisdicción frente a los Estados que denuncian la CADH –al mismo tiempo– y de forma indirecta mantiene una influencia respecto al contenido de las obligaciones que los Estados aún deberán de cumplir si siguen en el SIDH (bajo las obligaciones de la Carta de la OEA). La Corte logró esto, al indicar en cierta sección de su opinión consultiva, que los criterios desarrollados por ella cuando interpreta la CADH deben ser tomados en cuenta por la Comisión Interamericana, al hacer control de las obligaciones de derechos humanos en el SIDH (la Comisión controlará el cumplimiento de derechos humanos en base a la Carta de la OEA y la DADH).

Dada la flexibilidad de sus competencias consultivas, la Corte entró a establecer criterios que en estricto no eran necesarios para resolver la pregunta formulada por Colombia, pero que sirven para mantener un control indirecto en el contenido de las obligaciones que los Estados fuera de la CADH (y de la jurisdicción de la Corte), deben de cumplir. Sin embargo, la vinculatoriedad de las opiniones consultivas en el SIDH, se sustentan sobre la base de la doctrina del control de convencionalidad. Como hemos indicado, aquella doctrina vuelve prácticamente vinculantes las opiniones consultivas dictadas por la Corte Interamericana; sin embargo, aquel vínculo

normativo se proyecta en los Estados. Aún está por determinarse si ello también sujeta a la Comisión Interamericana. En consecuencia, la estrategia que habría seguido la Corte, de utilizar las ventajas procedimentales en la tramitación y respuesta de sus opiniones consultivas para lograr mantener cierta influencia en los Estados denunciados de la CADH dependerá de la extensión y contenido de la doctrina del control de convencionalidad. Aquella doctrina no es más que una creación procedimental de la Corte, lo que muestra la importancia del ‘poder del procedimiento’ en el funcionamiento de la adjudicación regional en materia de derechos humanos, y como sus diferentes manifestaciones van encadenándose en una estrategia compleja pero efectiva de la Corte Interamericana.

VII. BIBLIOGRAFIA

- AYALA CORAO, C., «Inconstitucionalidad de la Denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por Venezuela», *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, vol. XIX, 2013, pp. 43-79.
- «Venezuela: From the Structural Non-Compliance with Judgments of the IACtHR to the Denunciation of the ACHR and the OAS Charter (a pending matter for a future democratic state)», en R. G., M. MA. PARIS, D., *Research Handbook on Compliance in International Human Rights Law*, Cheltenham, 2021, pp. 346-361.
- BAILLIET, C., «Procedure for Monitoring Compliance with Judgments and Other Decisions: Inter-American Court of Human Rights (IACtHR)», en H. Ruiz Fabri (ed.), *Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law*, Oxford, Oxford University Press, 2021. Disponible en: <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law-mpeipro/e2653.013.2653/law-mpeipro-e2653?rskey=6OZpT5&result=2&prd=MPIL> (accedido el 4 de octubre de 2022).
- BERNAL, C., HUERTA, C., MAZZARESE, T., MORESO, J. J., NAVARRO, P. y PAULSON, S. (ed.), *Essays in Legal Philosophy - Eugenio Bulygin*, Oxford, Oxford University Press, 2015.
- BURGORGUE-LARSEN, L. y ÚBEDA DE TORRES, A., *The Inter-American Court of Human Rights – Case Law And Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2011.
- BURGORGUE-LARSEN, L., «Conventionality Control: Inter-American Court of Human Rights», en H. Ruiz Fabri (ed.), *Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law*, Oxford, Oxford University Press, 2018. Disponible en: <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law-mpeipro/e3634.013.3634/law-mpeipro-e3634?prd=OPIL> (accedido el 4 de octubre de 2022).
- CASAL HERNÁNDEZ, J.M., «The Constitutional Chamber and the Erosion of Democracy in Venezuela», *ZaōRV* vol. 80, 2020, pp. 913-972.
- CONTESSÉ, J., «The International Authority of the Inter-American Court of Human Rights: A Critique of the Conventionality Control Doctrine», *The International Journal of Human Rights*, num. 9, vol. 22, 2018, pp. 1168-1191.

- «The Rule of Advice in International Human Rights Law», *American Journal of International Law*, vol. 115, n. 3, 2021, pp. 367-408.
- DUQUE SILVA, G., «Del Control de Constitucionalidad al Control de Convencionalidad: Pasos Jurídicos Hacia la Consolidación de Instituciones de Gobernanza Global», *Revista Española de Derecho Constitucional*, vol. 123, 2021.
- FUENTES TORRIJO, X., «La Evolución de la Relación Normativa entre el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y los Sistemas Jurídicos Nacionales», *International Journal of Constitutional Law*, vol. 19, n. 4, 2021, pp. 1207-1212.
- FUENZALIDA BASCUÑÁN, S., «La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como Fuente de Derecho. Una Revisión de la Doctrina del ‘Control de Convencionalidad’», *Revue Générale du Droit*, vol. 49, 2019, pp. 303-329.
- GARCÍA BELAUNDE, D., «El Control de Convencionalidad y sus Problemas», *Pensamiento Constitucional* vol. 20, 2015.
- GROSSMAN, C. M., «Inter-American Commission on Human Rights (IACCommHR)», en: H. Ruiz Fabri (ed.), *Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law*, Oxford, Oxford University Press, 2021. Disponible en: <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e831?rskey=ufjb0X&result=2&prd=MPIL> (accedido el 4 de octubre de 2022).
- GUASTINI, R., «Antinomias y Lagunas Jurídicas», *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana* vol. 29, 1999.
- HITTERS, J. C., «¿Son Vinculantes los Pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)», *Revista Iberoamericana de Derecho procesal Constitucional*, num. 10, 2008.
- «La denuncia (retiro, abandono) de los Estados de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA). Sus efectos sobre las obligaciones estatales. Consecuencias según la corte interamericana de derechos humanos: (opinión consultiva 26/2020 del 9 de noviembre de 2020)» *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, vol. 43, n. 2, 2022, pp. 55-63.
- LIMA, L. C. y MENDES FELIPPE, Lucas, «A Expansão da Jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos Através de Opiniões Consultivas», *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XXI, 2021, pp. 125-166.
- LONDOÑO-LÁZARO, M.C. y Carrillo-Santarelli, N., «The Control of Conventionality: Developments in the Case Law of the Inter-American Court of Human Rights and its Potential Expanding Effects in International Human Rights Law», *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 22, n. 1, 2019, pp. 330-331.
- LÓPEZ ZAMORA, L. A., «Perplejidades Normativas y Límites de la Actividad Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos - Algunas Lecciones Provenientes de la Adopción de la Opinión Consultiva OC-23/17 sobre ‘Medio Ambiente y Derechos Humanos’», *Anuario Español de Derecho Internacional* vol. 37, 2021, pp. 199-248.
- «Revision of Judgment: Inter-American Court of Human Rights (IACtHR)», en H. Ruiz Fabri (ed.), *Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law*, Oxford, Oxford University Press, 2021. Disponible en: <https://opil.ouplaw.com>

- com/view/10.1093/law-mpeipro/e3384.013.3384/law-mpeipro-e3384?rskey=z3aYPP&result=13&prd=OPIL_(accedido el 4 de octubre de 2022).
- MALARINO, E. «Activismo Judicial, Punitivización y Nacionalización. Tendencias Antidemocráticas y Antiliberales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», en G. Elsnér (ed.), *Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*, Montevideo, 2010, pp. 25-62.
- «The Role of International Tribunals: Law-Making or Creative Interpretation?», en: D. Shelton (ed.), *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013, pp. 654-669.
- MEJIA-LEMONS, D. G., «Venezuela's Denunciation of the American Convention on Human Rights», *ASIL Insights*, January 09, 2013. Disponible en: <https://www.asil.org/insights/volume/17/issue/1/venezuelas-denunciation-american-convention-human-rights> (accedido el 4 de Octubre de 2022).
- MORALES ANTONIAZZI, M., «Advisory opinion OC-26/20, Denunciation of the American Convention on Human Rights and the Charter of the Organization of American states and the Consequences for State Human Rights Obligations», *American Journal of International Law*, vol. 116, 2022, pp. 409-416.
- OCHOA JIMÉNEZ, M.J., «La Protección de los Derechos Humanos en Venezuela Frente a la Denuncia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos», *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, vol. 25, 2014, pp. 195-211.
- PRIETO SANCHIS, L., *Apuntes de Teoría Del Derecho*, Madrid, Editoria Trotta, 2005.
- RUIZ-FABRI, H., «Max Planck Law, What is Procedural Law?», Conferencia del 14 y 15 de enero de 2021. Disponible en: <https://law.mpg.de/video/> (accedido el 4 de Octubre de 2022).
- SILVA ABBOTT, M., «¿Es Realmente Viable el Control de Convencionalidad?», *Revista Chilena de Derecho*, num. 2, vol. 45, 2018, pp. 717-744.
- STONE, J., *Legal System and Lawyer's Reasoning*, Standford, Standford University Press, 1968.
- VIO GROSSI, E., «La Naturaleza No Vinculante de las Opiniones Consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos», *Revista Jurídica UNADES*, num. 2, vol. 2, 2018, pp. 200-214.
- «El Control de Convencionalidad y la Corte Interamericana de Derechos Humanos», *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, vol. 25. 2018. pp. 311-336.

Recensiones

GARCÍA GUERRERO, José Luis; MARTÍNEZ ALARCÓN, María Luz, *La Solidaridad. Estudio constitucional comparado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, 600 pp., ISBN 978-84-113007-2-8.

<https://doi.org/10.18543/ed.2654>

Publicado en línea: diciembre 2022

I. INTRODUCCIÓN

A partir de las revoluciones liberal-burguesas de finales del siglo XVIII, como bien se sabe, se fueron imponiendo de modo progresivo las consecuencias organizativas del principio democrático, ampliando el círculo de los electores e incrementando el peso de los parlamentos. La democratización del poder, la inserción del pluralismo en el Estado y la configuración de éste, en muchos casos, a modo de Estado descentralizado políticamente, permitió a su vez, al menos en ciertas constituciones de Europa, configurar la solidaridad como principio jurídico sustentador del nuevo orden, de un renovado Estado territorialmente descentralizado, social y democrático de Derecho. García Guerrero nos explica en el capítulo primero, “La solidaridad como valor y principio constitucional” dos tesis de la mayor importancia, que explican a su vez el sentido de la obra:

– Primero, la configuración de la forma de Estado como territoria-

lmente descentralizado permite la asunción de la solidaridad como elemento sustentador de las relaciones entre los entes descentralizados; en el caso español, la relación de las Comunidades Autónomas entre sí, y a su vez con el propio Estado español, se encuentra configurado por el principio de solidaridad (artículo 2 CE).
– Pero a su vez, en segundo lugar, constata que tal valor, se configura también a lo largo del constitucionalismo como sustentador de la democratización del poder y de la configuración de la democracia social, y en concreto de su proyección en Europa, como bien se sabe, a modo de Estado social y democrático de Derecho; explica además cómo, en sus palabras, “según se incrementa el tamaño de la comunidad se modifica el fundamento de la solidaridad”, el cambio fundamental “se produce al pasar de la pequeña a la gran comunidad” (pág. 48).

No obstante, al igual que se tomó conciencia desde un primer momento de que la democracia política, para generar verdadero poder, y no quedarse en una mera expresión de voluntad, necesitaba organización -democracia había de ser democracia constitucional-, no se proyectó idéntico impulso en la toma de conciencia de la necesidad de dotar de organización al principio de solidaridad; sólo esto podía permitir cimentarlo como elemento sustentador del nuevo orden. Parece necesario, en cualquier caso, diferenciar los diferentes impulsos organizativos del principio de solidaridad. Diferenciados desarrollos que no sólo – y esto es quizá el elemento más singular del libro- acaecen en el continente europeo, y en ciertos órdenes constitucionales del mismo, tanto nacionales como supranacionales, sino también en las más variadas organizaciones a lo largo de todo el mundo. Si el constitucionalismo es una promesa de futuro, y se configura ya desde la Revolución Francesa, con vocación cívica universal¹, su proyección no cabe reducirla al continente europeo. Eso explica que en el libro, de forma muy acertada, se realice un pormenorizado análisis, como ya nos indica García Guerrero en la introducción, de un lado, de los diferentes Estados compuestos de todo el mundo, del otro, de la organización supranacional más avanzada hasta el momento, la Unión Europea, y, por último, de las zonas de libre comercio.

¹ HÄBERLE, P, *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*, Madrid, Mínima Trotta, 1988, págs 87, 88,89

Se parte de una intuición ya constatada en otras investigaciones, “a medida que se profundiza en la integración”, surgen “nuevas estructuras constitucionales de tipo internacional que compart(en) los principios y las relaciones jurídicas de ordinación que singularizan a los Estados compuestos” (pág. 35); y ello, en efecto, permite dividir el libro en tres partes. Una primera dedicada a estudiar la solidaridad en los principales Estados compuestos del mundo, una segunda dedicada a la Unión Europea, diferenciando cuando era Unión aduanera, Mercado común y su evolución en el tipo Unidad económica y monetaria supraestatal en construcción; y por último, una tercera, en la que se comprueba, a través de relevantes Zonas de libre comercio y Uniones aduaneras, que a menor integración es perceptible claramente una disminución de la solidaridad. A ello le antecede un estudio del propio concepto de solidaridad, que no sólo es llevado a cabo de forma general por parte de García Guerrero en el primer capítulo de la obra, también lo realizan los diferentes autores de la obra al abordar las distintas proyecciones de este principio y valor en los variados espacios geográficos a los que hemos aludido anteriormente.

II. SOBRE LA NOCIÓN DE SOLIDARIDAD

La igualdad material, la redistribución de las rentas personales y regionales, y los derechos de prestación, relacionados directamente con la configuración del Estado social y democrático de Derecho, dan cobertura a la configuración del valor de la

solidaridad. García Guerrero presta una particular atención al análisis de la solidaridad. Es cierto, y así lo hace ver el catedrático de Derecho constitucional de la Universidad de Albacete, que su conformación en el constitucionalismo europeo se lleva a cabo principalmente a través de su ordenación a modo de valor, y no de principio (si tal fuera el caso, como nos explica el propio García Guerrero, fundamentándose en la tesis de Aragón Reyes, de la solidaridad cabría extraer judicialmente la obligación de realización de determinadas prestaciones sociales; dando pie a que el juez pudiera suplantar ocasionalmente al legislador democrático). Pero también lo es que la proyección de la solidaridad en los valores antes mencionados (igualdad material, redistribución de rentas regionales, derechos de prestación) revaloriza el sentido de ésta hasta el extremo de que, como se dice expresamente en el voto particular a la STC 44/1982, formulado por cinco destacados magistrados de este órgano constitucional, la igualdad, no es “sólo un derecho individual de los españoles protegible incluso por vía de amparo (artículos 14 y 53.2 CE), sino un principio al que está sometido el legislador (artículos 14 y 9.1 CE), e incluso un valor superior del ordenamiento (artículo 1.1 CE) ante el cual deben ceder otros de rango inferior [...]” (citado por el propio García Guerrero, pág. 61).

Es cierto, y en el libro se hacen numerosas referencias a ello, debemos fundamentalmente a Peces Barba la elaboración más perfilada en la doctrina española del concepto moderno

de la solidaridad². La nueva solidaridad, al tener como objetivo la configuración de un nuevo orden jurídico-político, se cimenta sobre la noción de Estado y sobre los principios de libertad, justicia e igualdad, pilares a su vez de aquel. El tránsito de la solidaridad de los antiguos a la solidaridad de los modernos, que explica magistralmente el malogrado catedrático de Filosofía del Derecho, se considera el punto de partida de tal nueva configuración. La nueva solidaridad, a diferencia de la antigua, no pretende asentarse conceptualmente en nociones morales, particularmente la moral cristiana, sino que aspira a configurarse como principio jurídico, asentado en un concepto de ética racional y universal, cimentando, en definitiva, una nueva relación con el Derecho y así con el ordenamiento jurídico de la Comunidad. El constitucionalismo del Estado social genera las bases para integrar la pluralidad, y lo hace precisamente a través de la configuración del valor solidaridad como medular del nuevo orden. La solidaridad se realiza, en definitiva, como observa Peces Barba, “a través de la función promocional del Derecho, y se identifica con la realización de un ideal común, el de la realización igualitaria y de la integración social”.

Lagos Rodríguez, profesora titular de Economía Política y Hacienda Pública, por su parte, aporta una imprescindible perspectiva económica en el estudio de la solidaridad. Nos explica

² PECES-BARBA, G, Humanitarismo y solidaridad social como valores de una sociedad avanzada”, *Los servicios sociales*, Madrid: Cívitas/ONCE, 1991, pág. 26.

cómo “el análisis de los instrumentos correctores de disparidades nos permitirá valorar la auténtica recepción del principio de solidaridad, (incluso más allá) de su recepción constitucional y de las proclamaciones formales de las leyes de desarrollo (pág. 71). En su opinión, que compartimos, “no solo es necesaria la recepción jurídica del principio, sino que, por su propia naturaleza, debe hacerse efectivo en los niveles de provisión pública que los ciudadanos reciben” (pág. 71).

Como insiste Lagos Rodríguez, si “la función pública de redistribución de la renta y de la riqueza es el instrumento primordial en el logro de la solidaridad colectiva” parece lógico que “la relación entre solidaridad y desigualdad exi(ja) examinar cuál es el nexo entre solidaridad y justicia, ya que la valoración de la desigualdad en una sociedad es el fruto de la idea de lo justo y equitativo que impera en la misma” (pág. 82). Por eso es absolutamente necesario que la solidaridad se exprese en derechos y obligaciones; de lo contrario quedará, en sus propias palabras, relegada a ser un concepto moral o ético. Precisamente la superación de este estado, de la mera configuración de la solidaridad como un mero valor ético, “es lo que ha permitido el avance efectivo en la corrección de desigualdades entre individuos y territorios en el seno de los estados contemporáneos” (pág. 84).

El análisis de la proyección de la solidaridad en los Estados compuestos permite ofrecer, en primer lugar, un primer estudio del valor de la solidaridad en el vigente constitucionalismo.

III. LA SOLIDARIDAD EN LOS ESTADOS COMPUESTOS

La proyección de la solidaridad en los Estados compuestos se lleva a cabo mediante diversos estudios de las principales organizaciones políticas territorialmente descentralizadas de Europa y de América. En el continente europeo se analizan, lógicamente, los tres Estados más relevantes que incorporan una configuración territorialmente descentralizada, España, Alemania, e Italia; a este estudio se incorpora como paradigma de descentralización sustancialmente diferente, la suiza. En el continente americano se analiza la proyección de la solidaridad en Estados Unidos, en Canadá y en Brasil.

El caso español es analizado por Lagos Rodríguez. Como es bien sabido, y pone de manifiesto esta autora, “los tres elementos fundamentales en la vertebración política de nuestro país son la unidad del Estado español –principio de unidad–, la descentralización del poder político en entes territoriales periféricos –principio de autonomía– y la exigencia de un comportamiento solidario entre nacionalidades y regiones –principio de solidaridad–” (pág. 84). Sin embargo, ya alerta de que “a pesar del reconocimiento general de la trascendencia del principio de solidaridad en nuestro ordenamiento jurídico, no existe acuerdo en cuanto a la precisión de su naturaleza y las obligaciones que conlleva, en especial en el ámbito de las relaciones entre el Estado y las comunidades autónomas” (pág. 85).

Ciertamente, el artículo 138 realiza ciertas concreciones de la exigencia de la solidaridad como patrón

inspirador de la nueva estructura territorial; las otras dos referencias expuestas al principio de solidaridad – artículos 156.1 y 158.2– tratan de manera concreta los aspectos económicos y financieros. La solidaridad, en efecto, así, es el principio de articulación que permite la integración de los intereses particulares –a los que atiende el principio de autonomía– y los intereses generales –contemplados en el principio de unidad del Estado–; da cobertura así al principio cooperativo, que resulta de la mayor importancia en un Estado territorialmente descentralizado. Sin embargo, “la indeterminación en su contenido y su función de nexo entre dos principios de la importancia jurídica del de autonomía y unidad han limitado su uso a aquellas ocasiones en que no pueden utilizarse otras normas más precisas y siempre en apoyo de otros preceptos” (págs. 91,92). Explica no obstante el decisivo despliegue de esta cláusula en la financiación autonómica y así el valor del Fondo de Compensación Interterritorial, del El Fondo de Garantía de los Servicios Públicos Fundamentales y de los Fondos de Convergencia.

El caso alemán es analizado por Aday Jiménez Alemán y Villalba Clemente en dos estudios, titulados, el primero, “El principio de solidaridad interterritorial en Alemania como sustento del Federalismo unificador”, el segundo, “Análisis comparativo de la regulación del principio de solidaridad interterritorial (*Grundsatz der Interterritorialen Solidarität*) en Alemania y en España”.

Aday Jiménez, investigador García Pelayo en el Centro de Estudios

Políticos y Constitucionales, expone los rasgos fundamentales del federalismo alemán. Explica cómo la tradición alemana proyecta principalmente el principio de solidaridad en la bien conocida doctrina de lealtad federal o *Bundestreue* (pág. 117). Expone las razones históricas del surgimiento de tal federalismo, que explican en gran medida su actual configuración. Alemania constituye uno de los paradigmas del federalismo unificador y cooperativo, es así considerado el mejor ejemplo del modelo de integración, ya que las competencias exclusivas federales están limitadas, particularmente la política exterior y defensa, siendo casi todas competencias concurrentes atribuidas a la federación y a los *Länder*. Y analiza cómo en el federalismo alemán la solidaridad desempeña un papel relevante. Se proyecta “en la intensa nivelación para corregir las diferencias de capacidad fiscal, tanto horizontal como vertical, junto con la ayuda financiera para inversiones, así como las transferencias condicionadas, aunque excepcionales” (pág. 123). El principio de solidaridad interterritorial alemán está engarzado en la Ley Fundamental, en concreto, en su art. 107, bajo el título X, Hacienda, donde también cabe encontrar la distribución de competencias sobre legislación tributaria (arts. 105, 106 y 108). Explica así de forma pormenorizada el federalismo fiscal alemán.

Villalba Clemente destaca la muy importante labor del Tribunal Constitucional Federal Alemán en la concreción de este valor; en sus propias palabras, éste “se ha ido construyendo mediante una sólida doctrina jurisprudencial del Alto Tribunal alemán

desde mediados del siglo XX basada en lo dispuesto en el artículo 107 de la Norma Suprema”. Incide en la relevancia del concepto de *Bundestreue* y en su vinculación con el valor solidaridad. A partir de esto explica las diferencias y similitudes de los casos alemán y español, y sobre todo explica el significado actual del principio de solidaridad interterritorial tras la reforma financiera de la Ley Fundamental de Bonn aprobada en 2017. Claudio Di Maio analiza, por último, el principio de solidaridad en los Estados suizo e italiano; explica así la solidaridad entre los cantones suizos y las peculiaridades del regionalismo italiano explicando así el principio de compensación entre las regiones italianas.

El estudio del principio de solidaridad en el continente americano se realiza analizando su proyección en tres Estados territorialmente descentralizados emblemáticos, dos de América del Norte, uno de América del Sur. En América del Norte se analizan los casos de Estados Unidos, a cargo de Juan Manuel Goig Martínez, Catedrático de Derecho constitucional de la UNED, y de Canadá; tal estudio corre a cargo de Eduardo Sanz Arcega, Profesor Ayudante Doctor de Economía Aplicada de la Universidad de Zaragoza. De América del Sur Luis Guilherme Arcaro Conci, Profesor de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica de São Paulo (Brasil) analiza el muy destacado caso de Brasil. De estos estudios se desprende la desigual incidencia del principio de solidaridad en estos Estados, y sobre todo las dificultades para la constitucionalización de la redistribución.

Juan Manuel Goig explica expresamente la vertiente económica de la solidaridad, los desequilibrios financieros y la solidaridad, de este modo, el modelo de financiación específico de los Estados Unidos. Eduardo Sanz Arcega se centra en el análisis de la vertiente económica del principio de la solidaridad en Canadá haciendo una especial referencia al sistema de transferencias de nivelación para las provincias. Luis Guilherme Arcaro Conci realiza un estudio específico de la Constitución brasileña de 1988 como hito del Estado social (y democrático de derecho) en el constitucionalismo brasileño y el principio de solidaridad.

IV. LA SOLIDARIDAD EN LA UNIÓN EUROPEA

La dimensión más avanzada de la integración en el Derecho internacional radica, sin duda alguna, en la Unión Europea. Son conocidos, de un lado, los enormes poderes y competencias de que dispone la Unión, del otro, cómo la nueva realidad política mediada por la conocida globalización muestra cada vez más problemas para que los actuales Estados constitucionales aseguren el modelo de convivencia que pretenden; esta organización jurídico-política, por su extensión geográfica y por el conjunto de poderes que acumula, está en condiciones de asegurar los valores constitucionales que pretende. Como observa entre nosotros Azpitarte³, el gran dilema al que tiene que responder

³ AZPITARTE SÁNCHEZ, M., “Un homenaje a Peter Häberle”, *Peter Häberle em el siglo XXI*. Revista Estudos Internacionais, Vol 2, 1, 2016, págs. 62-80.

el nuevo constitucionalismo no es ya la tensión entre Constitución y tiempo (posibilitando la adaptación de la Norma Suprema a éste mediante la interpretación y la reforma constitucional), sino la tensión entre Constitución y espacio, adaptando el orden constitucional a nuevos espacios que hagan posible los valores constitucionales en la nueva realidad. Y si el principio del que cabe partir para realizar la tarea es el de la asunción del pluralismo, como reconoce el propio Azpitarte, el principio de solidaridad está llamado a cobrar un particular y relevante sentido en la nueva realidad jurídico-política.

No puede ser calificado pues sino como un acierto que la obra dedique hasta cinco capítulos a analizar la configuración de la solidaridad en la Unión Europea: Serrano Pérez, González Jiménez, Martínez Alarcón, Sanz Gómez y López Nieto estudian desde diversas perspectivas la configuración de la Unión Europea. Lo hacen con un primer capítulo titulado “La solidaridad en la Unión aduanera europea y su tránsito hacia el Mercado común”, de Serrano Pérez; le sigue “La cohesión económica y social como objetivo comunitario y principal elemento de solidaridad en el mercado común (único) europeo y en la transición hacia la unidad económica y monetaria”, a cargo de González Jiménez, el muy decisivo “Solidaridad y política de cohesión en la Unidad económica y monetaria supraestatal Unión Europea” de Martínez Alarcón, el también muy interesante “La financiación y el valor añadido de la política de cohesión en la Unidad económica y monetaria supraestatal: Un clásico instrumento redistributivo al

servicio de una reforzada estabilización macroeconómica” de Sanz Gómez y, por último, “La contribución del Comité de las Regiones en la política de cohesión de la Unión Europea” de López Nieto.

El estudio de Serrano Pérez es fundamentalmente histórico. Analiza las diferentes referencias a la solidaridad en los primigenios Tratados de las antiguas Comunidades Europeas, así como los fondos previstos. Explica los diferentes intentos de construcción de una política regional más allá de los instrumentos de solidaridad del Tratado. Expone, por último, los diferentes fondos estructurales, el Fondo Social Europeo, el Fondo Europeo de Orientación y Garantía Agrícola, y el Fondo Europeo de Desarrollo Regional. Explica a su vez la naturaleza jurídica y el funcionamiento del Banco Europeo de Inversiones. La solidaridad, en efecto, como corrección de desequilibrios regionales y personales, remediados en forma de financiación, se materializa en los primeros momentos europeos a través de los fondos creados en el tratado constitutivo. No obstante, como indica la propia autora, desde muy temprano los intentos normativos y de las propias instituciones europeas de dar otro enfoque a la solidaridad son constantes. El FEDER y los PIM aportan ya una visión diferente a PAC.

González Jiménez hace ver en el capítulo “La cohesión económica y social como objetivo comunitario y principal elemento de solidaridad en el mercado común (único) europeo y en la transición hacia la unidad económica y monetaria” el decidido impulso del Acta Única Europea y, así, la

reforma de los fondos estructurales acaecida en 1988. Explica, por último, la consolidación de la cohesión en el Tratado de la Unión Europea.

Martínez Alarcón explica en el decisivo capítulo decimoprimeros el valor de la Solidaridad y de la política de cohesión en la Unidad económica y monetaria supraestatal denominada Unión Europea. Y lo hace, en primer lugar, concibiendo la misma como un imperativo de la propia dimensión que ha alcanzado la Unión Europea. Cuanto más compleja es la comunidad política, y la Unión Europea lo es, más posibilidades habrá de que haya conflictos, y más necesaria será la configuración de mecanismos para resolverlos. La existencia de una cierta homogeneidad/uniformidad en la situación de las partes de una determinada comunidad minimiza las tensiones que pueden plantearse entre ellas. El valor de la Solidaridad, con sus correspondientes instrumentos destinados a garantizar la cohesión, resultan decisivos. *Las bases jurídicas del principio de solidaridad y de la política de cohesión en el Tratado de Lisboa* son centrales para llevar a cabo la tarea. Explica en este sentido cómo se tuvo conciencia desde un primer momento de la imposibilidad de llevar a cabo el proyecto europeo en un contexto de grandes disparidades. Expone a su vez el proceso decisorio en la política de cohesión de la unidad económica y monetaria supraestatal unión europea. Explica, por último, la política de cohesión comunitaria a partir de la tercera fase de la unidad económica y monetaria. Explica así las bases jurídicas del principio de solidaridad y de la política de

cohesión en el Tratado de Lisboa. La política de cohesión europea ha evolucionado mucho desde que se incluyera como tal política en el Acta Única Europea; no obstante, constata que existen ciertos obstáculos que impiden su plena implantación.

Sanz Gómez incide en la explicación de la financiación de la política de cohesión: los marcos plurianuales de gasto y el sistema de recursos propios. Expone la gestión de los fondos estructurales y de inversión europeos y el sistema de recursos propios del presupuesto general, el rendimiento y el valor añadido de la política de cohesión. Explica por último los avances en materia de cohesión económica, social y territorial y el impacto macroeconómico de las intervenciones.

López Nieto, por último, en su artículo “La contribución del Comité de las Regiones en la política de cohesión de la Unión Europea”, explica, de un lado, la composición y funcionamiento de este comité, del otro, su proyección en el marco de la política de cohesión. Expone por último el marco financiero plurianual para 2021-2027 y las reformas acaecidas en el contexto de la crisis del coronavirus.

V. LA SOLIDARIDAD EN LAS ZONAS DE LIBRE COMERCIO

La proyección de la solidaridad, como se nos anticipaba en el comienzo de la obra, es más débil en las estructuras jurídico-políticas menos desarrolladas, y que han alcanzado un nivel de integración menor. Habiendo estudiado la integración emblemática de la Unión Europea, resta estudiar todas

aquellas uniones políticas de Derecho internacional que, no habiendo alcanzado tal nivel de integración, sí se encuentran en fases previas que pueden anticipar mayores cotas de integración y en consecuencia mayores posibilidades para el despliegue del principio y valor de la solidaridad en las respectivas entidades jurídico-políticas.

A ello se dedican los estudios dedicados a analizar específicamente la solidaridad interterritorial en la Unión Africana y en la Asean, la solidaridad interterritorial en la Alianza del Pacífico, el principio de solidaridad en el Nafta y la nueva configuración en el Usmta, los mecanismos de solidaridad en la Comunidad Andina y en el Mercosur. Miguel Ángel Sevilla Duro, Jairo Andrés Castaño-Peña, Jesús López de Lerma Galán, Juan Francisco Barroso Márquez y Calogero Pizzolo analizan estas uniones jurídico-políticas. Los diferentes fondos destinados a compensar ciertos desequilibrios, pero también los límites existentes a los mismos, y en definitiva a la solidaridad, son también objeto de análisis.

VI. A MODO DE CONCLUSIONES

Quizá sea verdad, como observa Requejo Pagés en su obra *El sueño constitucional*, que negar el carácter violento y *hobessiano* de la realidad social constituya una de las aspiraciones más absurdas y trágicas de la condición humana; y que sólo quepa pues la administración de tal condición mediante la racionalización de la violencia a través del Estado, no necesariamente inspirado por valores

constitucionales⁴. Y que en consecuencia el caso europeo, en el que cristaliza un modelo de convivencia en torno al valor de la solidaridad, a través de la configuración del Estado territorialmente descentralizado, social y democrático de Derecho, quepa entenderlo a través de lo que este mismo autor denomina “La excepción europea”. Ahora bien, la herencia constitucional no es solo el resultado de un proceso sino sobre todo una promesa de futuro. El constitucionalismo social se configuró en un momento histórico como hegemónico en Europa, y además lo hizo, como bien observa Häberle, a modo de modelo de convivencia con una clara vocación cívica universal. La facultad de la promesa (Arendt), el imperativo categórico (Kant) o el deseo de reconocimiento (Hegel), también pueden fundar la esencia de la naturaleza humana, y de hecho lo hicieron a partir del constitucionalismo posterior a la II Guerra Mundial.

El constitucionalismo de entreguerras sentó las bases dogmáticas, y el periodo que siguió a la II Guerra Mundial lo convirtió en hegemónico. Cabía entender en su momento, y seguramente cabe entender también en la actualidad, que a través de las luchas por la libertad, la Justicia y el Bien común, bien pueden haberse creado paradigmas, al menos en el viejo continente, que pertenezcan al legado cultural de la Humanidad como genes culturales. La cultura jurídica europea, como bien dice mi maestro, “se contrapone a las

⁴ REQUEJO PAGÉS, J.L., *El sueño constitucional*, Oviedo, KRK Ediciones, 2016, pág. 40.

culturas de otras áreas geográficas, en la medida en que no pocos de sus elementos han nacido con vocación de universalidad”⁵.

El libro coordinado por García Guerrero y Martínez Alarcón nos explica las diferentes proyecciones del valor de la solidaridad en las variadas organizaciones políticas del mundo. Ciertamente, es en el viejo continente en el que, tanto a nivel estatal, como supranacional, la proyección de este valor y principio, alcanza mayores y mejores cotas de organización. Pero tal proyección también se realiza en las más variadas organizaciones jurídico-políticas a lo largo del mundo. El libro, como venimos señalando, no se limita a estudiar los primeros, sino que realiza asimismo un análisis

serio y riguroso de los segundos. Y además, en el último capítulo incluye un compendio sobre la solidaridad en las constituciones estatales y en los tratados de la Unión Europea (a cargo de Yolanda López Nieto). Si la configuración del constitucionalismo a nivel planetario exige una previa comprensión de la realidad, este libro nos lo ofrece con creces. Y si el objetivo último es que la previa comprensión pueda mover a la transformación, la serie de conclusiones que los diferentes autores extraen de la proyección de este principio en cada orden territorial cobra una renovada importancia. Tales ricas reflexiones pueden constituir el germen del impulso democrático, también a nivel planetario.

Jorge Rafael Alguacil Gonzalez-Aurioles
Profesor Titular de Derecho Político
UNED

⁵ LÓPEZ PINA, A, “Prólogo. La vocación cívica universal de Pedro Häberle”, *Libertad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional*, Madrid: Trotta, 1998, pág. 11.

LASSALLE, Ferdinand, *Sobre la esencia de la Constitución*, Pireo, Madrid, 2021. Traducción y estudio preliminar de Carlos Ruiz Miguel, 130 pp., ISBN 978-84-120466-6-3¹.

<https://doi.org/10.18543/ed.2655>

Publicado en línea: diciembre 2022

I

Ciento sesenta años han pasado desde que Ferdinand Lassalle pronunciara sus dos famosas conferencias sobre la esencia de la Constitución². Mas su pensamiento no ha perdido vigencia, sino que, con las décadas, es más y más actual. Motivo por el que la reedición de sus conferencias junto a otros tres textos (el «Apéndice a la segunda conferencia», que recoge dos artículos de prensa, «Poder y derecho. Carta abierta» y «Poder y derecho»), que el profesor Carlos Ruiz Miguel ha llevado a cabo, no puede ser más oportuna.

¿Por qué es interesante leer a Lassalle hoy?

Porque el genial jurista socialista prusiano supo identificar gran parte de los males que circundan en nuestro tiempo a Occidente en general y a

España en particular. Entre otras cuestiones, resaltó el peligro de recurrir a la deuda pública, que solo sirve para «devorar el dinero del mañana»; mostró a los gobernantes democráticos como «aduladores», que, con el convenio de los medios de comunicación («esos espíritus mezquinos que diariamente en sus artículos de opinión predica[n] contra la inmoralidad», a la vez que «no [ven] que la mentira es un medio profundamente inmoral»), mantienen al pueblo en la inopia más absoluta.

Ya solo por lo anterior merecería la pena leerlo, pero el libro ahora reeditado va mucho más allá. Y es que el socialismo Lassalle, como bien advirtió Hans Kelsen, es muy superior a otros. Si Marx es el padre del comunismo, Lassalle lo es de la socialdemocracia. Mientras que el primero defiende el internacionalismo,

¹ Francisco Vila Conde, ORCID 0000-0003-3024-4287, contratado predoctoral FPU (19/432) en filosofía del derecho en UAM, España, francisco.vila@uam.es.

² La primera fue pronunciada en abril de 1862 y la segunda en noviembre del mismo año.

el segundo es un nacionalista alemán («lo único que a nosotros nos importa: ¡el pueblo alemán!», exclamaba) que afirma la lucha obrera dentro de un Estado concreto. «Lassalle no pierde nunca la fe hegeliana en el Estado»³. Alejándose del marxismo, manifiesta que el Estado no es un instrumento de explotación de clase y, consecuentemente, el Estado no ha de desaparecer sino que es una herramienta indispensable al servicio del conjunto de la sociedad nacional. Considera, por lo tanto, que el Estado tiene la misión de elevar a la clase obrera de su nación. Como evoca Ruiz Miguel en el «estudio preliminar»: «La consecución de los propósitos de la clase obrera solo se puede hacer en el marco de la nación en la cual existe. Es decir, aunque se suela hablar de clase obrera no sería del todo exacto hablar de ‘una’ clase obrera en el mundo, sino que se podría decir que hay tantas clases obreras como naciones. Cada circunstancia nacional implica la existencia de problemas peculiares que, por tanto, deben tener un tratamiento diferenciado». Este sano *realismo* de Lassalle, corroborado por más de un siglo de historia, hace que, como apuntara Kelsen, sea «urgente y necesaria una ‘vuelta a Lassalle’, una vez demostrada la insuficiencia del análisis de Marx y Engels»⁴.

³ GARCÍA-PELAYO, M. «¿Qué es una constitución?», *OC III*, CEPC, Madrid, 2009, p. 3074.

⁴ SOSA WAGNER, F. «Thomas Olechowski: ‘Hans Kelsen. Biographie eines Rechtswissenschaftlers’», *Revista de Estudios Políticos*, nº 192, 2021, p. 313.

II

Las conferencias que se recogen en el libro disertan *sobre la esencia de la Constitución*. Por ello, Ruiz Miguel ha decidido intitular así la obra, distanciándose del canónico título de su primera traducción al español (¿Qué es una constitución?) hecha por Wenceslao Roces en 1931.

El concepto de Constitución de Lassalle ha dado lugar a que Manuel García-Pelayo lo ubique como señero representante del tipo «sociológico» de Constitución. Mas es preciso, antes de ver qué dice el constitucionalista español, analizar por nosotros mismos el concepto de Constitución de Lassalle.

Según el jurista alemán, dos tipos de Constituciones conviven en nuestra época: una Constitución real y otra escrita. La Constitución escrita es propia de los sistemas modernos y, desde el punto de vista formal, se caracteriza por ser «algo más que una ley». Esto significa que tiene una rigidez superior a las leyes (por ejemplo, la Constitución de la Restauración canovista de 1876 era pétrea, o sea, inmodificable, mientras que la de 1978 requiere de quórum cualificados para su reforma) y, por lo tanto, no puede ser modificada por ellas, a la vez que estas últimas deben adaptarse a la Constitución (escrita).

Sin embargo, al lado o, más bien, por encima de la Constitución escrita se halla la Constitución real compuesta por los poderes sociales más fuertes. Cuando nos preguntamos por la esencia de la Constitución, vamos derechos a lo que Lassalle denomina «relaciones fácticas de poder», que «son aquella fuerza actuante eficazmente que determina todas las leyes e instituciones

jurídicas de esa sociedad». Por consiguiente, si queremos saber en quién reside la Constitución debemos averiguar quiénes son los grupos sociales más vigorosos. «La Constitución de un país -afirma- es, precisamente, esto: las relaciones de poder fácticas existentes en un país». Así pues, en la España actual, tendríamos a los partidos políticos, los sindicatos, la Corona, la Iglesia, el ejército, etc. Por ende, la Constitución real de la España contemporánea reside en ellos o, empleando la expresión de Lassalle, «ellos son un fragmento de la Constitución».

¿Cómo se relaciona la Constitución real con la Constitución jurídica? La historia nos responde. A saber, los grupos sociales más poderosos suelen acabar plasmándose por escrito en la Constitución escrita u «hoja de papel». Por ejemplo, los partidos políticos, que eran una realidad social desde los años veinte -de hecho, ellos fueron quienes rehicieron los sistemas constitucionales alemán, italiano o francés tras la Segunda Guerra Mundial-, fueron reconocidos jurídicamente en las Constituciones posteriores a 1945. Pasaron, así, de ser simples actores sociopolíticos a ser sujetos jurídico-constitucionales legitimados por el derecho o, como diría Lassalle, dejaron de «ser relaciones fácticas de poder para convertirse en derecho, en instituciones jurídicas», y, de este modo, «esas relaciones fácticas de poder se convierten también en jurídicas y adquieren operatividad».

Fácil es colegir de lo precedente que una Constitución escrita será buena y duradera solo si se adecúa a los poderes sociales vigentes en un país. Por el contrario, si la Constitución escrita difiere

de la real, «tiene lugar un conflicto que no tiene remedio y para el que es necesario a la larga que la Constitución escrita, la simple hoja de papel, deba someterse a la Constitución real, a las relaciones de poder existentes de hecho en el país». Y de aquí la fundamental función de integración, señalada con acierto por Smend⁵, que la Constitución escrita tiene. Es decir, para no perecer, la Constitución escrita ha de ser dinámica y capaz de integrar en sí a los poderes sociales que conforman, en cada momento, la Constitución real. Pues «la Constitución escrita es solo la expresión de estas relaciones de poder y sin este fundamento real carece de valor».

Empero, puede darse -como también la historia nos muestra- que la Constitución escrita no sepa o, simplemente, no pueda integrar en sí a los poderes sociales más fuertes. ¿Qué pasa en estos casos? Pues que habrá un conflicto entre el poder (Constitución real) y el derecho (Constitución escrita). Pugna que, indefectiblemente, será ganada una y otra vez por el poder. Porque las relaciones fácticas de poder, recuerda Lassalle, «son, en última instancia, lo decisivo y lo que determina la práctica jurídico-estatal». El poder, y no el derecho, será, en último término, quien prevalecerá y decidirá el

⁵ «El problema central de toda Constitución (...) consiste en la cuestión de su fuerza integradora». Smend, R. *Constitución y derecho constitucional*, en SMEND, R. y KELSEN, H. *La controversia Smend/Kelsen sobre la integración en la Constitución y el Estado durante la República de Weimar: Constitución y Derecho constitucional versus El Estado como integración*, Tecnos, Madrid, 2019, p. 110; también, véase, pp. 23 y ss.

porvenir del Estado. Quien diga lo contrario meramente proclama «piadosos deseos infantiles y nada más».

III

Por último, quiero destacar dos cuestiones de la presente edición de las conferencias lassallianas.

En primer lugar, no podría terminar sin responder a las alusiones que el profesor Ruiz Miguel hace sobre García-Pelayo en su «estudio preliminar». Críticas con las que, sin embargo, el jurista zamorano estaría de acuerdo. Básicamente, Ruiz Miguel sostiene que García-Pelayo ignora la Constitución escrita de la que Lassalle habla. Es decir, según la lectura que haría García-Pelayo, la Constitución en Lassalle es algo meramente sociológico. El jurista socialista germano sería, pues, un mero sociólogo al que no le importa lo jurídico.

Contrariamente a lo que manifiesta el catedrático de derecho constitucional de la Universidad compostelana, García-Pelayo no ignora las dos Constituciones expuestas por Lassalle.

- a) Uno de los primeros escritos de García-Pelayo fue una reseña a la traducción de Roces de 1931⁶. En ese texto, el primer presidente del Tribunal Constitucional percibe nítidas las dos Constituciones. «Siempre ha habido -nos dice- constituciones; lo único que es peculiar de los tiempos

modernos son las constituciones escritas»⁷. Ahora bien, partiendo del reconocimiento de ambas Constituciones, sostiene que la escrita (el deber ser) no puede entenderse si se aleja de la real (del ser). Según su lectura de Lassalle, lo sociológico determina lo normativo. Por eso, concluye, «una constitución no puede ser nunca fruto de las ideas de un jurista; una constitución ha de tener como supuesto esencial el estar de acuerdo con las condiciones reales y objetivas del estado social sobre el cual va a ser aplicada»⁸. Es decir, como vimos con Lassalle, si la Constitución escrita quiere tener vigencia, ha de sancionar jurídicamente a los poderes sociales que conforma la Constitución real.

- b) En *Derecho constitucional comparado* (1950), García-Pelayo tampoco ignora, ni mucho menos, la parte jurídica de la Constitución en Lassalle. Primero, la Constitución, según García-Pelayo, es «la estructura jurídico-política de un Estado concreto»⁹. Luego, de su comprensión de la Constitución, ni siquiera cuando expone los tipos históricos decimonónicos, jamás puede inferirse que ignore el elemento específicamente jurídico de la Constitución. Segundo, cuando

⁷ *Ibidem*, p. 3074.

⁸ *Ibidem*, p. 3073.

⁹ GARCÍA-PELAYO, M. *Derecho constitucional comparado*, OC I, CEPC, Madrid, 2009, p. 327.

⁶ GARCÍA-PELAYO, M. «¿Qué es una constitución?», OC III, CEPC, Madrid, 2009, pp. 3073-3075.

habla de los tipos históricamente dados en el siglo XIX (racional normativo, histórico tradicional y sociológico), simplemente afirma que el concepto sociológico «es la proyección del sociologismo en el campo constitucional»¹⁰; campo que, como acabamos de ver, es jurídico. El sociologismo es una posición doctrinal que recuerda que el derecho, así como la política y la cultura, ha de ponerse en relación con las situaciones sociales. Es decir, si bien lo jurídico y lo sociológico son cosas distintas, no pueden, empero, entenderse cabalmente si son consideradas de forma totalmente independiente; dicho de otro modo, lo sociológico y lo jurídico están en relación dialéctica. Tercero, García-Pelayo, siguiendo su escrito de 1931, concluye que el concepto sociológico puso, con gran tino, el punto en la llaga sobre la importancia de que la Constitución escrita coincida con la Constitución real o, empleando sus palabras, la Constitución escrita «será tanto más vigente y eficaz cuanto más tienda a coincidir» con la realidad social¹¹.

- c) En conclusión, es claro que García-Pelayo tiene en cuenta a Lassalle como jurista¹², no

como sociólogo. Meramente recuerda, como afirma el mismo Ruiz Miguel en su estudio, que, para Lassalle, la esencia de la Constitución «es ser la expresión de las relaciones fácticas de poder», o sea, las fuerzas sociales son «el suelo en el que crece la norma jurídica»¹³.

En segundo y último lugar, ha de reconocerse el trabajo desempeñado por Ruiz Miguel al ofrecer una traducción de Lassalle alternativa a la canónica traducción de Wenceslao Roces. Su objetivo fue hacer «una traducción fiel al original». Pues, según narra la contracubierta, «la versión de Roces no es fiel al original, no traduce íntegramente algunos pasajes, traduce mal otros y no permite llegar al sentido último de la obra de Lassalle. Por

¹³ A mi juicio, la gran pega que debe hacerse a Lassalle es ignorar el poder fáctico de lo normativo. Algunas veces, lo normativo ha tenido y tiene capacidad de moldear lo sociológico. Por ejemplo, el artículo 2 de la Constitución, con su famoso «nacionalidades» y su farragoso título VIII, ha dado un poder a los nacionalismos periféricos que era inexistente en 1978. Como evoca Alejandro Nieto: «El defectuoso tratamiento de las autonomías territoriales. Una cuestión discutible, ciertamente, pues caben muchas opciones sobre ella; pero lo que está fuera de dudas es lo imperfecto de su redacción (sobre este punto hay unanimidad de opiniones), que ha dado lugar a unas prácticas posteriores decididamente desviadas que han facilitado la aparición del federalismo y del separatismo que en 1978 eran todavía irrelevantes» (Nieto, A. «El pasado democrático español», *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, nº 97, 2020). He aquí, pues, el poder fáctico de lo normativo.

¹⁰ *Ibidem*, p. 269.

¹¹ *Ibidem*, p. 271.

¹² Según GARCÍA-Pelayo, Lassalle fue «un jurista destacado y un agitador y organizador socialista». *Ibidem*, p. 273

ello, parece necesario ofrecer una versión fiel al original». En cuanto a los pasajes omitidos por Rocés, que están señalados en el «Apéndice a la segunda conferencia», sí debe hacerse notar el éxito de la traducción. Sin embargo, la crítica principal a la versión de Rocés consiste en que la versión de este último, según Ruiz Miguel, no distingue adecuadamente entre «Verfassung» (que sería la Constitución escrita, traducida por «Constitución» sin adjetivaciones por Ruiz Miguel) y «Konstitution» (que sería la Constitución real, que Ruiz Miguel traduce como «constitución política»). Mas no creemos -tras haber comparado ambas versiones- que la versión de Rocés lleve a engaño. Por ejemplo, cuando Lassalle señala que el ejército,

el rey, los banqueros, la gran burguesía, etc., «son fragmentos de la Constitución», es claro que se refiere a la Constitución real o «constitución política»; pero, atendiendo a la traducción de Ruiz Miguel, en el original alemán pone «Verfassung»¹⁴. En definitiva, cuestiones propias de filólogos en las que no nos vemos con autoridad alguna para inclinarnos en uno u otro sentido, más allá de dejar escrito que, como sostiene el mismo Ruiz Miguel, «la traducción de Rocés es fácilmente inteligible». Si bien apostilla, «pero insisto que no es fiel». En todo caso, para mayor gloria de Lassalle, ahora el público español cuenta con dos traducciones de esta breve, pero excelsa, obra que podrá fácilmente leer y comparar.

Francisco Vila Conde

Investigador contratado predoctoral FPU
Universidad Autónoma de Madrid

¹⁴ Véanse dos ejemplos. Ruiz Miguel traduce: «Todo país y en cualquier tiempo ha tenido una Constitución real o constitución política. Lo que es realmente peculiar del tiempo moderno -y es muy importante dejarlo nitidamente claro- no son las Constituciones reales, sino las Constituciones escritas u hojas de papel». Rocés, por su parte, lo hace así: «Así, pues, todo país tiene, y ha tenido siempre, en todos los momentos de su historia, una Constitución real y verdadera. Lo específico de los tiempos modernos (...) no son las Constituciones reales y efectivas sino las Constituciones escritas, las hojas de papel» (Lassalle, F. *¿Qué es una constitución?*, Ariel, Barcelona, 1994, p. 101). O, en otro lugar, la traducción de Ruiz Miguel dice: «[La Constitución escrita es buena y duradera solamente si] se corresponde con la Constitución real, con las relaciones de poder reales existentes en un país. Allí donde la Constitución escrita no se corresponde con la real, tiene lugar un conflicto que no tiene remedio y para el que es necesario a la larga que la Constitución escrita, la simple hoja de papel, deba someterse a la Constitución real, a las relaciones de poder existentes de hecho en el país». En su traducción, Rocés: «[Una Constitución escrita será buena y duradera cuando] corresponda a la Constitución real, a la que tiene sus raíces en los factores de poder que rigen en el país. Allí donde la Constitución escrita no corresponde a la real, estalla inevitablemente un conflicto que no hay manera de eludir y en el que a la larga, tarde o temprano, la Constitución escrita, la hoja de papel, tiene necesariamente que sucumbir ante el empuje de la Constitución real, de las verdaderas fuerzas vigentes en el país» (Lassalle, *¿Qué es una constitución?*, op. cit., p. 109).

SIMÓN CASTELLANO, Pere, *La prisión algorítmica. Prevención, re-inserción social y tutela de derechos fundamentales en el paradigma de los centros penitenciarios inteligentes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, 304 pp., ISBN 978-84-1113-807-9.

<https://doi.org/10.18543/ed.2656>

Publicado en línea: diciembre 2022

La obra objeto de recensión es de la autoría del Prof. Dr. Pere Simón Castellano, quien reciente y más que merecidamente ha obtenido la acreditación a Profesor Titular de Derecho Constitucional por la ANECA.

Este trabajo es uno de los frutos del Proyecto de investigación, del que el autor es investigador principal, intitulado “La problemática de la prisión provisional en la práctica: estudio interdisciplinar y comparado”, de la Universidad Internacional de La Rioja (convocatoria “Financiación de Proyectos RETOS de Investigación UNIR”, 2020)

Nos hallamos ante una monografía que sigue un patrón cercano al ensayo y que ha sido elaborada con pleno rigor académico, presentando un notorio interés jurídico-práctico. En la misma se demuestra un excelso manejo de la metódica investigadora, así como de las

fuentes bibliográficas, legales y jurisprudenciales. Ha sido prologada y elogiada por el Prof. Dr. Esteban Mestre Delgado, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Alcalá. Asimismo, esta obra cuenta con un proemio elaborado por el Prof. Dr. Bernardo José Feijoo Sánchez, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid, se compone de una introducción, a modo de planteamiento de la cuestión, sobre la incidencia y problemática de las nuevas tecnologías en el marco de la prisión y pivota alrededor de tres ejes o partes fundamentales, que llevan por título, respectivamente: “El sistema penitenciario español. Apariencia versus realidad práctica; “Tecnología ad hoc para la seguridad y para la valoración del riesgo de comisión delictiva futura” y “Los derechos fundamentales de los

internos frente a los sistemas de inteligencia artificial”

En la primera parte, el autor concentra su atención en realizar un análisis del sistema penitenciario español, resaltando sus debilidades (que no son pocas) y fortalezas. Alude al principio de flexibilidad y hace referencia a la situación de “limbo” que afecta a los presos preventivos que, a fin de cuentas, son presos sobre los que no pesa ninguna condena. Examina también las figuras de la libertad condicional, la libertad vigilada y la prisión permanente revisable, habiendo mención además a las pulseras y al control telemático.

Quizás la sección de más relevancia es aquella en la que pone sobre la mesa la polémica que puede suscitar el hipergarantismo o la tutela desbocada y su incidencia sistemática en la labor penitenciaria, punto que puede ponerse en sintonía con el apartado en el que explica las particularidades de la reinserción social y el actuarialismo penitenciario. En este último apartado hace referencia al análisis de la herramienta RisCanvi, al sistema de valoración de riesgo HCR-20V3, así como a la SARA para la valoración de riesgo de violencia de género. Como no podía ser de otro modo, en el contexto de la automatización y digitalización de las herramientas actuariales, el autor dedica unas páginas a tomar como paradigma el caso *Wisconsin v. Loomis*, en lo que respecta al uso de sistemas de inteligencia artificial para determinar si

procede o no acordar una medida de prisión provisional. Trata así de extraer lecciones que hagan que no se reproduzcan los mismos errores que tuvieron lugar en dicho caso.

Dentro de la primera parte, encontramos también otros dos interesantes objetos de estudio, como son, por un lado, la situación y gestión de las prisiones durante la pandemia por COVID-19 (y los estados de alarma en España), habida cuenta del impacto que en los derechos (y también en la rutina, convivencia y actividades de los internos) desplegaron las medidas adoptadas con motivo de la crisis sanitaria y, por otro lado, el marco jurídico de la modernización tecnológica de la mano.

En la segunda parte de la monografía, el autor se concentra en analizar la sociedad del riesgo poniéndola en relación con la inteligencia artificial predictiva, su diseño, su aplicación y su utilización. A continuación aborda el reconocimiento facial y “Predictive policing” con fines de seguridad para descender después al examen de los sistemas de expertos para la valoración del riesgo de reincidencia o comisión delictiva futura, donde la inteligencia artificial juega y jugará un papel crucial en nuestro sistema judicial y penitenciario. En último término, el autor se cuestiona si ¿puede sustituir la inteligencia artificial el juicio jurisdiccional del juez de vigilancia penitenciaria?

En la tercera y última parte, diserta sobre los derechos fundamentales de los internos ante los

riesgos y peligros que plantea el uso de la inteligencia artificial y que afectan en particular a la dignidad humana, entendida en sentido amplio (englobando el derecho a la vida digna, derecho a la integridad física y moral, derecho a la intimidad, derecho a la privacidad y derecho a la protección de datos), al derecho de defensa, al derecho a la presunción de inocencia, al derecho a la igualdad y a no ser objeto de discriminación y al derecho al tratamiento y la segunda oportunidad.

Tras examinar el significado y alcance de dichos derechos (y otros), amén de valorar cómo y hasta qué punto se pueden ver comprometidos con el uso de mecanismos de inteligencia artificial, el autor explica los componentes de transparencia, trazabilidad y auditabilidad que deberían estar presentes en los sistemas de inteligencia artificial, como garantía y elemento de fiabilidad y, además, alude al papel “sustancial” del Consejo Europeo de Inteligencia Artificial y de los organismos de supervisión de control.

Para finalizar su obra, el autor incluye un epígrafe de conclusiones, entre las que cabe resaltar que su reflexión sobre el modelo penal y penitenciario español cuando apunta que *“La principal debilidad de nuestro modelo es la facilidad de vaciar de contenido a los mandatos de naturaleza constitucional. La reinserción es el fin de las penas, pero el tratamiento no es obligatorio. En la práctica casi todos los internos lo siguen, pero los estudios advierten*

que el tratamiento en nuestros centros penitenciarios, a contrario de lo que indican las cifras que ofrecen las administraciones penitenciarias, es muy escaso. ¿Realmente es la reinserción el fin de la pena? O se trata, más bien, de fines retributivos y castigo, como viene señalando Rivera Beirás desde hace décadas (véase, por todos, 2003). Son las dos caras de nuestro modelo, la terrible distancia entre teoría y práctica”.

Como broche de oro, la monografía cuenta con un Epílogo elaborado por el Prof. Dr. Antonio Andrés Pueyo, Catedrático de Psicología en la Universidad de Barcelona (UB), Supervisor sénior del Institut de Psicologia Forense, Director del Màster de Psicologia Forense y Criminal (UB) y Promotor de prevensi.es

Tras sintetizar el contenido más reseñable de la obra, no podemos sino recomendar su lectura, considerándola como referente en lo que atañe al uso y aplicación de los algoritmos en el ámbito de la prisión, al funcionamiento de los centros penitenciarios del presente y del futuro y a la tutela de los derechos fundamentales en este contexto, que cada vez se muestra más controvertido.

Aunque la extensión de la obra es considerable, sus apartados no resultan densos y permiten consultar prácticamente todos los aspectos controvertidos (y de enjundia) en esta materia, además de obtener respuestas a múltiples interrogantes de notoria incidencia práctica. Asimismo, no podemos obviar que la

forma en que se ha redactado el trabajo, hace que su lectura se presente amena y dinámica.

Ahora bien, la genuinidad de este trabajo deriva de que, a partir del mismo, se pueden extraer ideas técnicas y prácticas, que invitan a la reflexión, teniendo en cuenta la realidad actual y la que nos asistirá en un futuro muy próximo. Esas ideas resultan de máximo interés, tanto para quienes investigan sobre esta temática, como para quienes ejercen la profesión de la abogacía (en particular, en asuntos propios de Derecho Penal), amén de para múltiples profesionales del ámbito de diversas disciplinas, como la Criminología, la Psicología, la Sociología o el Trabajo Social. Y por supuesto, a nuestro juicio la obra conforma una herramienta que cualquier profesional del ámbito penitenciario debería manejar, especialmente los Juristas de Instituciones Penitenciarias.

En efecto, el autor pone sobre la mesa, entre otros, los fenómenos de las *Smart prison*, “*con objetos conectados a Internet y unos niveles de seguridad y orden sin parangón*”, que debemos empezar a conocer cuanto antes, puesto que resistirse al progreso de la tecnología es inútil, además de necio. Nos encontramos en plena transición hacia la era digital y debemos ser conscientes de ello,

escapando del anquilosamiento de las ideas e institutos tradicionales y abriendo las miras para poder entender y dar respuesta a los nuevos problemas sociales y jurídicos del ya presente y también futuro, para no restar anacrónicos y, sobre todo y más importante, para poder seguir luchando por garantizar los derechos fundamentales y su tutela, pese a los cambios sociales y económicos que el impacto de las TICs y, más todavía, de la Inteligencia artificial traerá consigo.

Por último, en consonancia con lo anterior y como bien precisa el autor, el uso de la inteligencia artificial en la esfera penal, procesal penal y penitenciaria es “*perfectamente viable si viene acompañado de ciertas garantías tales como la transparencia, auditabilidad, explicabilidad y trazabilidad del código; el derecho al recurso, al tratamiento y a la segunda oportunidad frente al sistema de IA; así como de la existencia de un órgano de control colegiado multidisciplinar e interdisciplinar, que aúne y reúna a todos los profesionales involucrados en la toma de decisiones en el ámbito de la ejecución penitenciaria, cuya participación se concrete tanto en el diseño de las herramientas y fórmulas algorítmicas, como en su mantenimiento, evaluación y mejora continua*”.

María Victoria Álvarez Buján

Profesora Contratada Doctora Universidad Internacional de La Rioja
Abogada (colegiada 2.523 I.C.A. Ourense)

VIDAL PRADO, Carlos, *La Junta Electoral Central española. Análisis de algunas decisiones recientes*, Editorial Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Ciudad de México, 2020, 84 pp., ISBN 978-607-708-517-1.

<https://doi.org/10.18543/ed.2657>

Publicado en línea: diciembre 2022

Muchas veces se suele reducir el proceso electivo a un binomio protagonizado por electores y elegibles, obviando que en todo proceso electivo hay un tercer protagonista principal que es la Administración Electoral. Y ello aun cuando la Administración Electoral cumple una función absoluta y totalmente fundamental cual es la de velar por la transparencia y objetividad de las elecciones (art. 8.1 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General). En México esta función la asume el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación que conoce desde 1996 de las controversias electorales en todos los comicios del país¹, mientras que en España dicha com-

petencia la comparten las Juntas Electorales –respectivamente, Central, Provincial, de Zona y, en su caso, de Comunidad Autónoma– de conformidad con el art. 8.2 de la LOREG. En todo caso, se trata de órganos que deben ser del todo neutrales para que se garantice la pureza del proceso electivo, y con ello, también, nada más y nada menos, que el Estado pueda definirse verdaderamente como democrático. De ahí la importancia de este tipo de publicaciones que no solamente explican el sentido y funciones de la Administración Electoral, sino también sobre todo por cuanto, como es el caso que aquí comentamos, vienen a explicar casos concretos de mucho interés dirimidos por estos órganos; más aún cuando el autor del libro es no ya solamente un gran especialista en materia de Derecho Constitucional y Electoral, sino

¹ Hector FIX FIERRO, *Los derechos políticos de los mexicanos*, UNAM, México D.F., 2006, p. 96.

incluso un actor y protagonista de primer orden en este tema, por cuanto ha sido y es actualmente vocal de la Junta Electoral Central desde 2017.

En la primera parte del libro, en el prólogo, De la Mata, realiza un estudio comparado de Derecho electoral mexicano y español. Aquí se explican situaciones y disyuntivas que son homónimas entre ambos países. Por ejemplo, en orden a la simultaneidad de procesos electorales, si bien incide en el hecho de la lógica mayor dificultad de realización de las elecciones en un país con mucha mayor población que España. Piénsese, a título de dato, que en las elecciones de 6 de junio de 2021 concurrían a las urnas un total de 94.900.827 ciudadanos para la elección de 21.368 puestos electivos, entre Diputados federales, Gobernadores, Presidentes y concejales municipales y algunos otros cargos². Asimismo, de manera similar a como hace en España el art. 60 de la Ley Orgánica 5/1985, la Constitución Política de México determina que «los partidos políticos y los candidatos en ningún momento podrán contratar o adquirir, por sí o por terceras personas, tiempos en cualquier modalidad de radio y televisión» (art. 41 III *in fine*). Regla de pura

lógica democrática, pues la posibilidad de que los partidos con mayor capacidad económica pudieran contratar la divulgación de propaganda en los *mass media* llevaría a la postre a que éstos pudieran monopolizar el proceso electivo, pervirtiendo la competición electoral y finiquitando el sistema democrático; dicho de otra forma, la televisión y la radio pública, como también privada, deben de ser absolutamente asépticas en términos ideológicos y no posicionarse a favor de ningún contendiente para que la elección pueda gozar de los máximos niveles de realidad y de libertad de elección del ciudadano. Luego, De la Mata hace referencia a situaciones no tan parejas. En particular se destaca la restricción del derecho al voto de las personas privadas de libertad. Por lo visto, en México no cabe suspender el derecho de sufragio activo del penado en tanto su caso está *sub iudice*; posteriormente sí. En cambio, como es sabido, en España, aunque el art. 3.1.a de la LOREG apunta a la posibilidad de privar a los condenados por sentencia judicial firme del derecho a votar, lo cierto es que el Código Penal, desde 1995, ya no contempla la pena accesoria de privación del derecho de sufragio activo³. Así, en España, una persona puede cometer el crimen

² Véase el documento *México: Elecciones del 6 de junio de 2021. Informe Preelectoral*, The Delian Project, 20121, p. 5. Disponible en red en la página web del Instituto Nacional Electoral en https://www.ine.mx/wp-content/uploads/2021/06/The-Delian-Project_Reporte-Pre-Electoral_-ES.pdf.

³ Véase Miguel Ángel PRESNO LINERA, «La titularidad del derecho de participación política», en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n.º. 104, UNAM, México, D.F., 2002, pp. 517-558

más brutal y contrario a la dignidad humana, pero ello no supone que pueda perder su derecho a participar y elegir a sus gobernantes y representantes y a los de toda la sociedad.

En definitiva, el prólogo es más que un prólogo y casi puede decirse que es una investigación breve de Derecho comparado entre el modelo mexicano y español. Aunque esta parte del libro está más dirigida a las explicaciones de puntos teórico-prácticos de Derecho electoral y parlamentario mexicano, al mismo tiempo De la Mata hace reflexiones comparativas con España muy atinadas e interesantes, viéndose que conoce muy bien igualmente nuestra legislación electoral vigente. Puedo además apuntar que la selección de temas de análisis es del todo oportuna y conecta perfectamente con el desarrollo posterior de los mismos en el texto de Vidal. E, igualmente, puedo indicar que la conclusión final de De la Mata –sobre la necesidad de publicitación de la importancia de este tipo de instituciones de control ante la ciudadanía– es a este respecto del todo convincente y coherente.

Luego del prólogo, en la Introducción, Vidal nos sitúa un poco en el contexto temporal de Derecho electoral que busca analizar. Es decir, desde 2015 habían ido empezando a tener representación parlamentaria nuevas fuerzas políticas, como era el caso de Ciudadanos y Podemos, lo que dio paso a una mayor dificultad parlamentaria para lograr la investidura del candidato a Presidencia del

Gobierno, y, con ello, de forma paralela, la entrada de España en un incremento relativo de situaciones de inestabilidad, disolución de las cámaras y de convocatoria de elecciones. El autor intenta mantener el relato y la explicación de casos prácticos en ese *impasse* determinado de tiempo, restringiendo las explicaciones teóricas generales que dificulten la posibilidad de que el lector se haga una idea del estado de situación de problemas actuales de Derecho electoral en España.

Estructuralmente, casi puede decirse que el libro está dividido en cuatro ejes temáticos. El primero de ellos refiere cuestiones relativas a la convocatoria de las elecciones, en particular en relación con la posibilidad de simultaneidad y solapamiento de dos procesos electorales. En el segundo, Vidal hace referencia a decisiones de la JEC en materia de derecho de sufragio. Aquí se estudian temas como el derecho al voto de las personas con discapacidad, el derecho de participación política de personas privadas de libertad y el derecho de sufragio pasivo en elecciones al Parlamento Europeo. El tercero está referido a actos de campaña, identificándose esta parte con el punto del libro referido a los debates electorales y luego a la neutralidad de los poderes y espacios públicos en campaña electoral. El cuarto, finalmente, estudia disyuntivas referidas al escrutinio y recuento de votos.

La primera parte a la que hemos hecho referencia se corresponde con

los puntos relativos a la posibilidad de simultaneidad y solapamiento de dos procesos electorales. Naturalmente, en España cabe también la realización paralela de procesos electivos y hasta su coincidencia en fecha, lo que ocurrió, por ejemplo, en las Elecciones Generales anticipadas de 28 de abril de 2019 y las Elecciones a las Cortes Valencianas de 2019 que se celebraron el mismo día; luego, también, en las elecciones locales, autonómicas y europeas de 26 de mayo de 2019. Ahora bien, el autor refiere cómo la JEC exige que este carácter paralelo de procesos electivos no puede suponer una relajación en orden a otros requisitos que la Orgánica 5/1985 impone. Por ejemplo, en orden al cumplimiento del art. 50.2 de la LOREG —que viene a proscribir la antaño típica práctica de inauguración de infraestructuras públicas por parte de cargos políticos en los prolegómenos de las elecciones⁴—, la JEC dispone que, por supuesto, esta exigencia se desdobra por igual respecto a todos los poderes públicos (estatales, autonómicos o locales), con independencia del proceso electoral convocado. Y así, a partir de la convocatoria de Elecciones al Congreso de los Diputados y al Senado, las Comunidades Autónomas no pueden realizar tampoco una

campaña de esa naturaleza, que da una idea de buena gestión de servicios públicos y que afecta al principio de neutralidad de la Administración Pública. Y lo mismo ocurre en relación con la prohibición de publicación y difusión de encuestas electorales durante los cinco días anteriores al de la votación, determinada por el art. 79.7 de la LOREG. Vidal explica cómo también esta técnica espuria puede afectar a la libertad personal en el ejercicio del derecho al voto, razón por la cual la JEC hace extensiva esta prohibición no sólo a las elecciones en ciernes, sino también respecto a encuestas de otro tipo de procesos de elecciones a realizar a muy corto plazo, como ocurría precisamente en las Elecciones Generales de 28 de abril de 2019 y las elecciones locales, autonómicas y europeas de 26 de mayo de 2019. En efecto, ni que decir tiene que, por lo mismo, la publicación de una encuesta de resultados de las Elecciones Autonómicas publicado a los pocos días de realizarse las Elecciones a Cortes también puede tener un efecto distorsivo indeseado que la JEC procede a prohibir.

En el segundo, Vidal hace referencia a decisiones de la Junta en materia de derecho de sufragio. En relación con el derecho a voto de las personas con discapacidad, el autor explica de forma breve pero clara la derogación del art. 3.1 b y c de la LOREG por la Ley Orgánica 2/2018, del 5 de diciembre, que reconocía a partir de ese momento el

⁴ Típico hasta la introducción de este artículo por la Ley Orgánica 2/2011, de 28 de enero, por la que se modificaba la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General.

derecho de sufragio también de aquellas personas declaradas incapaces por sentencia firme y de personas internas en hospital psiquiátrico. También explica el caso de Junqueras, uno de los artífices de la Declaración unilateral de independencia por la que se trataba de implantar en Cataluña un régimen de pensamiento único de ideología nacionalista. Como es sabido, a pesar de ello y de estar este sujeto en prisión, pudo presentarse a las Elecciones Generales y hasta obtener su acta de diputado, por cuanto no estaba todavía en ese momento condenado por sentencia firme. No obstante, como apunta Vidal, se le limitaría, según los casos, su derecho de representación y la posibilidad de participar en debates desde el centro penitenciario por vía telemática, pero en particular en razón a las especiales circunstancias del preso y la dificultad de que los servicios de videoconferencias en prisión pudieran estar monopolizados durante todo el día por este recluso. El autor también explica los casos de Puigdemont, Comin y Ponsatí, también ideólogos del mismo proceso independentista catalán, y cómo la JEC trató de evitar que estas personas –huidas de la justicia española– se pudieran presentar a las Elecciones Europeas, por entender que no reunirían la condición de electores de acuerdo a la normativa electoral española. No obstante, tras los recursos interpuestos por la representación de los acusados, el Auto de 5 de mayo del Tribunal Supremo

llevaría al traste con esta posibilidad, pues venía a decir que el hecho de estar procesados en rebeldía no era óbice suficiente que les impidiera presentarse a las elecciones; luego, además, esa interpretación –como apunta Vidal– se impuso extrañamente a los juzgados de lo contencioso-administrativo que tenían competencia para resolver, lo que a juicio del autor devino en una violación evidente al derecho al juez ordinario predeterminado por la ley y al principio de independencia judicial (arts. 24 y 117 de la CE).

El tercero está referido a actos de campaña. Aquí Vidal analiza detalladamente la regulación de debates electorales. Por supuesto, en España no todo partido que se presenta a las elecciones tiene derecho a participar de igual manera en los debates que se realizan en programas de TV y radio en el periodo electoral. Pues bien, en esta parte del libro de Vidal se nos explica pormenorizadamente qué criterios se utilizan por la JEC para determinar el reparto entre los distintos partidos de la cuota de pantalla y de participación en este tipo de debates televisivos en los *mass media*, dependiendo de su respaldo ciudadano en procesos electivos. A ello sigue la explicación del caso de Joaquín Torra, a la sazón Presidente de la Generalitat de Cataluña, que, en las elecciones de 28 de abril de 2019, hizo uso de los edificios de la Administración autonómica para realizar campaña electoral y nacionalista, en contra de lo establecido en el art. 50 LOREG. El autor deja

entrevé muy bien cómo este tipo de situaciones reflejan la mala salud democrática actual de Cataluña, que ha olvidado totalmente que una de las reglas básicas del Estado democrático es que la Administración y los medios de titularidad pública no pueden estar adscritos a una fe o una ideología determinada, tampoco obviamente hacer propaganda política, menos aún en periodo de elecciones, pues ello pervierte todo el proceso de libre elección del ciudadano.

El cuarto eje temático al que hemos hecho referencia se corresponde con la parte del estudio dedicada al escrutinio de votos. Aquí el autor se detiene en explicar el sistema actual de conteo en dos tiempos: primero, recuento provisional telemático y, segundo, recuento general, basándose siempre en el documento físico en papel, que son las actas de votación, de sesión y de escrutinio. Vidal nos cuenta cómo, desde la implantación de estos sistemas tecnológicos, ha empezado a haber también problemas con la transcripción de los resultados, por ejemplo, por errores humanos de los agentes de la Administración electoral a la hora de enviar resultados por tableta o *Smartphone*. Se cierra esta parte del trabajo con la explicación de las decisiones de la JEC que han resuelto errores de escrutinio de este tipo y cómo se ha incidido en la necesidad de que el resto de Juntas Electorales –respectivamente, Provincial, de Zona y de Comunidad Autónoma– refuercen las medidas

de control escrupuloso y de minuciosidad en la realización de sus funciones de recuento.

Podemos considerar, llegados a este punto, este libro de Vidal, como un estudio netamente complementario y práctico de Derecho electoral. No se trata de un trabajo general de teoría electoral, sino, como hemos dicho al principio, de un estudio de contexto, dentro de un marco temporal reciente. El autor ofrece una relación explicada de las principales decisiones de la JEC de los últimos años; es, en este sentido, un complemento para poder tener una visión general de este órgano en España, de su necesidad y de su fundamental posición como garante de la pureza de los procesos electivos en España. En esta línea, es realmente interesante ver la importante labor que ha tenido la JEC para frenar que la «ley del más fuerte» se impusiera en determinados procesos electivos, muy particularmente en Cataluña, donde desde la deriva nacionalista hasta los representantes de los poderes públicos han llegado a hacer un uso partidista de las instituciones para lograr sus objetivos anticonstitucionales y forzar a la ciudadanía a comulgar sí o sí con su ideología, haciendo *tabula rasa* del derecho a la libertad e igualdad del ciudadano y de los principios de democracia y de sufragio universal libre. Las páginas del libro incluyen además llamamientos del autor a carencias de la LOREG que habría que subsanar, a la necesidad de dotar de más medios humanos y materiales a la

Administración Electoral, como también a la conveniencia de remozar la autonomía de la JEC. Y puede concluirse así, de este modo, que Vidal ha realizado este libro no sólo para analizar cuestiones prácticas de Derecho electoral, sino también para que el lector tome verdadera conciencia de la trascendencia que cumple este órgano en nuestro régimen democrático. La explicación de todas estas cuestiones por Vidal es además brillante en el desarrollo y

rica en reflexiones teóricas. Además, el libro está muy bien redactado, bien estructurado, las resoluciones de la Junta objeto de comentario son las justas y tocan todos los aspectos que más han definido la actuación de la JEC en los últimos años. En definitiva, un texto breve pero valioso, que explica con claridad y amplia perspectiva el papel de este órgano y por qué ha cobrado mayor protagonismo en estos últimos años.

Alberto Oehling de los Reyes

Profesor contratado doctor
Universidad Complutense de Madrid

EN ESTE NÚMERO DE *ESTUDIOS DE DEUSTO*.
REVISTA DE DERECHO PÚBLICO COLABORAN /
THIS ISSUE INCLUDES CONTRIBUTIONS FROM:

Mar ANTONINO DE LA CÁMARA es Contratada predoctoral en la Universidad Autónoma de Madrid (España).

Estela BRIÓN BERDOTE es Profesora de Derecho Civil en la Universidad de Deusto (España).

Daniel CAPODIFERRO CUBERO es Profesor Contratado Doctor en el Departamento de Derecho Constitucional en la Universidad Nacional de Educación a Distancia (España).

Jaime CLEMENTE MARTÍNEZ es Profesor de Derecho Constitucional en la Universitat Jaume I de Castellón (España).

Pablo CRUZ MANTILLA DE LOS RÍOS es Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad Pompeu Fabra (España).

Felipe GÓMEZ ISA es Catedrático de Derecho Internacional Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Deusto e Investigador del Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe (España).

Josu DE MIGUEL BÁRCENA es Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de Cantabria (España).

Óscar GARCÍA MACEIRAS es Investigador Predoctoral CEINDO en la Universidad San Pablo-CEU (España).

Luis A. LOPEZ ZAMORA es Research Fellow en el Max Planck Institute Luxembourg for International, European and Regulatory Procedural Law, y Doctoral Researcher en el Christian-Albrechts-Universität zu Kiel (Alemania).

Jorge Rafael ALGUACIL GONZALEZ-AURIOLES es Profesor Titular de Derecho Político en la UNED (España).

Francisco VILA CONDE es Investigador contratado predoctoral FPU en Filosofía del Derecho en la Universidad Autónoma de Madrid (España).

María Victoria ÁLVAREZ BUJÁN es Abogada y Profesora Contratada Doctora en Universidad Internacional de La Rioja (España).

Alberto OEHLING DE LOS REYES es Profesor contratado doctor en la Universidad Complutense de Madrid (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 Din A 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 Ascencio y Emilio Prieto de los Mozos. 1986. *El subjuntivo: valores y usos*. Madrid: SGEL.
(Borrego Nieto, Gómez Ascencio 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 2, July-December 2022
DOI: <https://doi.org/10.18543/ed7022022>

Table of contents

Studies

The Dispositive Principle: Reasons for its abolition and Reform Proposals

MAR ANTONINO DE LA CÁMARA

The fragility of the fundamental right to the protection of minors' personal data when faced with the exposure of their personal and family life on the internet: The need for new mechanisms and legal safeguards

ESTELA BRION BERDOTE

Formal and Substantive limits in the revision of the Italian Constitution

DANIEL CAPODIFERRO CUBERO

The Principles of Good Governance of the new Valencian Law 1/2022

JAIME CLEMENTE MARTÍNEZ

Constitutional Identity of the European Union: A legal category under construction

PABLO CRUZ MANTILLA DE LOS RÍOS

Sustainable Development Goals (SDG): Towards a new intra- and inter-generational social contract

FELIPE GÓMEZ ISA

Symbols, Neutrality and Constitutional Integration

JOSU DE MIGUEL BÁRCENA

Jurisprudence

An approach to Jurisprudence about the exception to the exception of "interference with the security interests" of a foreign State in the dismissal proceedings in Spain

OSCAR GARCÍA MACEIRAS

Some Comments on the Inter-American Court of Human Rights' Advisory Opinion 26/20. Certain considerations regarding the 'power of procedure'

LUIS A. LOPEZ ZAMORA

Book reviews